

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 12 | Br. 2 | 2023

ČLANCI

Pitanje ustavnosti odredaba kojima se nameće
obveza objave javne ponude za prijenos nenaplatnih
kanala televizije prema Zakonu o elektroničkim
medijima

Hrvoje Lisičar, Siniša Petrović

Usavršavanje pravosudnih dužnosnica i dužnosnika
koji rade na predmetima rodno uvjetovanog nasilja
nad ženama i nasilja u obitelji

Antonija Petričušić

Pravo na odgovarajući smještaj u maloljetničkom
zatvoru u Republici Hrvatskoj

Marina Zagorec

Problemi i dileme malih općina u Hrvatskoj: studija
slučaja općina Novo Virje, Ferdinandovac i Molve

Mariza Menger, Iva Mađerek

Proboj pravne osobnosti s posebnim osvrtom na
komparativnu sudsku praksu

Jan Petričević

PRIKAZI

Vladavina prava u Republici Hrvatskoj: osvrt na
Okrugli stol o vladavini prava

Davor Petrić

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

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PРАВNA REVIJA

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



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet / University of Zagreb Faculty of Law

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 bord

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

Međunarodno uredništvo / International editorial bord

prof.dr.sc. Gordan Kalajdžiev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; 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. Katja Šugman Stubbs, Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; associate prof. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc.dr.sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; dr.sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr.sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr.iur. 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
Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb
E-mail: zoran.buric@pravo.unizg.hr

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

SADRŽAJ

ČLANCI

Hrvoje Lisičar, Siniša Petrović

Pitanje ustavnosti odredaba kojima se nameće obveza objave javne ponude za prijenos nenaplatnih kanala televizije prema Zakonu o elektroničkim medijima 145

Antonija Petričušić

Usavršavanje pravosudnih dužnosnica i dužnosnika koji rade na predmetima rodno uvjetovanog nasilja nad ženama i nasilja u obitelji 170

Marina Zagorec

Pravo na odgovarajući smještaj u maloljetničkom zatvoru u Republici Hrvatskoj 190

Mariza Menger, Iva Mađerek

Problemi i dileme malih općina u Hrvatskoj: studija slučaja općina Novo Virje, Ferdinandovac i Molve 217

Jan Petričević

Proboj pravne osobnosti s posebnim osvrtom na komparativnu sudsku praksu 241

PRIKAZI

Davor Petrić

Vladavina prava u Republici Hrvatskoj: osvrt na Okrugli stol o vladavini prava 292

CONTENTS

ARTICLES

Hrvoje Lisičar, Siniša Petrović

The Issue of the Constitutionality of the Provisions Imposing the Obligation to Launch a Public Offer for the Transmission of Free TV Channels Pursuant to the Electronic Media Act 145

Antonija Petričušić

Training of Judicial Officials Who Work on Cases of Gender-based Violence against Women and Domestic Violence 170

Marina Zagorec

The Right to Appropriate Accommodation in Juvenile Prison in the Republic of Croatia 190

Mariza Menger, Iva Mađerek

Problems and Dilemmas of Small Municipalities in Croatia: A Case Study of the Municipalities of Novo Virje, Ferdinandovac and Molve 217

Jan Petričević

A Breakthrough of Legal Personality with Special Reference to Comparative Case Law 241

REVIEWS

Davor Petrić

Rule of Law in the Republic of Croatia: A Review of a Round Table on the Rule of Law 292

ČLANCI

PITANJE USTAVNOSTI ODREDBA KOJIMA SE NAMEĆE OBVEZA OBJAVE JAVNE PONUDE ZA PRIENOS NENAPLATNIH KANALA TELEVIZIJE PREMA ZAKONU O ELEKTRONIČKIM MEDIJIMA

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.776(497.5)
316.774:004.45](497.5)
342.565.2(497.5)

Primljeno: 7. studenog 2023.

Dr. sc. Hrvoje Lisičar*

Dr. sc. Siniša Petrović**

Odredbama Zakona o elektroničkim medijima, donesenog 2021. godine, nameće se obveza nakladnicima televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini u Republici Hrvatskoj da objave javnu ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala koje emitiraju temeljem dobivene koncesije svim operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima. To predstavlja važnu novost u odnosu na prijašnji zakonodavni okvir. Naime, kako se predmetnim zakonom ukidaju ograničenja koja su se odnosila na mogućnost vertikalne koncentracije poduzetnika koji pružaju medijske usluge na tržištu i poduzetnika koji pružaju usluge elektroničkih komunikacija u Republici Hrvatskoj, zakonodavac je putem regulacije ex ante odlučio intervenirati u autonomiju poduzetnika nametanjem obveze objave javne ponude (must offer), uz istovremeno ograničavanje maksimalne cijene koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala, a koju utvrđuje nadležno tijelo – Vijeće za elektroničke medije. Budući da se navedenim mjerama ograničavaju poduzetničke i tržišne slobode zajamčene Ustavom Republike Hrvatske, u članku se raspravlja o ustavnosti nametnutih ograničenja. Nadalje, komparativnom analizom vrši se prikaz pravnog uređenja sustava must-offer i must-carry u državama članicama EU-a te se analizira zakonom propisano postupanje nadležnog tijela RH pri određivanju maksimalne cijene za prijenos nenaplatnih kanala. Konačno, osobit naglasak daje se analizi regulacije ex ante i njezina utjecaja na tržišno natjecanje.

Ključne riječi: elektronički mediji, elektroničke komunikacije, televizijski nakladnici, operatori elektroničkih komunikacija, audiovizualne medijske usluge, sustav *must offer*, sustav *must carry*

1. UVODNO O SPORNIM ODREDBAMA ZAKONA O ELEKTRONIČKIM MEDIJIMA

Donošenjem novog Zakona o elektroničkim medijima (Narodne novine, br. 111/2021, 114/2022; dalje u tekstu – ZEM) znatno su izmijenjene odredbe kojima se uređuje tržišno natjecanje na području elektroničkih medija u odnosu na prijašnje zakonodavno uređenje iz 2009. godine (Zakon o elektroničkim medijima, Narodne novine, br. 153/2009,

* Izvanredni profesor na Katedri za pravo informacijskih tehnologija i informatiku, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

** Redoviti profesor u trajnom zvanju na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

84/2011, 94/2013, 136/2013, 111/2021; dalje u tekstu – ZEM/09). Iako je primarni cilj donošenja novog zakona bilo usklađivanje zakonodavnog okvira za elektroničke medije u RH s pravnom stečevinom EU-a, točnije transponiranje Direktive (EU) 2018/1808 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. studenoga 2018. o izmjeni Direktive 2010/13/EU o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pružanju audiovizualnih medijskih usluga (Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama u pogledu promjenjivog stanja na tržištu, dalje u tekstu – AVMSD)¹ te Direktive 98/84/EZ o pravnoj zaštiti usluga koje se temelje na uvjetovanom pristupu i usluga koje pružaju uvjetovani pristup² i dijelom odredbi Direktive 2006/114/EZ o zavaravajućem i usporednom oglašavanju,³ zakonodavac je ZEM-om ujedno izmijenio i odredbe koje su se odnosile na ograničenje koncentracije elektroničkih medija, tj. ukinuta je odredba koja se odnosila na zabranu vertikalne koncentracije nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija koji djeluju na tržištima u Republici Hrvatskoj.

Naime, prethodni ZEM/09 čl. 61 izrijekom je zabranjivao da operator koji obavlja djelatnost prijenosa audiovizualnog i/ili radijskog programa može ujedno biti i nakladnik televizije i/ili radija te pružatelj medijskih usluga temeljem dopuštenja za satelitski, internetski, kabelski prijenos i druge dopuštene oblike prijenosa audiovizualnog i/ili radijskog programa. U postupku donošenja novog ZEM-a tijekom 2021. godine Konačnim prijedlogom Zakona od 29. srpnja 2021. godine⁴ odredba čl. 68. (prijašnji čl. 61. u ZEM/09) znatno je izmijenjena u odnosu na Prijedlog Zakona o elektroničkim medijima, koji je Hrvatski sabor prihvatio na 6. sjednici 5. veljače 2021. godine, kako bi se omogućila vertikalna integracija pružatelja usluga na tržištu audiovizualnih medijskih usluga. Tako se u obrazloženju spomenutog Konačnog prijedloga navodi: „*Članak 68. koji je zabranjivao vertikalnu integraciju brisan je te je uvedena obveza nakladnicima televizije sa koncesijom na državnoj razini imaju obvezu javno objaviti ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala za operatore elektroničkih komunikacija...*“.⁵ Navedenom izmjenom u Konačnom prijedlogu Zakona, koji je u konačnici i prihvaćen, novim je ZEM-om brisana prijašnja odredba koja zabranjuje vertikalnu koncentraciju nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija te je istovremeno uvedena obveza objave javne ponude (tzv. *must-offer*) za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala svim nakladnicima televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini u RH izuzev Hrvatske radiotelevizije. Navedena obveza propisana je čl. 68 ZEM-a i za prijelazno razdoblje do 31. prosinca 2023. čl. 105 ZEM-a. U ovom radu razmatramo navedene obveze te pitanje njihove usklađenosti s pojedinim odredbama Ustava Republike Hrvatske,⁶ prvenstveno s

¹ SL EU, L 303, 28. 11. 2018.

² SL EU, L 320, 28. 11. 1998.

³ SL EU, L 376, 27. 12. 2006.

⁴ Konačni prijedlog Zakona o elektroničkim medijima od 29. srpnja 2021. godine, P. Z. E. br. 62.

⁵ *Ibid.*, str. 95.

⁶ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

čl. 49., koji uređuje poduzetničke i tržišne slobode te jednak pravni položaj svih poduzetnika, te s člancima 3., 14., 16. i 50. Ustava RH.

1.1. Obveze prema čl. 68. i 105. ZEM-a

Predmetnim čl. 68. ZEM-a propisuje se obveza za sve nakladnike televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini izuzev Hrvatske radiotelevizije da javno objave ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala koje emitiraju temeljem dobivene koncesije na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi. Objavljena ponuda mora sadržavati naknadu za prijenos za svaki od nenaplatnih televizijskih kanala za koji nakladnik ima koncesiju na državnoj razini te ne smije biti uvjetovana ponudom za preuzimanje i prijenos drugih televizijskih kanala nakladnika. Navedena naknada za prijenos televizijskih kanala u ponudi ne smije biti veća od maksimalne cijene koju određuje Vijeće za elektroničke medije (dalje u tekstu – Vijeće) za svaki pojedini televizijski kanal koji se emitira temeljem koncesije na državnoj razini. Vijeće utvrđuje maksimalnu visinu naknade koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos svojih televizijskih kanala u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije. Ukupnu naknadu za naplatni prijenos svih nenaplatnih kanala nakladnika s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini, izuzev kanala Hrvatske radiotelevizije, određuje Vijeće u suradnji s Hrvatskom regulatornom agencijom za mrežne djelatnosti (dalje u tekstu – HAKOM). Pri određivanju ukupne naknade uzima se u obzir ukupan broj nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom, udio gledanosti nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom u ukupnom broju televizijskih kanala te ukupan broj korisnika naplatne televizije. Vijeće mora najkasnije šest mjeseci prije isteka roka iz čl. 105. st. 1. ZEM-a usvojiti metodologiju izračuna ukupne naknade za prijenos svih nenaplatnih kanala s nacionalnom koncesijom, uz prethodno provođenje javnog savjetovanja sa zainteresiranom javnošću, koje ne može biti kraće od 30 dana. Navedena ukupna naknada za prijenos svih nenaplatnih kanala s koncesijom na državnoj razini, izuzev kanala Hrvatske radiotelevizije, utvrđuje se svakih pet godina, pri čemu se pojedinačne naknade po svakom nenaplatnom kanalu revidiraju svake dvije godine i ovise o promjenama o udjelu gledanosti. Pojedinačna naknada za prijenos nenaplatnog kanala iznimno se može mijenjati i prije isteka roka od dvije godine na zahtjev nakladnika nenaplatnog kanala ako je došlo do promjene u udjelu gledanosti koji je veći od 5 %. Gledanost kanala obuhvaća gledanost kod operatora elektroničkih komunikacija u vremenu od 6 do 24 sata sukladno nalogu Vijeća. Nenaplatni kanali nakladnika televizije s koncesijom na državnoj razini moraju biti pozicionirani u prvih petnaest kanala u ponudi operatora elektroničkih komunikacija, ako nakladnici ne odluče drugačije.

Nastavno na gore spomenute promjene, koje su implementirane u čl. 68. ZEM-a, ZEM-om je prijelaznim i završnim odredbama predviđeno i prijelazno razdoblje od dana stupanja na snagu Zakona do 31. prosinca 2023. godine, koje se odnosi na objavu javne ponude za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala koje nakladnici emitiraju temeljem dobivene koncesije na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija. U navedenom prijelaznom razdoblju čl. 105. st. 1. predviđa da, iznimno od čl. 68. st. 5. ZEM-a, ukupnu naknadu iz čl. 68. st. 4. ZEM-a za naplatni prijenos svih nenaplatnih kanala na državnoj razini, isključujući kanale Hrvatske radiotelevizije, do 31. prosinca 2023. godine određuje Vijeće u suradnji s HAKOM-om u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ZEM-a. Ukupnu naknadu čini zbroj ponderiranih naknada svih nenaplatnih kanala s nacionalnom koncesijom. Za izračun ukupne ponderirane naknade uzimaju se naknade koje su operatori plaćali nacionalnim nakladnicima za nenaplatne kanale s nacionalnom koncesijom u godini koja prethodi godini stupanja na snagu ZEM-a, a koje uključuju sve interaktivne usluge vezane uz predmetne kanale u odnosu na broj korisnika pojedinog kanala po operatoru. U slučaju da naknada koja se plaća nacionalnim nakladnicima uključuje i naplatne kanale čija vrijednost nije zasebno određena, iz takve jedinstvene naknade izuzima se vrijednost naplatnih kanala temeljem udjela naplatnih kanala u ukupnom broju kanala. Za određivanje pojedinačne naknade za svaki nenaplatni kanal u okviru ukupne naknade uzima se u obzir udio u gledanosti pojedinog nenaplatnog kanala u odnosu na ukupnu gledanost drugih nenaplatnih kanala s koncesijom na nacionalnoj razini u zadnjem tromjesečju koje prethodi tromjesečju donošenja ovog Zakona. Naknada koja je određena za pojedini kanal obuhvaća prijenos predmetnog nenaplatnog kanala, kao i sve interaktivne usluge vezane uz predmetni kanal.

Čl. 105. st. 2. nalaže da nakladnici televizije s koncesijom na nacionalnoj razini koji imaju obvezu objave ponude iz čl. 68. ZEM-a tu ponudu moraju objaviti u roku od 15 dana od dana odluke Vijeća o visini naknade za pojedine nenaplatne televizijske kanale nakladnika.

Nesporno je da zakonodavac ima pravo nametnuti obvezu *must-offer*, tj. obvezu javne objave ponude za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala televizijskih nakladnika s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi, a u svrhu sprječavanja mogućih negativnih posljedica koje mogu nastupiti uslijed vertikalne koncentracije poduzetnika. U radu se prvenstveno raspravlja o načinu na koji je predmetna obveza nametnuta te jesu li sve ostale sporne obveze i ograničenja koji su intrinzično povezani s temeljnom obvezom (*must-offer*), a nameću se čl. 68. st. 3., st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. te čl. 105. st. 1., usklađeni s Ustavom zajamčenim pravima i slobodama.

2. OPĆENITO O USTAVNOSTI OGRANIČENJA USTAVNIH PRAVA I SLOBODA

Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1. Ustava), a država svim poduzetnicima osigurava jednak položaj na tržištu (čl. 49. st. 2. Ustava). Obveza osiguranja jednakog pravnog položaja na tržištu svim poduzetnicima programatska je i vrlo načelna odredba, koja trpi odstupanja, odnosno ograničenja, ako su ona u skladu s ostalim ustavnim odredbama i načelima o tome kakva smiju biti ograničenja ustavnih prava. Na primjer, Ustav nameće državi obvezu da potiče gospodarski napredak i socijalno blagostanje građana te da se brine za gospodarski razvitak svih svojih krajeva (čl. 49. st. 3.). To daje mogućnost da država potiče određene gospodarske grane i djelatnosti na određenim područjima, ili pak da potiče gospodarsku aktivnost nekih skupina svojih građana, sve pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke za dopuštenost ograničenja temeljnih prava i sloboda. Država poduzetnicima ne može osigurati jednak tržišni položaj neovisno o njihovim poslovnim rezultatima, učinkovitosti poslovanja, inovativnosti, uspješnosti u promicanju njihovih proizvoda i usluga. Država samo treba osigurati jednak pravni položaj. Tom odredbom Ustava država zapravo ograničava samu sebe te se obvezuje da u odnosu na neke poduzetnike ili nekog poduzetnika neće donijeti takve propise koji će ga staviti u povoljniji položaj u odnosu na ostale glede okvira i uvjeta poslovanja, ili da će nekim poduzetnicima svojim propisima dati inicijalnu prednost, bilo da njima postavlja manje zahtjeve u poslovanju bilo da neke izravno privilegira. To ne znači da bi bilo nedopušteno da se zakonom unaprijed propišu uvjeti koji se moraju ispuniti da bi se mogla obavljati neka gospodarska djelatnost. Takvi uvjeti mogu se, na primjer, odnositi na pravni oblik, visinu temeljnog kapitala, odgovornost za obveze, redovito plaćanje poreza ili uvjete koje moraju ispunjavati članovi organa poduzetnika. Mogu se odnositi, primjerice, i na ispunjavanje dodatnih obveza koje moraju ispuniti poduzetnici, kao što su obvezno sklapanje nekih ugovora, odnosno stavljanje ponude za njihovo sklapanje, kao što je u konkretnom slučaju s nakladnicima televizijskih programa. Pritom je ključno da su dodatni uvjeti, posebne obveze za poduzetnike ili druge ograničavajuće mjere takve da ispunjavaju ustavne uvjete za svoju dopuštenost, tj. da su određene zakonom, da služe ostvarenju legitimnog cilja i da su razmjerne. Drugim riječima, i čl. 49. st. 2. treba dovesti u vezu i promatrati u kontekstu dopuštenih ograničenja temeljnih prava i sloboda, u ovom slučaju napose poduzetničkih i tržišnih sloboda.

Iako čl. 3. Ustava ne spominje poduzetničku i tržišnu slobodu kao jednu od najviših vrednota ustavnog poretka, valja u najmanju ruku smatrati da su poduzetnička i tržišna sloboda usko povezane s dvije izričito navedene ustavne vrednote: nepovredivošću vlasništva i vladavinom prava.⁷ To je važno u kontekstu ocjene dopuštenih ograničenja Ustavom zajamčenih temeljnih prava i sloboda.

⁷ Kušan, L.; Petrović, S., Ustavna jamstva i gospodarski ustroj Republike Hrvatske (o poduzetničkoj i tržišnoj slobodi i pravu vlasništva), ZPR, vol. 8, br. 3, 2018, str. 256.

Ustav jamči pravo vlasništva, a određuje da vlasništvo obvezuje te da su nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni pridonositi općem dobru (čl. 48. st. 1. i 2. Ustava).

Ustavom zajamčena prava i slobode nisu apsolutni i neograničeni. Mjere kojima se ograničavaju prava i slobode moraju, međutim, ispunjavati pretpostavke postavljene Ustavom. Prema čl. 16. Ustava slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, a svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničavanjem u svakom pojedinom slučaju.

Odredba čl. 50. Ustava pravi razliku između pretpostavki za ograničavanje (i oduzimanje) vlasništva (st. 1.) i ograničavanja vlasničkih prava i poduzetničkih sloboda (st. 2.). Vlasništvo se može ograničiti samo uz kumulativno ispunjenje tri pretpostavke: to se čini zakonom, u interesu Republike Hrvatske i uz naknadu tržišne vrijednosti. S druge strane, pretpostavka je ograničavanja vlasničkih prava i poduzetničkih sloboda to da se to čini iznimno zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja.

S obzirom na to da je riječ o ograničavanju Ustavom zajamčenih prava i sloboda, načelno nije sporno da su dopušteni razlozi ograničavanja navedeni taksativno. To su, dakle, zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Dok su zaštita prirode, ljudskog okoliša i zdravlja relativno jasni i konkretniji, čini se notornim da je izričaj „zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske“ pravni standard te da njegov konkretan sadržaj ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja, pa tako i u slučaju nametanja obveze *must-offer* nakladnicima medija. Na to bi upućivala i odredba čl. 16. st. 2. Ustava. Uz to, pravni je standard i pojam „općeg dobra“ iz čl. 48. st. 2. Ustava kao nečega čemu su dužni pridonositi nositelji vlasničkog prava.⁸

Govoreći o ograničavanju prava, valja kazati da se zakonskim odredbama koje se analiziraju i mogu biti potencijalno sporne s ustavnopravnog gledišta formalno ne ograničava slobodno obavljanje djelatnosti, ali se njima postavljaju takvi uvjeti obavljanja djelatnosti koji se svakako mogu podvesti pod termin ograničenja. Naime, ograničenje je i svaki dodatni zahtjev koji se stavlja pred poduzetnike,⁹ u ovom slučaju obveza nakladnika televizije s koncesijom na državnoj razini da javno objave ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala za operatore elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kablinskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi.

⁸ *Ibid.*, str. 269–271.

⁹ To je u skladu i sa shvaćanjem pojma „ograničenja“ prema europskom pravu. V. na primjer presudu Europskog suda od 30. 11. 1995., Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, t. 37.

Kad se povežu ustavne odredbe o temeljnim pravima i slobodama i mogućnosti njihovih ograničavanja, može se kazati da se za dopuštenost (ustavnost) mjera koje ograničavaju ta prava i slobode traži ispunjavanje ovih uvjeta: (i) moraju imati legitimni cilj u javnom (općem) interesu, (ii) moraju biti razmjerne i (iii) ograničenja se mogu postaviti samo zakonom. Razmjernost se pak provjerava kroz tri razine (testa) i ako je mjera protivna ijednom testu, smatra se neustavnom. To su testovi prikladnosti, nužnosti i razmjernosti u užem smislu.

Pored toga, čini se ispravnim tvrditi da, i kada su ispunjene te pretpostavke za ograničenja, ona ne smiju biti suprotna općim ustavnim zahtjevima. Tako ograničenje ne smije biti takvo da zbog toga bude povrijeđena ustavna odredba o jednakosti svih pred zakonom (čl. 14. Ustava). Još više, ograničenja moraju biti takva da njima ne bude povrijeđena vladavina prava kao jedna od temeljnih ustavnih vrednota (čl. 3. Ustava). Između ostalog, vladavina prava obuhvaća ideju poštivanja ustava i zakona, što manje zadiranja u temeljna ustavna prava i slobode, što znači i da ograničenja moraju ispunjavati gore navedene pretpostavke, ali i biti jasna, razumljiva i nedvojbena, a u slučaju dvojbe ne bi se smjela tumačiti na štetu nositelja temeljnih prava i sloboda.¹⁰

3. ZAHTJEVI ČL. 68 I 105. ZEM-A KAO POTENCIJALNA OGRANIČENJA USTAVNIH SLOBODA I PRAVA

Kad se analizira dopuštenost (ustavnost) odredbi čl. 68. i 105. ZEM-a s ustavnopravnog gledišta, potrebno je razmotriti jesu li zadovoljeni uvjeti čije se ispunjavanje traži prilikom ograničavanja temeljnih sloboda i prava zajamčenih Ustavom RH. Kako nije sporno da su dodatne obveze za poduzetnike (ograničavajuće mjere) utvrđene zakonom, formalna pretpostavka dopuštenosti ograničenja ustavnih prava i sloboda da ograničenja mogu biti utvrđena samo zakonom ispunjena je. S toga se u daljnjoj analizi bavimo ponajprije pretpostavkama koje se odnose na legitimnost cilja koji se nametnutim ograničenjima želi postići te njihovom razmjernošću.

3.1. Legitimnost cilja

Mjera mora, po svojoj naravi, biti u stanju pridonijeti postizanju proklamiranog legitimnog cilja.¹¹ Neustavne su, dakle, mjere koje samo nominalno služe ostvarenju nekog cilja, a zapravo uopće nisu pogodne za njegovo ostvarenje.

Iz tog aspekta potrebno je razmotriti koji se legitimni ciljevi žele postići nametanjem obveze (čl. 68. st. 1. ZEM-a) i povezanih ograničenja (čl. 68. st. 3, st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. i čl. 105. st. 1.) vezanih uz objavu javne ponude (*must-offer*) nakladnika nenaplatnih

¹⁰ V., na primjer, odluku njemačkog Ustavnog suda od 27. 4. 2022. 1 BvR 2649/2, t. 152. i 166: „*If the measure gives rise to serious interferences with fundamental rights, it is not in principle permissible for interferences to be interpreted to the detriment of fundamental rights holders.*“

¹¹ USRH U-I-3924/2009 od 9. travnja 2019., para. 12.

televizijskih kanala s koncesijom na državnoj razini za operatore elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima te jesu li nametnuta obveza i ograničenja ujedno pogodna za ostvarivanje tih ciljeva.

Vertikalna povezanost poduzetnika ne predstavlja nužno prijetnju za efektivno tržišno natjecanje, osim u slučajevima kada jedan od vertikalno povezanih poduzetnika ima značajnu tržišnu snagu na tržištu na kojem djeluje.¹² Štoviše, vertikalna povezanost poduzetnika može donijeti i brojne koristi, ponajprije u pogledu poboljšanja efikasnosti poslovanja povezanih poduzetnika.¹³ Uklanjanjem zapreka u pogledu vertikalne povezanosti između nakladnika televizije i operatora koji obavljaju djelatnost prijenosa audiovizualnog programa zakonodavac je uvažio izrazite promjene koje se događaju na tržištu elektroničkih medija. Digitalizacija sadržaja, tehnološki napredak u prijenosu sadržaja elektroničkih medija, pojava novih *online* medijskih usluga te promjene u navikama i načinu na koji krajnji korisnici konzumiraju sadržaj dovode do sve veće konvergencije sadržaja, usluga, prijenosa i pružatelja, pri čemu istovremeno dolazi i do stapanja prije u potpunosti odvojenih tržišta.¹⁴ U takvim uvjetima izrazito visoke konkurencije nakladnici nenaplatne televizije čiji prihodi ovise ponajprije o oglašavanju i operatori elektroničkih komunikacija koju pružaju usluge naplatne televizije, a čiji prihodi uglavnom ovise o broju korisnika koji plaćaju za ponuđeni sadržaj, moraju pronaći nove efikasnije načine kako da njihove usluge budu dostupnije i poželjne što većem broju korisnika. Iz tog razloga već dugi niz godina nailazimo na brojne primjere vertikalnog vlasničkog povezivanja operatora elektroničkih komunikacija i nakladnika televizije na području EU-a, koje je Europska komisija i odobrila (npr. Telia/Bonnier Broadcasting¹⁵ u Finskoj i Švedskoj ili Liberty Global/DPG Media¹⁶ u Belgiji). Navedena vlasnička povezivanja provode se ponajprije kako bi operatori i nakladnici što efikasnije mogli odgovoriti na tržišne izazove koji su pred njih postavljeni, u prvom redu zbog izrazite penetracije tržišta od strane velikog broja novih internetskih medijskih usluga, koje se pružaju putem velikih *online* posrednika i platformi.

Unatoč pozitivnim efektima vertikalne koncentracije, a kao što je već uvedeno navedeno, ukidanjem zabrane vertikalne koncentracije nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabljskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi može doći do

¹² V. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008/C 265/07, C 265, 18. 10. 2008., p. 6–25, t. 23.

¹³ *Ibid.*, t. 13.

¹⁴ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht, C. H. Beck Verlag, Munich 2015, str. 21.

¹⁵ EC, DG Competition, slučaj br. M.9064 Telia Company / Bonnier Broadcasting Holding, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9064 (28. 1. 2023.).

¹⁶ EC, DG Competition, slučaj br. M.9802 - Liberty Global / DPG Media, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20219/m9802_452_3.pdf (28. 1. 2023.).

povrede tržišnog natjecanja. To je posebno izraženo kada jedan od vertikalno povezanih poduzetnika ima značajnu tržišnu snagu.

Istovremeno, vertikalno povezivanje poduzetnika može imati i značajan negativan utjecaj na pluralizam i raznovrsnosti elektroničkih medija, posebice kada su u pitanju relativno mala tržišta, kao što je to slučaj u Republici Hrvatskoj. U demokratskim društvima medije se ne smije promatrati iz perspektive „još jednog tržišta“. Pluralizam i raznovrsnost medija predstavljaju ključne vrijednosti od javnog interesa za društvo u cjelini.¹⁷ Pluralizam i raznovrsnost elektroničkih medija s jedne strane podrazumijeva široku dostupnost i raznolikost u izboru informacija, programa i medijskih sadržaja, a s druge strane stvarnu dostupnost većeg broja operatora kako bi se izbjegla koncentracija tržišta. Jedna od osnovnih pretpostavki za zaštitu temeljnih prava jest zaštita raznovrsnosti medija, a nema demokracije bez pluralizma. O tome govore i brojne presude Europskog suda za ljudska prava.¹⁸ Tako Sud u presudi slučaja br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova* upravo države smatra „ultimativnim jamcem“ pluralizma medija, pa stoga u području emitiranja audiovizualnog sadržaja države moraju osigurati da javnost putem televizije i radija ima pristup nepristranim i točnim informacijama, različitim mišljenjima i komentarima, koji su, između ostalog, odraz različitih političkih pogleda unutar države, te da novinari i drugi profesionalci koji rade u audiovizualnim medijima nisu spriječeni u dijeljenju tih informacija i komentara.¹⁹ I Sud EU-a zauzima slično stajalište, pa tako navodi da kulturne politike koje imaju za cilj zaštititi pluralizam medija, a koji je u izravnoj vezi sa slobodom izražavanja zajamčenom čl. 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i čl. 11. Povelje Europske unije o temeljnim pravima,²⁰ predstavljaju legitiman cilj u javnom interesu, koji opravdava nametnuta ograničenja slobodi pružanja usluga zajamčenih čl. 56. Ugovora o funkcioniranju EU-a.²¹

Iz prethodno navedenog zaključujemo da zakonodavac nametanjem obveze *must-offer* i povezanih ograničenja u čl. 68. ZEM-a slijedi legitimni cilj u javnom interesu kako u pogledu zaštite pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija tako i u pogledu zaštite tržišnog natjecanja.

3.2. Prikladnost, razmjernost i nužnost nametnutih mjera (ograničenja)

Pri razmatranju nametnutih mjera također je potrebno razmotriti jesu li mjere koje se nameću prikladne, nužne i razmjerne za postizanje proklamiranog legitimnog cilja. Kada

¹⁷ Sud EU-a, slučaj C-148/91, *Veronica Omroep*, ECR I-487, t. 13-14; Sud EU-a, slučaj C-250/06, 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, ECR I-11135, t. 48.

¹⁸ ESLJP, slučaj br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova*, t. 95. i 107., ESLJP, slučaj br. 17207/90. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, ESLJP, slučaj br. 37374/05, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*.

¹⁹ ESLJP, slučaj br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova*, t. 99. i 100.

²⁰ SL EU C 326, 26. 10. 2012.

²¹ SL EU C 202, 7. 6. 2016; Sud EU-a, slučaj br. C-87/19, *TV Play Baltic AS v. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, t. 38.; Sud EU-a, slučaj br. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v. État belge*, t. 41.

razmatramo prikladnost nametnutih mjera (ograničenja), uzimamo u obzir jesu li one pogodne za ostvarenje proklamiranog legitimnog cilja. Kao što je prethodno navedeno, legitimni ciljevi koje zakonodavac želi postići jesu zaštita tržišnog natjecanja i zaštita pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija. To se ZEM-om čini nametanjem mjera koje su uobičajeno koriste u pravu tržišnog natjecanja. Logično se nameće pitanje jesu li te mjere ujedno pogodne i za ostvarenje drugog cilja, zaštite pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija.

Iako regulatorni okvir za zaštitu tržišnog natjecanja i regulatorni okvir kojim se štiti pluralizam i raznovrsnosti medija imaju različite ciljeve, pri čemu se prvim žele ostvariti ekonomski ciljevi, a drugim političko-kulturološki, oni su često komplementarni zato što primjena mjera koje su specifične za zaštitu tržišnog natjecanja indirektno ima utjecaj i na pluralizam i raznovrsnost medija. Pravo tržišnog natjecanja ima za cilj stvoriti konkurentno okruženje, koje je raznoliko i uključuje brojne poduzetnike koji sudjeluju na tržištu. Time se osigurava veći broj sudionika na tržištu te su ujedno povećani i izgledi da će oni prenositi raznovrsnije informacije do krajnjih korisnika. U tu svrhu dvije mjere koje se uobičajeno koriste kada su u pitanju nakladnici elektroničkih medija i operatori elektroničkih komunikacija jesu *must-carry* („obveza prijenosa“), koja se uobičajeno nameće operatorima elektroničkih komunikacija, i *must-offer* („obveza ponude“), koja se uobičajeno nameće nakladnicima elektroničkih medija.

Obveza *must-carry* proizlazi iz regulatornog okvira za elektroničke komunikacije, tj. Zakona o elektroničkim komunikacijama²² (dalje u tekstu – ZEK), kojim su transponirane odredbe Direktive (EU) 2018/1972 o Europskom zakoniku elektroničkih komunikacija²³ (dalje u tekstu – EUZEK) u zakonodavstvo Republike Hrvatske. Čl. 160. ZEK-a propisuje da na temelju odluke tijela nadležnog za elektroničke medije (VEM) o obveznom prijenosu jednog ili više radijskih i/ili televizijskih programa u Republici Hrvatskoj na državnoj, regionalnoj ili drugoj razini, i dopunskih usluga, a osobito usluga pristupačnosti koje omogućuju odgovarajući pristup krajnjim korisnicima s invaliditetom, te podataka kojima se podržavaju usluge umrežene televizije i elektroničkih programskih vodiča, Agencija (HAKOM), vodeći računa o načelima razmjernosti i transparentnosti te javnom interesu, odlukom će odrediti obvezu prijenosa tih programa. Nadalje, obveza prijenosa određuje se operatorima koji pružaju elektroničke komunikacijske mreže i usluge koje se upotrebljavaju za distribuciju radijskih i/ili televizijskih programa za javnost u slučaju kada je to za značajan broj korisnika tih mreža i usluga osnovni način prijma radijskih i televizijskih programa. U slučaju određivanja naknade za obvezni prijenos naknada se utvrđuje u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, a Agencija (HAKOM) redovito provjerava utvrđenu obvezu prijenosa svakih pet godina.

Navedena odredba transponirana je u hrvatsko zakonodavstvo gotovo u identičnom obliku iz čl. 114. EUZEK-a, s kojim su povezane uvodne izjave 308, 309 i 310 EUZEK-a.

²² Zakon o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine, br. 76/2022.

²³ SL EU, L 321, 17. 12. 2018.

Spomenute uvodne izjave govore da se pravila *must-carry* primjenjuju u interesu legitimnih zahtjeva javne politike te bi se trebala propisati samo ondje gdje su potrebna kako bi se ispunili ciljevi od općeg interesa. Obveze moraju biti razumne, tj. proporcionalne i transparentne u kontekstu jasno definiranih ciljeva od općeg interesa. Također, države članice trebale bi osigurati objektivno opravdanje primjene pravila *must-carry* kako bi osigurale transparentnost te proporcionalnu i odgovarajuću jasnu definiciju navedenih obveza. Obveze mogu sadržavati i odredbu o proporcionalnoj naknadi, koja bi trebala biti utvrđena u nacionalnom pravu, kojim bi se trebalo utvrditi i metodologiju koja se primjenjuje na izračun odgovarajuće naknade. Ta metodologija ne bi smjela biti neusklađena s regulatornim mjerama za pristup što ih nacionalna regulatorna tijela mogu propisati pružateljima usluga prijenosa koje se upotrebljavaju za radiodifuziju određenima kao pružateljima sa značajnom tržišnom snagom. Ako u nacionalnom pravu ne postoje odredbe o naknadi za prijenos radijskih ili televizijskih radiodifuzijskih kanala i pružateljima elektroničkih komunikacijskih mreža koje se upotrebljavaju za prijenos tih radijskih ili televizijskih radiodifuzijskih kanala, trebalo bi omogućiti da se ugovorno dogovore o proporcionalnoj naknadi. Obveze bi trebale podlijevati periodičnom preispitivanju barem svakih pet godina kako bi se prema potrebi ažurirale u skladu s tehnološkim i tržišnim razvojem te kako bi se osigurala njihova proporcionalnost s ciljevima koje je potrebno ostvariti. Operatorima koji pružaju elektroničke komunikacijske mreže i usluge koje se upotrebljavaju za distribuciju radijskih i/ili televizijskih programa za javnost smatraju se kabelaške, IPTV, satelitske i zemaljske radiodifuzijske mreže. Tu se mogu također uključiti i druge mreže u onoj mjeri u kojoj se znatan broj krajnjih korisnika služi takvim mrežama kao glavnim sredstvom prijma radijskog i televizijskog emitiranja.²⁴

Obveza *must-carry* uvodi se u regulatorni okvir za elektroničke komunikacije EU-a krajem prošlog stoljeća, u vrijeme kada je postojao znatan nedostatak resursa za prijenos audiovizualnog sadržaja te se u brojnim državama članicama EU-a i danas koristi kako bi se osigurao pluralizam i raznovrsnost elektroničkih medija, a koje pružaju operatori elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga koje se upotrebljavaju za distribuciju televizijskih programa javnosti. Nametanje obveze *must-carry* operatorima elektroničkih komunikacija koji prenose televizijske programe do krajnjih korisnika najčešće se odnosi na obvezu prijenosa kanala javnih televizija i kanala lokalnih nakladnika televizije.

S druge strane, obveza *must-offer* uobičajeno se koristi za otklanjanje mogućih negativnih posljedica uslijed vlasničkog povezivanja samih nakladnika medija (horizontalno) ili povezivanja s operatorima elektroničkih komunikacija (vertikalno) u svrhu zaštite tržišnog natjecanja (sprječavanje zatvaranja tržišta), ali i osiguravanja pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija u smislu mogućnost veće ponude za krajnje korisnike te kao protuteža obvezama *must-carry*. Ona podrazumijeva obvezu nakladnika elektroničkih medija da ponudi za prijenos neki od vlastitih kanala operatorima koji su za to zainteresirani. Radi se zapravo o zrcalnoj obvezi u odnosu na obvezu *must-carry*. Na taj

²⁴ Uvodna izjava 308, 309 i 310 EUZEK-a.

je način obveza *must-offer* i implementirana u ZEM. Naime, zakonodavac, uz nametanje same obveze ponude nenaplatnih kanala čl. 68. st. 1., dalje u istom članku stavcima od 3. do 7. u nacionalno pravo uvodi odredbe o određivanju proporcionalne naknade za prijenos te utvrđuje obvezu utvrđivanja metodologije izračuna naknade i njezina periodičnog preispitivanja, što je istovjetno prethodno spomenutim uvjetima koje je potrebno ispuniti kada se uvodi obveza *must-carry* prema ZEK-u (tj. EUZEK-u i uvodnim izjavama).

3.3. Komparativna analiza obveza *must-offer* i *must-carry* u državama članicama EU-a

Dosadašnja praksa u državama članicama EU-a u pogledu nametanja obveza *must-carry* i/ili *must-offer* pokazuje da se obje mjere često koriste u svrhu zaštite tržišnog natjecanja i pluralizma i raznovrsnosti medija, iako je sustav *must-carry* pretežit, osobito kada su u pitanju javni servisi, tj. obvezni prijenos kanala nakladnika javnih televizija. Iako obje mjere imaju komplementarne ciljeve, u praksi dolaze do izražaja i njihovi nedostaci. Naime, u zakonodavstvima gdje se primjenjuje samo sustav *must-carry* primjedba operatora elektroničkih komunikacija jest da se nametanjem obveze prijenosa nakladnicima televizije čiji se kanali moraju prenositi daje ogromna prednost u komercijalnim pregovorima u svezi s prijenosom budući da nakladnici nerijetko zlorabe svoju poziciju u odnosu na operatore koji imaju zakonsku obvezu prijenosa njihovih kanala, a u svrhu postizanja boljih uvjeta i cijene za sebe. Iz tog razloga neke države članice u slučajevima kada nameću obvezu *must-carry* često uređuju i pitanje troškova ili ih same snose. S druge pak strane, nametanje samo obveze *must-offer* u slučajevima s unaprijed utvrđenom cijenom u jednako nepovoljnu poziciju može staviti nakladnike televizije. Budući da, prema nametnutim zakonskim obvezama, oni moraju ponuditi za prijenos svoje kanale po unaprijed utvrđenoj cijeni, operatori elektroničkih komunikacija nemaju obvezu njihova preuzimanja i prijenosa, što u komercijalnim pregovorima mogu iskoristiti u svrhu postizanja boljih uvjeta i cijene za sebe. Vodeći računa o navedenim nedostacima mjera, brojne države članice implementiraju kombinaciju navedenih mjera.

Budući da se ciljevi od javnog interesa definiraju na razini država članica, ne postoji harmonizacija pravila na razini EU-a u primjeni pravila *must-carry* ili *must-offer* te gotovo svaka država članica ima drugačiji pristup. Ipak, komparativnim pregledom zakonodavstava država članica EU-a mogu se uočiti neke sličnosti. Budući da se ZEM-om uvodi obveza *must-offer* za nenaplatne kanale nakladnika televizija s dobivenom koncesijom na državnoj razini bez nametanja obveze *must-carry* za iste kanale operatorima elektroničkih komunikacija dalje vršimo komparativnu analizu iz dostupnih podataka²⁵ u pogledu primjene navedenih mjera u državama članicama EU-a, s primarnim osvrtom na obveze *must-offer*.

²⁵ European Commission, DG for Communications Networks, Content and Technology, Study on media plurality and diversity online – Annexes, svibanj 2022. – podaci su prikupljeni u razdoblju od 1. 9. 2021 do

Austrija u svojem zakonodavstvu ne nameće obvezu *must-offer* izravno, ali za javni servis (ORF) postoji obveza da mora osigurati da u skladu s tehničkim razvojem i ekonomskim opravdanjem svi stanovnici imaju pristup jednom regionalnom kanalu i dvama kanalima na državnoj razini. Obveza *must-carry* nameće se operatorima kabelskih mreža koji imaju obvezu prenositi kanale javne televizije ORF (uključujući i ORF Sport+ i ORFIII).

Belgija (Flamanska regija) temeljem odluke Europske komisije i odluke nacionalnog regulatornog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja – BMA,²⁶ a uslijed vertikalnog povezivanja nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija, implementirala je obvezu *must-offer* za Telenet Group, pri čemu navedena grupa mora svoje kanale Vier, Vijf i ZES (te ostale nove linearne kanale) učiniti dostupnim drugim operatorima na tržištu (uključujući i one koji pružaju usluge OTT – *Over-the-Top*). Istovremeno, obveza *must-carry* postoji za operatore elektroničkih komunikacija, a odnosi se na linearne televizijske kanale koje neovisni regulator za medije (VRM) utvrđuje listom.

Bugarska²⁷ nameće obvezu *must-offer* javnoj televiziji – BNR²⁸ (sredstva za prijenos osigurava država), dok je obveza *must-carry* nametnuta samo za operatore DVB-T i odnosi se na sedam kanala (javnog servisa i komercijalnih nakladnika s nacionalnom koncesijom).

Češka²⁹ nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije svim operatorima elektroničkih komunikacija koji moraju ponuditi kanale bez naknade, a operatori ih moraju uključiti u svoju ponudu, također bez naknade.

Francuska također nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije France Télévisions svim IPTV, kablenskim i satelitskim operatorima.³⁰ Kanali nakladnika televizije koji nisu dostupni krajnjim korisnicima putem DTT-a moraju se ponuditi drugim operatorima kako bi bili dostupni svima, a sami nakladnici zemaljske televizije ne mogu odbiti retransmisiju tih kanala. Obveza *must-carry* nametnuta je operatorima za Parlamentarni kanal javne televizije, koji se mora prenositi bez naknade, te programe lokalnih televizija ako nakladnici lokalnih medija to zahtijevaju (za lokalne informativne programe).

31. 12. 2021. temeljem odgovora eksperata i nacionalnih regulatornih tijela, v. str. 12, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/475bacb6-34a2-11ed-8b77-01aa75ed71a1/language-en>, (30. 1. 2023.).

Vrije Universiteit Brussels (Studies in Media, Innovation and Technology, VUB- SMIT)

²⁶ Odluka BMA, 19-CC-16, 13. 5. 2019. Telnet Group/Da Vijver Media.

²⁷ Čl. 37. *Ibid.*

²⁸ Čl. 44. Radio And Television Law, 9. 3. 2021., <https://www.lex.bg/laws/ldoc/21344476> (3. 2. 2023.).

²⁹ Čl. 54. Act of 17. 5. 2001. on the operation of radio and television broadcasting and on amendments to other acts, <https://www.rrtv.cz/en/static/documents/act-231-2001/Act-on-RTV-broadcasting-reflecting-AVMSD.pdf> (3. 2. 2023.).

³⁰ Décret br. 2009-796, 23. 6. 2009., dopunjen Décret br. 2017-1746 od 22. 12. 2017., <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020788471/> (3. 2. 2023.).

Irska³¹ nameće obvezu *must-offer* za nenaplatne televizijske kanale nakladnika javne televizije RTÉ i TG4 te za sve komercijalne nakladnike televizije nenaplatnih kanala s kojima je sklopljen ugovor o emitiranju televizijskih programa (koji su dobili koncesiju za emitiranje nenaplatnih kanala). Ponuda za prijenos mora biti dostupna cijelo vrijeme te je podložna dogovoru ugovornih strana, koji mora biti usklađen sa načelima poštenog, razumnog i nediskriminirajućeg korištenja – FRAND pravila). Istovremeno, obveza *must-carry* nameće se za sve IPTV, kabelske i satelitske operatore u odnosu na kanale koji imaju obvezu *must-offer*.

Italija³² nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije RAI, dok obveza *must-carry* nije nametnuta.

Malta³³ nameće obvezu *must-offer* svim nakladnicima televizijskih kanala od općeg interesa da bez naknade ponude za prijenos svoje kanale onim operatorima koji imaju obvezu *must-carry* kako bi predmetni kanali bili dostupni javnosti.

Nizozemska³⁴ nameće obvezu *must-offer* za nakladnike javnih medija na regionalnoj i lokalnoj razini, bez obveze *must-carry* za operatore.

Poljska³⁵ nameće obveze *must-offer* i *must-carry* u zrcalnom obliku, gdje se obveza prijensa nameće za kanale Telewizja Polska I i Telewizja Polska II, za nakladnike Telewizja Polsat S. A., TVN S. A., Polskie Media S. A, Telewizja Puls Sp. z. o. o. te za pojedine regionalne programe svim operatorima koji vrše prijenos audiovizualnih programa (uključujući i prijenos putem interneta), a nakladnici na čije se kanale odnosi obveza *must-carry* nemaju mogućnost odbiti prijenos svojih kanala ili zahtijevati naknadu za prijenos.

Slovenija³⁶ također implementira obveze *must-offer* i *must-carry* te također zabranjuje vertikalnu koncentraciju operatora i nakladnika televizije.³⁷ Operator mora pod jednakopravnim uvjetima omogućiti prijenos programa svih nakladnika koji imaju dozvolu za emitiranje (prema čl. 105. Zakona o medijih) ako postoje tehničke mogućnosti za kvalitetan prijem signala od strane operatora u roku od 90 dana od dana početka emitiranja, i to za sve korisnike operatora. Nadalje, operatori moraju u roku od 90 dana

³¹ Section 77. Broadcasting Act 2009 dopunjen i izmijenjen 14. 7. 2021. <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2009/act/18/section/77/revised/en/html> (4. 2. 2023.).

³² Decreto Legislativo br. 177, 31. 7. 2005., dopunjen i izmijenjen 10. 12. 2021., <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-07-31;177!vig> (4. 2. 2023.).

³³ Čl. 7 st. 2, Copyright and related rights in the Digital Single Market Regulations, 2021, L.N. 261 of 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:72019L0790MLT_202104295&from=EN (4. 2. 2023.).

³⁴ Media Act 2008, 1. 7. 2021., <https://wetten.overheid.nl/BWBR0025028/2021-07-01#Hoofdstuk6> (4. 2. 2023.).

³⁵ Čl. 43. Broadcasting Act od 29. 12. 1992., izmijenjen i dopunjen 30. 12. 2015., file:///Users/hrvoje/Downloads/Broadcasting_Act_of_29_December_1992.pdf (4. 2. 2023.).

³⁶ čl. 112. Zakon o medijih (Uradni list RS, št. 110/06 – uradno prečišćeno besedilo, 36/08 – ZPOMK-1, 77/10 – ZSFCJA, 90/10 – odl. US, 87/11 – ZAVMS, 47/12, 47/15 – ZZSDT, 22/16, 39/16, 45/19 – odl. US, 67/19 – odl. US in 82/21).

³⁷ Čl. 61. *Ibid.*

od dana početka emitiranja omogućiti besplatan prijenos kanala Radiotelevizije Slovenije, lokalnih i regionalnih televizijskih kanala, studentskih programa i programa neprofitnih nakladnika. Obveza *must-offer* odnosi se na kanale Radiotelevizije Slovenije, lokalnih i regionalnih televizijskih kanala, studentskih programa i programa neprofitnih nakladnika koji moraju omogućiti besplatan prijenos svojih kanala operatorima.

Španjolska³⁸ nakladnicima televizije nameće samo obveze *must-offer*. Svi nenaplatni televizijski kanali moraju biti ponuđeni operatorima u svrhu pokrivanja područja koje ne pokriva DTT (digitalni prijenos televizijskih kanala putem radijskih frekvencija). Nadalje, temeljem rješenja³⁹ nadležnog tijela za tržišno natjecanje (CNMC) od 22. 4. 2015. godine u svezi s vlasničkim povezivanjem poduzetnika Telefónica/DTS (Canal Plus) (uvjeti su produljeni do srpnja 2023. godine temeljem odluke o praćenju od lipnja 2020),⁴⁰ Telefónica ima obvezu ponuditi *premium* kanale – kanali kojima se prenosi ekskluzivni sadržaj od velikih studija iz SAD-a (u prvom vremenskom okviru prikazivanja – 24 mjeseca od prvog prikazivanja u Španjolskoj) ili druge ekskluzivne sportske sadržaje koji se prenose uživo pod neisključivim, poštenim, razumnim i nediskriminirajućim uvjetima. Navedena veleprodajna ponuda mora uključivati svaki kanal koji je u maloprodajnoj ponudi Telefónice, uključujući i nenaplatne kanale i kanale koji se emitiraju putem platformi na zahtjev. Drugi operatori mogu kupiti do 50 % ponuđenog sadržaja te slobodno odlučiti na koji će način kanale prikazivati. Nadalje, Telefónica ne može ograničiti poduzetnike s kojima se natječe u silaznom tržištu da komercijaliziraju *premium* kanale koje su preuzeli od Telefónice temeljem veleprodajne ponude.

Iz prethodnog komparativnog pregleda možemo zaključiti da se primjena pravila *must-carry* razlikuje uglavnom u odnosu na operatore elektroničkih komunikacija na koje se primjenjuju (DTT, kabelski ili satelitski prijenos, IPTV) ili na televizijske kanale na koje se odnosi (javna televizija, regionalni, lokalni ili komercijalni kanali). Neka se odnose na sve vrste operatora, neka samo na kableske ili satelitske operatore, a u nekim državama članicama obveza *must-carry* nameće se samo u slučajevima kada usluge nenaplatne televizije koje se prenose putem radijskih frekvencija nisu dostupne na cijelom teritoriju pojedine države.

U pogledu obveze *must-offer* većina država članica ne nameće takvu vrstu obveza (Estonija, Njemačka, Grčka, Mađarska, Latvija, Litva, Luksemburg, Portugal, Rumunjska, Švedska). Također, mogu se uočiti četiri oblika primjene obveza *must-offer*:

1. Obveza ponude odnosi se na specifične kanale koje pružaju komercijalni nakladnici, a nametnuta je od strane tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kao posljedica vertikalnog

³⁸ Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones. <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/24/pdfs/BOE-A-2009-3022.pdf> (5. 2. 2023.).

³⁹ CNMC Rješenje br. C/0612/14, https://www.cnmc.es/sites/default/files/618962_23.pdf (5. 2. 2023.).

⁴⁰ CNMC Rješenje br. VC/0612/14, https://www.cnmc.es/sites/default/files/3056051_1953.pdf (5. 2. 2023.).

povezivanja nakladnika i operatora u svrhu osiguravanja njihove šire dostupnosti krajnjim korisnicima (Španjolska, Nizozemska).

2. Obveza ponude kanala javnih servisa u svrhu osiguravanja njihove široke dostupnosti (Francuska, Irska, Italija, Španjolska).

3. Zrcalna primjena obveza *must-offer* i *must-carry* bez određivanja cijena, gdje nakladnici imaju obvezu ponuditi, a operatori prenositi ponuđene kanale (Francuska, Irska, Poljska).

4. Primjena obveza *must-offer* u svrhu postizanja šire dostupnosti nenaplatnih kanala na područjima gdje digitalna zemaljska televizija nije dostupna, pri čemu neke zemlje određuju cijenu, a neke nalažu besplatan prijenos.⁴¹

Predmetna analiza upućuje na to da manji broj država članica koristi sustav *must-offer* za sve nenaplatne televizijske kanale, a uvjeti oko izračuna cijena za prijenos nisu specifično uređeni zakonom (kako je to učinjeno ZEM-om) ni u jednom zakonu koji se obrađuje komparativnom analizom.

Kako je ZEM-om ukinuta zabrana vertikalne koncentracije operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi i nakladnika televizije, nametnuta obveza objave javne ponude može se smatrati prikladnom mjerom, a o njezinoj nužnosti i razmjernosti raspravljamo *infra*.

4. OPĆENITO O REGULACIJI (EX ANTE) I TRŽIŠNOM NATJECANJU I NJIHOVU ODNOSU

Pravo tržišnog natjecanja čine pravila kojima je cilj postavljanje jasnih pravila za natjecanje poduzetnika na tržištu, ali time i granice slobode njihova djelovanja i određivanje granica dopuštenih sredstava i mjera kojima se poduzetnici mogu služiti kako bi imali bolji položaj na tržištu.⁴²

S obzirom na to da pravo tržišnog natjecanja reagira u pravilu (osim kod koncentracija) *ex post*, kada se smatra da je tržišno natjecanje već narušeno zbog nedopuštenog djelovanja poduzetnika, ono pod određenim okolnostima, a napose u nekim djelatnostima, ne može biti dostatno sredstvo garancije da će se poduzetnici ponašati u skladu s onim kako se očekuje u uvjetima slobodnog tržišta. To je razlog zbog kojeg, pored pravila tržišnog natjecanja, postoji i regulacija *ex ante*. Riječ je o tome da je pravno-

⁴¹ European Commission, DG for Communications Networks, Content and Technology, Study on media plurality and diversity online, svibanj 2022., str. 87, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/475bacb6-34a2-11ed-8b77-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-266745163> (28. 1. 2023.).

⁴² V. Butorac Malnar, Vlatka i dr. (urednici V. Butorac Malnar i S. Petrović), *Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora*, drugo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2021, str. 6.

politička procjena da kod nekih djelatnosti treba unaprijed regulirati pravila igre i posebno urediti djelovanje poduzetnika ne bi li se na taj način spriječilo da uopće dođe do narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja. Na primjer, s ciljem sprječavanja zlouporabe vladajućeg položaja za poduzetnike sa značajnom tržišnom snagom unaprijed se propisuju dodatne obveze u odnosu na one kojima su podložni svi poduzetnici.

Potreba za regulacijom *ex ante* postoji osobito kod djelatnosti od općeg interesa. To je i jedan od razloga za osnivanje neovisnih regulatora kao samostalnih i neovisnih tijela s javnim ovlastima osnovanih s ciljem uređenja i nadzora nad obavljanjem određenih djelatnosti, napose onih od općeg gospodarskog interesa. Ideja je da se neovisnim regulatorima daje višestruka uloga, s jedne strane regulatora, a s druge nadzornika nad obavljanjem djelatnosti. Neovisni bi regulatori trebali jamčiti trajno i neprekinuto obavljanje djelatnosti te pružanje usluga dobre kvalitete, u interesu svih potrošača. Radi jačanja natjecanja, koje bi trebalo dovesti do poboljšanja kvalitete pružanja usluga, neovisni regulatori imaju zadaću svim poduzetnicima, potencijalnim natjecateljima, omogućiti pristup tržištu pod jednakim uvjetima. To je osobito važno kod djelatnosti koje su vertikalno povezane. Takav je, primjerice, konkretan slučaj s djelatnošću nakladnika televizije i djelatnošću operatora elektroničkih komunikacija.

Neovisni regulatori u biti uređuju tržište u tim djelatnostima tako da je ono više regulirano negoli je to u ostalim djelatnostima. Drugim riječima, moglo bi se kazati da njihova regulatorna ovlast ima kao posljedicu ograničavanje inače uobičajenih pravila djelovanja na tržištu postavljanjem poduzetnicima posebnih uvjeta obavljanja djelatnosti ili određivanjem dodatnih obveza pri njihovu obavljanju.⁴³ Važnu ulogu u tome, po prirodi stvari, imaju upravo neovisni regulatori zbog svoje ovlasti donošenja općih propisa kojima se određuju posebna pravila djelovanja poduzetnika na reguliranim tržištima, ili pak zbog ovlasti donošenja odluka u pojedinačnim predmetima.⁴⁴

Vrlo je važno pitanje odnosa neovisnih regulatora kao sektorskih regulatora tržišta i tijela specifično zaduženoga za zaštitu tržišnog natjecanja (u našem slučaju Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja). Neovisni regulatori imaju širu ulogu nego što je nadzor nad tržišnim natjecanjem u određenoj djelatnosti. Neovisni regulatori djeluju unaprijed, dok AZTN djeluje kada je tržišno natjecanje već narušeno.⁴⁵ Na primjer, Agencija za elektroničke

⁴³ To postaje osobito važno na digitalnim tržištima i u uvjetima digitalnog poslovanja, što je razlog donošenja posebnog propisa, Uredbe (EU) 2022/2065 Europskog parlamenta i Vijeća od 19. listopada 2022. o jedinstvenom tržištu digitalnih usluga i izmjeni Direktive 2000/31/EZ (Akt o digitalnim uslugama) (Tekst značajan za EGP), SL EU L 277/1 od 27. 10. 2022. Iako se, dakako, ne može napraviti potpuna analogija između tog propisa i djelatnosti poduzetnika u području elektroničkih medija, audiovizualnih usluga i elektroničkih komunikacija (iako neke podudarnosti i preklapanja postoje), čini se da se na načelnoj razini može naglasiti dopuštenost i poželjnost reguliranja *ex ante*, kao i mogućnosti postavljanja posebnih uvjeta i dodatnih obveza za one poduzetnike koji su u takvu položaju da mogu značajno utjecati na stanje na tržištu, pa time mogu i lakše narušiti tržišno natjecanje.

⁴⁴ Butorac Malnar, *op. cit.*, str. 104 i dalje.

⁴⁵ V. npr. čl. 13. Zakona o regulaciji tržišta željezničkih usluga i zaštiti prava putnika u željezničkom prijevozu, Narodne novine, br. 104/17; čl. 5., 6. i 11. Zakona o tržištu električne energije, Narodne novine, br. 120/2012, 68/2018; odredbe Zakona o energiji (Narodne novine, br. 120/2012, 14/2014, 102/2015,

medije donosi opća pravila u skladu sa svojom ovlašću, koja je određena zakonom, nadzire rad poduzetnika u području elektroničkih medija i donosi regulatorne odluke u pojedinačnim slučajevima. S druge strane, AZTN smije intervenirati tek kada je već došlo do narušavanja tržišnog natjecanja jer je to uvjet da ono donese odluku u pojedinačnom slučaju, kada utvrđuje je li poduzetnik narušio pravila tržišnog natjecanja ili nije te kada ga sankcionira ako je bilo narušavanja tržišnog natjecanja od strane tog poduzetnika. Uloge neovisnog regulatora i općeg tijela za tržišno natjecanje (AEM-a i AZTN-a) nisu inkompatibilne, one su, štoviše, suplementarne i komplementarne.

U konkretnom slučaju, čl. 68. (kao i čl. 105. za prijelazno razdoblje) regulatorna je odredba kojom se od svih poduzetnika koji su nakladnici televizije s koncesijom na državnoj razini zahtijeva određeno ponašanje i postavljaju im se posebni uvjeti obavljanja djelatnosti. Cilj je te regulacije (*ex ante*) spriječiti da uopće dođe do narušavanja tržišnog natjecanja time što bi ti poduzetnici zloupotrijebili svoj položaj na tržištu (svoju tržišnu snagu) i ne bi poslovali s operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno, putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi. Drugim riječima, cilj je onemogućiti situaciju da nakladnik ne želi uopće sklopiti ugovor s operatorom elektroničkih komunikacija ili za to postavi takve uvjete koji su istinski neprihvatljivi za operatora, što efektivno znači da nakladnik odbija poslovati s operatorom (slučaj odbijanja poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja; nametanje nepravednih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta) ili da nakladnik pojedinim operatorima postavlja različite uvjete na istovrsne poslove ili da uvjetuje sklapanje ugovora pristankom druge ugovorne strane na prihvaćanje uvjeta koji po svojoj prirodi nisu u vezi s predmetom ugovora.⁴⁶

Uzme li se da je legitimni cilj spriječiti takvo ponašanje poduzetnika *ex ante* (o tome više *supra*), može se raspravljati o tome je li intervencija u autonomiju poduzetnika razmjerna, pa u skladu s time i je li ograničenje u skladu s Ustavom. U ocjeni o tome mogu se stupnjevito odrediti razine (dopuštene) intervencije kroz regulaciju *ex ante*; na primjer, je li potrebno uopće obvezivati nakladnike na stavljanje ponude operatorima ili se može u potpunosti prepustiti tržištu i međusobnom pregovaranju načelno pitanje sklapanja ugovora, što znači da bi se moglo dogoditi da do sklapanja ugovora uopće ne dođe; koji treba biti obvezni sadržaj ponude, koje uvjete ponuda mora sadržavati, a koji uvjeti nisu dopušteni; ako nema dogovora o cijeni između ugovornih strana, treba li nadležno tijelo odrediti minimalnu, maksimalnu ili preporučenu cijenu; koji se parametri, mjerila i podaci uzimaju u obzir prilikom određivanja cijene i koja se metodologija za to koristi; jesu li mjerila određivanja cijene od strane nadležnog tijela jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna; jesu li pravila postupanja nadležnog tijela jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna.

68/2018) kojima se određuju ovlasti Hrvatske energetske regulatorne agencije; čl. 16. Zakona o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine, br. 76/2022.

⁴⁶ V. čl. 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine, br. 79/2009, 80/2013, 41/2021.

Moglo bi se tvrditi da u ocjeni jesu li ograničenja poduzetničke i tržišne slobode (određena postavljanjem dodatnih obveza ili uvjeta poslovanja) ključnu razliku ima okolnost je li riječ o nakladnicima koji su vertikalno integrirani ili nisu, tj. jesu li posrijedi nakladnici televizijskih programa (uzlazno mjerodavno tržište) ujedno i operatori elektroničkih komunikacija (silazno mjerodavno tržište).

U kontekstu mjerodavnih tržišta na kojima poduzetnici djeluju i ustavne poduzetničke i tržišne slobode determiniran je i odgovor o ustavnosti nametanja obveze *must-offer* vezano za osiguranje jednakog pravnog položaja poduzetnika na tržištu (čl. 49. st. 2. Ustava). Načelno, čini se ispravnim tvrditi da poduzetnik koji djeluje na više mjerodavnih tržišta koji su vertikalno povezani i međusobno uvjetovani nije u jednakom položaju kao poduzetnik koji je prisutan samo na jednom mjerodavnom tržištu. Ako je vertikalna povezanost dopuštena, ona može zahtijevati dodatnu intervenciju i postavljanje dodatnih obveza za vertikalno integriranog poduzetnika ocijeni li se da je to jedini način osiguranja tržišnog natjecanja i očuvanja tržišta (legitimni cilj ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode). Međutim, da bi ograničenje bilo dopušteno, takav legitimni cilj tek je jedan od uvjeta koji mora biti ispunjen da bi ograničenje bilo ustavno jer ograničenje mora biti i razmjerno te proći ocjenu kroz tri testa. Tek tada se može utvrditi je li ograničenje poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. u skladu s Ustavom.

Istodobno, može se postaviti pitanje je li ograničenje poduzetničke i tržišne slobode prijeko potrebno i u odnosu na poduzetnika koji nije vertikalno integriran, tj. onog koji ne djeluje na oba mjerodavna tržišta.

Čini se da ne bi smjelo biti dvojbe da je tijelo koje treba biti nadležno za regulaciju *ex ante* (dakako, dođe li se do zaključka da je ona potrebna i korisna) Agencija za elektroničke medije, koja ima ulogu neovisnog regulatora na tržištu elektroničkih medija.

S poduzetničkog i poslovnog rakursa, a potom i s rakursa dopuštene pravne intervencije u načelo poduzetničke i tržišne slobode, čini se da nema drugog sredstva osiguravanja legitimnog cilja negoli je ovaj koji je predviđen u čl. 68. ZEM-a. Naime, ne želi li nakladnik sklapanje ugovora s operatorom, kako ga se može prisiliti na to negoli postavljanjem obveze davanja ponude s ključnim elementima ponude, a napose uvjetom adekvatne cijene? U protivnom, nakladnik može postaviti takvu cijenu u ponudi koja će sklapanje ugovora za drugu ugovornu stranu činiti neprihvatljivim. Ovdje je regulacija *ex ante conditio sine qua non* osiguranja željene razine tržišnog natjecanja i postizanja dobrobiti potrošača (*consumer welfare*, što je legitimni cilj intervencije i ograničenja ustavne poduzetničke i tržišne slobode).

S obzirom na to, kao i uzimajući u obzir analizu stanja i prakse u pojedinim državama i ciljeve sustava *must-offer* i *must-carry*, može se zaključiti da bi se optimalni učinci na tržište, potrošače i osiguranje pluralizma medija postigli kada bi zakonom bile propisane obje obveze: i *must-offer* za nakladnike i *must-carry* za operatore. Isključivo propisivanje *must-offer* impliciralo bi da su samo nakladnici poduzetnici koji se mogu nalaziti u

tržišnom položaju koji se može zlouporabiti, za razliku od operatora. To ne mora biti slučaj jer i operatori mogu imati značajnu tržišnu snagu, koja može dovesti do zlouporabe. Zbog toga, ako postoji samo sustav *must-offer*, on može dovesti do situacije da su nakladnici, ovisno o okolnostima, u podređenom položaju u odnosu na operatore. Zbog toga se može postaviti pitanje ustavnosti ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode; iako postoji legitimni cilj ograničavanja, postoje argumenti za tvrdnju da ograničenje nije razmjerno. Nadalje, ako postoji samo sustav *must-offer*, on bi trebao vrijediti samo za one nakladnike koji se nalaze u posebnom položaju na tržištu time što djeluju i na silaznom tržištu operatora elektroničkih komunikacija. Drugim riječima, kada istovremeno nije propisan i sustav *must-carry*, obveza *must-offer* trebala bi se odnositi samo na one poduzetnike koji su vertikalno povezani jer oni mogu pogodovati operatorima s kojima su povezani, a na štetu ostalim operatora.

Bez obzira na sadržaj intervencije u slobodu ugovaranja i postavljanje dodatnih obveza za nakladnike, čak i kada se ocijeni da je takva intervencija opravdana, primjerena i u skladu sa sustavnim načelom poduzetničke i tržišne slobode, može se raspravljati o tome jesu li odredbe o tome kako se određuje cijena za prijenos kanala nakladnika koji podliježu obvezi *must-offer* i kakva se metodologija koristi te je li postupak u kome se to čini dovoljno transparentan, primjeren i nediskriminatoran, uz najmanje moguće zadiranje u ustavne slobode i temeljna prava poduzetnika.

5. TRANSPARENTNOST, PRIMJERENOST I NEDISKRIMINACIJA PRI ODREĐIVANJU CIJENE ZA PRIJENOS KANALA TEMELJEM OBVEZE *MUST-OFFER*

Kako je zakonodavac kroz regulaciju *ex ante* odlučio intervenirati u autonomiju poduzetnika (i) kroz sustav *must-offer* i (ii) u okviru toga, propisivanjem da nadležno tijelo – Vijeće, određuje maksimalnu cijenu koju nakladnici televizije mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala operatorima elektroničkih komunikacija. O sustavu *must-offer* već se raspravljalo, no za ocjenu ustavne razmjernosti važno je razmotriti i koji se parametri, mjerila i podaci uzimaju u obzir prilikom određivanja maksimalne cijene, koja se metodologija pri tome koristi te jesu li mjerila i pravila postupanja jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna.

Čl. 68. st. 5. ZEM-a utvrđuje ključne parametre koji se prilikom izračuna ukupne maksimalne cijene (naknade) moraju uzeti u obzir, a to su ukupan broj nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom, udio gledanosti televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom u ukupnom broju televizijskih kanala i ukupan broj korisnika naplatne televizije. Istovremeno, zakon izričito ne utvrđuje na koji se način navedeni podaci prikupljaju i koriste prilikom izračuna, ali nalaže suradnju Vijeća i HAKOM-a te usvajanje metodologije izračuna ukupne maksimalne naknade, uz prethodno provođenje javnog savjetovanja sa zainteresiranom javnošću kako bi mjerila i pravila postupanja bila jasna, razumljiva i unaprijed poznata. Iako prethodno navedeni parametri imaju značajan utjecaj na određivanje konačne maksimalne cijene za pojedini nenaplatni televizijski

kanal, zakonodavac je propustio urediti način utvrđivanja ključnog parametra – osnovu za utvrđivanje iznosa naknade. Naime, parametri ukupnog broja nenaplatnih kanala, udio gledanosti i broja korisnika naplatne televizije primjenom metodologije koju utvrdi Vijeće moraju se staviti u odnos prema nekoj unaprijed utvrđenoj osnovi (cijeni) za utvrđivanje naknade te se na taj način dolazi do izračuna ukupne maksimalne cijene za pojedini televizijski kanal. Iz tog razloga upravo je utvrđivanje tog ključnog parametra od odlučne važnosti za izračun konačne maksimalne cijene koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala. Očigledna je intencija zakonodavca da odlučivanje o tom ključnom parametru prepusti Vijeću, koje pri tome, u skladu s čl. 68. st. 4. ZEM-a, mora postupiti na način da se naknada utvrđuje na načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, što upućuje na tzv. pravila FRAND. Iako se navedena pravila u slučajevima vertikalnog povezivanja poduzetnika često koriste u svrhu otklanjanja negativnih posljedica povezivanja poduzetnika, ona u praksi doživljavaju brojne kritike, posebice u području audiovizualnih medijskih usluga. Tako se često ističe primjedba da navedena pravila nisu dovoljno jasna i unaprijed određena te da ne uzimaju u obzir učestale promjene na tržištu.⁴⁷ Iz navedenih razloga nameće se pitanje u kojoj je mjeri Vijeće obvezno prilikom određivanja osnove za utvrđivanje naknade uzeti u obzir ukupne interne i eksterne troškove koje nakladnici nenaplatnih televizijskih kanala s koncesijom na državnoj razini imaju u proizvodnji kanala te u kojoj se mjeri uzimaju u obzir inflatorna kretanja, što može biti od posebne važnosti ako se uzme u obzir da se naknada određuje na rok od pet godina.

Navedeno se i spominje u Konačnom prijedlogu Zakona o elektroničkim medijima od 29. srpnja. 2021. godine u obrazloženju čl. 68., koji kaže: „ ... a pri određivanju cijene osobito se uzima u obzir najviša cijena kanala i najveći udio u gledanosti. Cijena iz prethodnog stavka ažurira se jednom godišnje ili svake dvije godine te se pri tome mora voditi računa o stopi inflacije te stvarnom stanju na tržištu“,⁴⁸ iako konačna formulacija čl. 68. ZEM-a prethodno navedeno obrazloženje ni na koji način ne reflektira, već se govori o ukupnoj naknadi koja se utvrđuje na rok od pet godina, unutar koje se pojedinačne naknade po nenaplatnom kanalu mogu mijenjati svake dvije godine (iznimno i prije) samo temeljem promjena u udjelu gledanosti. Nadalje, uz navedene primjedbe ništa ne upućuje na obvezu nadležnog tijela da ne samo prilikom određivanja nego i prilikom kontinuiranog praćenja primjene mjera treba uzeti u obzir i moguće promjene na tržištu (ulazak novog poduzetnika na tržište, moguća horizontalna ili vertikalna povezivanja poduzetnika, pojava novih usluga i sl.).

Pored toga, dodatno pitanje koje se nameće vezano uz određivanje maksimalne naknade za prijenos jest njezin obuhvat. Naime, programski sadržaj nenaplatnih televizijskih kanala prate i brojne interaktivne usluge koje su do sada nakladnici nudili operatorima i koje su predstavljale svojevrsnu dodanu vrijednost kanalima u ponudi, a ne propisanu

⁴⁷ V. slučaj br. M.9064 – Telia Company/ Bonnier Broadcasting Holding, primjedbe vezane uz primjenu pravila FRAND, str. 284, 294.

⁴⁸ *Op. cit.*, t. 5., str. 84.

obvezu. Također, ne pružaju svi nakladnici isti skup interaktivnih usluga. Iz tog razloga maksimalna naknada za prijenos trebala bi se odnositi samo na skup nužnih interaktivnih usluga koje omogućuju odgovarajući pristup krajnjim korisnicima s invaliditetom te podataka kojima se podržavaju usluge umrežene televizije i elektroničkih programskih vodiča budući da interaktivne usluge, poput snimanja, pauziranja i premotavanja programa, ni na koji način nisu povezane s ciljevima koji se žele ostvariti nametnutom mjerom objave ponude.

Navedeni problemi u određivanju ukupne maksimalne naknade koju nakladnici nenaplatnih kanala s koncesijom na državnoj razini mogu naplaćivati operatorima za prijenos jasno se očituju i u Odluci o određivanju ukupne naknade za naplatni prijenos, koju je Vijeće donijelo 22. studenoga 2021. (dalje u tekstu – Odluka).⁴⁹ Naime, temeljem čl. 105. st. 1. Vijeće je donijelo predmetnu Odluku (i ispravak Odluke), kojom utvrđuje ukupan iznos naknade za prijelazno razdoblje do 31. 12. 2023. godine u skladu s propisanim postupanjem prema čl. 105. st. 1. U suradnji s HAKOM-om Vijeće je prikupilo podatke o broju operatora koji u RH pružaju usluge prijenosa televizijskih kanala i koji rade u sustavu slobodne distribucije, broju korisnika gore navedenih usluga, broju kanala (naplatnih i nenaplatnih) koje navedeni operatori distribuiraju, ugovorene cijene za usluge prijenosa televizijskih kanala, gledanosti u minutama po svakom kanalu, a koju su prikupili s korisničke opreme i dostavili sami operatori. Tom Odlukom utvrđena je visina ukupne naknade od 0,47 EUR mjesečno po korisniku naplatne televizije te su, unutar navedene ukupne naknade, određene i pojedinačne naknade za svih sedam nenaplatnih kanala četiri nakladnika s dobivenom državnom koncesijom.

Člankom 105. st. 1. određeno je da se u prijelaznom razdoblju za izračun ukupne ponderirane naknade uzimaju naknade koje su operatori plaćali nakladnicima za nenaplatne kanale u godini koja prethodi godini stupanja zakona na snagu, a koje uključuju sve interaktivne usluge vezane uz predmetne kanale u odnosu na broj korisnika pojedinog kanala po operatoru. Ako je navedena naknada uključivala i naplatne kanale čija vrijednosti nije zasebno određena iz jedinstvene naknade, izuzima se vrijednost naplatnih kanala temeljem udjela naplatnih kanala u ukupnom broju kanala.

Jasno je da se ponderirana naknada računa stavljanjem inicijalno ugovorene cijene koju su operatori plaćali nacionalnim nakladnicima za nenaplatni kanal u odnos prema broju korisnika pojedinog kanala po operatoru. Time se nastoji doći do pravične cijene te je pri tome ključno prema načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije utvrditi točnu inicijalnu cijenu za pojedini nenaplatni kanal. Iz obrazloženja Odluke Vijeća nije jasno na koji je način izuzeta inicijalna cijena za pojedinačni nenaplatni kanal ako je potrebno izuzeti vrijednost naplatnih kanala iz zbirne cijene za ukupan broj kanala. Nije jasno je li pri tome uzet u obzir udio gledanosti nenaplatnog kanala u odnosu na naplatne

⁴⁹ Vijeće, Odluka o određivanju ukupne naknade za naplatni prijenos, 22. 11. 2021., <https://www.aem.hr/wp-content/uploads/2021/11/Odluka-o-utvrdivanju-ukupne-naknade-iz-cl-105.pdf> (6. 2. 2023.), i Odluka o ispravku odluke, 22. 12. 2021., <https://www.aem.hr/wp-content/uploads/2021/12/Odluka-o-ispravku-odluke-1.pdf> (6. 2. 2023.).

kanale čija vrijednost nije zasebno određena, a koji su nuđeni u paketu. Na probleme vezane uz izračun inicijalne cijene (osnove za izračun) za utvrđivanje ponderirane naknade upućuje i samo Vijeće u svojem obrazloženju kada govori „...uz sposobnost pregovaranja i druge kriterije koji se ne mogu matematički izraziti“, pritom ne navodeći metodologiju kojom navedeno odstupanje korigira. Time i samo Vijeće dovodi u pitanje točnost izračuna i primjenu načela razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije.

U svojem obrazloženju Vijeće tako propušta navesti način kako je utvrdilo točan iznos inicijalne cijene koja se koristila za izračun ponderirane cijene. Ne navodi se nijedan podatak koji je ključan za izračun ponderirane naknade ni podaci koji su odlučni za utvrđivanje pojedinačne naknade po kanalu unutar ukupno određene naknade. Pri izračunu se također koriste podaci koje dostavljaju sami operatori (koji su direktno zainteresirana strana), a za koje se ne predviđa provjera ili barem usporedba s podacima neovisnog izvora. Bitno je istaknuti da navedeni podaci i točna metodologija izračuna moraju biti dostupni zainteresiranim stranama kako bi se postupak mogao smatrati razmjernim, transparentnim i nediskriminirajućim. Uz to (iako je za prijelazno razdoblje tako previđeno čl. 105. st. 1 ZEM-om), cijena se određuje za prijenos kanala zajedno sa svim interaktivnim uslugama neovisno o tome koje sve interaktivne usluge nakladnici pružaju te se time sam programski sadržaj nenaplatnih kanala po svojoj važnosti na svojevrsan način izjednačava s pružanjem interaktivnih usluga neovisno o njihovoj vrsti i broju, iako to ni na koji način nije nužno za ostvarivanje ciljeva koji se žele postići nametnutom mjerom obveze objave javne ponude za prijenos.

Moglo bi se zaključiti da u slučaju donošenja predmetne Odluke o određivanju ukupne i pojedinačne naknade Vijeće nije postupilo u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, već upravo suprotno; samim se time i nameće pitanje budućeg postupanja pri određivanju ukupne naknade nakon proteka prijelaznog razdoblja.

6. ZAKLJUČAK

Na temelju prethodne analize čl. 68. i 105. ZEM-a i ograničenja koja se nameću nakladnicima te ustavnih odredbi o temeljnim pravima i slobodama i mogućnosti njihova ograničavanja može se zaključiti da bi se optimalni učinci na tržište, potrošače i osiguranje raznovrsnosti i pluralizma medija postigli kada bi zakonom bile propisane obje obveze: i *must-offer* za nakladnike i *must-carry* za operatore. Naime, sustav *must-offer* bez istodobnog sustava *must-carry* narušava načelo razmjernosti u ostvarivanju legitimnog cilja osiguranja raznovrsnosti i pluralizma medija. Uređuje li se samo sustav *must-offer*, on bi trebao vrijediti samo za one nakladnike koji su vertikalno povezani s poduzetnicima na tržištu operatora. Pri tome je također važno uzeti u obzir da se ustavna odredba iz čl. 49. st. 2., kojom država osigurava jednak pravni položaj poduzetnika na tržištu, odnosi prije svega na sve poduzetnike. No ako je to u skladu s načelom poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. Ustava i njezinim dopuštenim ograničenjima prema čl. 16. Ustava,

za poduzetnike na različitim tržištima mogu se postaviti posebni uvjeti ili obveze, a jednako se tako uz iste pretpostavke mogu za pojedine poduzetnike odrediti takvi posebni uvjeti ili dodatne obveze ako se njihov položaj na tržištu pravno razlikuje od položaja drugih poduzetnika na istom tržištu. U skladu s time, obveza javne ponude za nakladnike televizije iz čl. 68. st. 1. ZEM-a i činjenica da konačnu cijenu za prijenos kanala određuje Vijeće ne predstavlja povredu poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. Ustava, no važno je istaknuti da je predmetnom analizom utvrđeno da odredbe čl. 68. st. 3., st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. i čl. 105. st. 1. nisu dovoljno jasne i razumljive, pa time nisu ni razmjerne ni nediskriminatorne. te stoga mogu biti protivne odredbama čl. 16. i 50. Ustava RH i mogu dovesti do pravne nesigurnosti. Konačno, temeljem provedene analize može se zaključiti da odredbe čl. 105. st. 1. koje se odnose na obvezu ponude koja, osim programskog sadržaja, uključuje i sve interaktivne usluge za prijelazno razdoblje do 31. 12. 2023., nisu u skladu s legitimnim ciljem, nužne i razmjerne, niti su u potpunosti jasne, razumljive i nedvojbene, pa samim time nisu u skladu s odredbama čl. 3., 16. i 50. Ustava RH.

SUMMARY

The Issue of the Constitutionality of the Provisions Imposing the Obligation to Launch a Public Offer for the Transmission of Free TV Channels Pursuant to the Electronic Media Act

The provisions of the Electronic Media Act, adopted in 2021, impose the obligation on television broadcasters with a concession granted at state level in the Republic of Croatia to launch a public offer for the transmission of their free television channels that broadcast on the basis of a concession to all electronic communications operators which provide pay television services to end users. This is an important innovation compared to the previous legislative framework. Since this Act abolishes the restrictions related to the possibility of a vertical concentration of entrepreneurs providing media services on the market and entrepreneurs providing electronic communications services in the Republic of Croatia, the legislator decided to intervene in the autonomy of entrepreneurs by imposing, through an ex-ante regulation, the obligation to launch a public offer (must offer), while at the same time limiting the maximum price that broadcasters can charge for the transmission of free channels. This price is determined by the competent authority – the Electronic Media Council. Since the aforementioned measures restrict entrepreneurial and market freedoms guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia, this paper considers the constitutionality of the imposed restrictions. Furthermore, it offers a comparative analysis of the legal regulation of the must-offer and must-carry system in EU Member States, and an analysis of the legally prescribed procedure of the competent authority of the Republic of Croatia in determining the maximum price for the transmission of free channels. Finally, special emphasis is given to an analysis of ex-ante regulation and its impact on market competition.

Keywords: electronic media, electronic communications, television broadcasters, electronic communications operators, audio-visual media services, must-offer system, must-carry system

Hrvoje Lisičar, PhD, Associate Professor at the Department of Information Technology Law and Informatics, University of Zagreb Faculty of Law

Siniša Petrović, PhD, Full professor in a permanent position at the Department of Commercial Law and Company Law, University of Zagreb Faculty of Law

USAVRŠAVANJE PRAVOSUDNIH DUŽNOSNICA I DUŽNOSNIKA KOJI RADE NA PREDMETIMA RODNO UVJETOVANOG NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U OBITELJI

Pregledni znanstveni rad

UDK 343.22:347.96-055.1/.3(497.5)

342.722:347.96-055.1/.3(497.5)

Primljeno: 29. rujna 2023.

Dr. sc. Antonija Petričušić*

Jedna od mjera Akcijskog plana za provedbu Nacionalnog plana za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2024. godine jest revidirati odredbe Zakona o sudovima s ciljem propisivanja posebnih uvjeta za raspoređivanje predmeta nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u rad pravosudnim dužnosnicima s obzirom na njihova posebna svojstva, senzibilizaciju i sklonost za rad na takvoj vrsti predmeta te redovito stručno usavršavanje iz tog područja. Nedavna dopuna i izmjena Zakona o sudovima propisala je obvezu predsjednika sudova da godišnjim rasporedom poslova rasporede u rad predmete nasilja u obitelji sutkinjama i sucima koji imaju izražen osjećaj i sklonost za rad na predmetima te vrste, uz obvezu redovitog pohađanja stručnog usavršavanja iz tog područja. Ministru pravosuđa i uprave tom je zakonskom izmjenom dana pak ovlast da pravilnikom propiše program i način održavanja stručnog usavršavanja iz područja rada na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Ovaj članak uvodno navodi i obrazlaže hrvatsku međunarodnopravnu obvezu koja nalaže stručno usavršavanje svih relevantnih stručnjakinja i stručnjaka koji se bave žrtvama ili počiniteljima svih djela nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, zatim donosi pregled recentnih poboljšanja zakonodavnog okvira zaštite od nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u Republici Hrvatskoj te konačno predlaže sadržaj programa stručnog usavršavanja iz područja rada na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.

Ključne riječi: prava žena; rodno uvjetovano nasilje; žrtve nasilja; Istanbulska konvencija; Zakon o sudovima; stručno usavršavanje pravosudnih dužnosnika; postupanje pravosuđa prema žrtvama nasilja nad ženama i nasilja u obitelji

1. UVOD

Osiguravanje pristupa pravosuđu za žrtve nasilja nad ženama i nasilja u obitelji nužan je mehanizam ostvarivanja prava žena. Žrtve takva nasilja često nemaju povjerenje u pravosudne institucije i djelatnike drugih institucija koje bi trebale osnaživati žrtve nasilja (policije, Hrvatskog zavoda za socijalni rad, zdravstvenih ustanova). Nepovjerenje u institucionalni sustav zaštite od nasilja nad ženama i obitelji rezultira i neprijavlivanjem rodno uvjetovanog nasilja. Žrtve nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u brojnim su slučajevima, u tijeku postupaka prijave nasilja te u dokaznom postupku, izložene ponižavajućim komentarima službenika tijela kaznenog progona ili policije, a dodatno ih

* Izvanredna profesorica na Katedri za sociologiju, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

se viktimizira inzistiranjem na opetovanom suočavanju s počiniteljem, okrivljavanju žrtve te višekratnim ispitivanjima od strane službenika tijela kaznenog progona ili policije. I te činjenice pojačavaju zazor od prijavljivanja nasilja i povećavaju rizik ponovne viktimizacije ili sekundarnih oblika viktimizacije žrtava nasilja.

Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova u svojem posljednjem objavljenom izvješću, za 2022. godinu, u dijelu pod naslovom „Postupanje policije i pravosuđa prema žrtvama nasilja u obitelji“, navodi: „da bi se doista postigla promjena te preokrenuli negativni trendovi, svi bi dionici, a posebice sva stručna tijela koja se bave prevencijom nasilja i resocijalizacijom počinitelja, državno odvjetništvo, pravosuđe, ali i mediji, političari/političarke te posebice obrazovni sustav, svoja postupanja i djelovanja trebali prilagoditi najboljim međunarodnim praksama suzbijanja nasilja prema ženama i nasilja u obitelji“. Prema njezinu mišljenju, „to prvenstveno znači osiguranje učinkovitih ranih preventivnih mehanizama, paralelno i izvan pravosudnog sustava, nultu toleranciju na nasilje, posebice kroz penalnu politiku i pravosuđe, osiguranje kontinuirane i sustavne izobrazbe na svim društvenim razinama, kao i uvođenje redovitih treninga i edukacija, posebice za profesionalce/ke u ovom području te uvođenje dugotrajne i obvezatne resocijalizacije što većeg broja počinitelja.“¹ Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova i u 2021. i u 2022. ponovila je preporuke koje smjeraju unaprijeđenju i povećanju učinkovitosti pravosudnog i zakonodavnog okvira borbe protiv rodno utemeljenog nasilja i posebice protiv femicida. Ona preporuča „uvesti sustavnu i redovnu edukaciju sudaca/kinja i državnih odvjetnika/ca pri Pravosudnoj akademiji isključivo o progona i kažnjavanju slučajeva rodno utemeljenog nasilja“.² Preporuča i ustrojavanja posebnih odjela na svim sudovima i svim državnim odvjetništvima sa specijaliziranim sucima/tkinjama i državnim odvjetnicima/cama samo za obiteljsko i rodno utemeljeno nasilje te posebne odjele pri policiji sa specijaliziranim policijskim kadrom za rodno utemeljeno nasilje i nasilje u obitelji“.³

Povod je ovom prikazu nedavna dopuna i izmjena Zakona o sudovima, koja je propisala posebne uvjete za sutkinje i suce koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.⁴ Novela Zakona propisala je, naime, da suci i sutkinje koji će odlučivati o osjetljivoj tematici rodno uvjetovanog nasilja trebaju „imati izražen osjećaj i sklonost za rad na predmetima te vrste uz obvezu redovitog pohađanja stručnog usavršavanja iz ovog područja“. Ne ulazeći u problematiziranje norme, koja ne definira na koji će se način procjenjivati „osjećaj i sklonost za rad na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji“, ovaj članak uvodno navodi i obrazlaže hrvatsku međunarodnopravnu obvezu koja nalaže stručno usavršavanje i usavršavanje na radnom mjestu relevantnih

¹ Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2022. godinu, https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2023-04-03/151002/IZVJ_PRAVOBRANITELJICA_RAVNOPR_SPOLOVA_2022..pdf, str. 87.

² *Ibid.*, Preporuka broj 2, str. 99.

³ *Ibid.*, Preporuka broj 3, str. 99.

⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine br.). Vidi i Zakon o sudovima (Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 130/20 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 21/22 i 16/23 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske).

stručnjakinja i stručnjaka koji se bave žrtvama ili počiniteljima svih djela nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, potom donosi pregled recentnih poboljšanja zakonodavnog okvira zaštite od nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u Republici Hrvatskoj te konačno predlaže sadržaj tema koje bi trebalo obuhvatiti stručno usavršavanje iz područja rada na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji kako bi se uspostavio okvir koji će doista omogućiti da sutkinje i suci koji će pohađati usavršavanje budu senzibilizirani za postupanje u predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, a njihova sklonost za rad na takvoj vrsti predmeta osnažena.

2. USAVRŠAVANJE I SENZIBILIZACIJA STRUČNJAKINJA I STRUČNJAKA ZA RAZLIČITE UZROKE NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U OBITELJI KAO MEĐUNARODNOPRAVNA OBAVEZA REPUBLIKE HRVATSKE

Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (nadalje: Istanbulska konvencija, nazvana prema gradu u kojem je ponuđena na potpisivanje državama članicama Vijeća Europe) pravno je obvezujući i sveobuhvatan međunarodni mehanizam za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji kojem je pristupila i Republika Hrvatska.⁵ Radi se o sveobuhvatnom međunarodnom dokumentu o zaštiti žena i djevojčica od rodno uvjetovanog nasilja, koji prepoznaje i muškarce i dječake kao moguće žrtve nasilja u obitelji.⁶

Rodno uvjetovano nasilje, dakle nasilje koje je usmjereno protiv osobe na temelju njezina roda ili nasilje koje nerazmjerno pogađa osobu određenog roda, oblik je kršenja prava žena.⁷ Ono je posljedica strukturnih nejednakosti koje su ukorijenjene u rodnim stereotipima i asimetrijama moći, uključujući i one u privatnoj, društvenoj, javnoj i gospodarskoj sferi, pa i pravosudnom sustavu. Ono se manifestira u raznim oblicima. utvrđuju se ključne definicije pojmova koji su od najveće važnosti za njezinu provedbu. Primjerice, kao nasilje na ženama i kao nasilje u obitelji. Nasilje nad ženama označava „sva djela rodno uvjetovanog nasilja koja imaju za posljedicu ili će vjerojatno imati za posljedicu, tjelesnu, seksualnu, psihičku ili ekonomsku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim djelima, prisilu ili namjerno oduzimanje slobode, bilo da se pojavljuju u

⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 3/18). Vidi i Željko, D. „Procjena prvih deset godina Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji“, 28(2) *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (2021), 381–404.

⁶ Guney, G. „The Istanbul Convention: A Genuine Confirmation of the Structural Nature of Domestic Violence against Women within a Human Rights Law Framework?“, u: Kewley S., Barlow C. (ur.), *Preventing Sexual Violence: Problems and Possibilities* (Bristol: Bristol University Press, 2020), 131–148.

⁷ O razvoju međunarodnog prava žena općenito vidi Radačić, I. „Human Rights of Women and the Public/Private Divide in International Human Rights Law“, 3 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2007), str. 443–468, te Edwards, A. *Violence against Women under International Human Rights Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2010). O razvoju međunarodnih instrumenata zaštite od obiteljskog nasilja i nasilja nad ženama vidi Šimonović, D. „Razvoj i sinergije globalne CEDAW Konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama“, u: Potočnjak, Ž., Grgurev, I., Grgić, A. (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava* (Zagreb: Pravni fakultet, 2014), str. 83–98.

javnom ili privatnom životu”.⁸ Ono može biti fizički napad ili pak posebno teški oblik – femicida, ubojstva žena od strane njihovih intimnih partnera ili srodnika, mučenje i mizogino pogublivanje žena ili ubijanje žena i djevojčica u ime takozvane časti. Rodno uvjetovano nasilje uključuje i seksualno nasilje, uključujući i silovanje, genitalno sakaćenje žena, trgovanje ženama i djevojčicama u svrhu seksualnog iskorištavanja, seksualno uznemiravanje. Ono uključuje i prisilne brakove, prisilno zadržavanje u braku, prisilnu sterilizacija, prisilni pobačaj, kao i uskraćivanje sigurnog i zakonitog pobačaja, porodničarsko i ginekološko nasilje. Nadalje, ono se manifestira i kao institucionalno nasilje, neizravno nasilje, ekonomsko nasilje u obitelji i/ili kućanstvu, uhođenje, zlostavljanje i uznemiravanje, govor mržnje na internetu i izvan njega te kao različiti oblici nasilja na internetu, poput, primjerice, osvetničke pornografije.

Nasilje u obitelji „označava sva djela tjelesnog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja koja se događaju u obitelji ili kućanstvu ili između bivših ili sadašnjih bračnih drugova ili partnera, neovisno o tome dijeli li počinitelj ili je dijelio isto prebivalište sa žrtvom“.⁹ Primjerice, takvo nasilje predstavlja primjenu fizičke sile uslijed koje nije nastupila tjelesna ozljeda; tjelesno kažnjavanje ili drugi načini ponižavajućeg postupanja prema djeci; psihičko nasilje koje je kod žrtve prouzročilo povredu dostojanstva ili uznemirenost; spolno uznemiravanje; ekonomsko nasilje kao zabranu ili onemogućavanje korištenja zajedničke ili osobne imovine, raspolaganja osobnim приходима ili imovinom stečenom osobnim radom ili nasljeđivanjem, onemogućavanje zapošljavanja, uskraćivanje sredstava za održavanje zajedničkog kućanstva i za skrb o djeci te zanemarivanje potreba osobe s invaliditetom ili osobe starije životne dobi koje dovodi do njezine uznemirenosti ili vrijeđa njezino dostojanstvo i time joj nanosi tjelesne ili duševne patnje.¹⁰ Nasilje u obitelji jest i kazneno djelo, a onaj tko teško krši propise o zaštiti od nasilja u obitelji i time kod članova obitelji ili bliske osobe izazove strah za njezinu sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba ili je dovede u ponižavajući položaj ili stanje dugotrajne patnje, a time nije počinjeno teže kazneno djelo, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do tri godine.¹¹

Okvir za djelotvornije iskorjenjivanje nasilja nad ženama i obiteljskoga nasilja koji Istanbulska konvencija predviđa sadrži i dužnost država potpisnica da osiguraju usavršavanje stručnih osoba, uključujući i pravosudne dužnosnice i dužnosnike. Iako je pitanje obvezne obuke za sutkinje i suce i dalje kontroverzno u nekim jurisdikcijama,

⁸ *Ibid.*, čl. 3. st. a.

⁹ *Ibid.*, čl. 3. st. b.

¹⁰ Čl. 10. Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine br. 70/17, 126/19, 84/21 i 114/22).

¹¹ Čl. 179.a Kaznenog zakona. Kazneni zakon dodatno propisuje zaštitu bliskih osoba od nasilja, pa su tako kao kvalifikatorni oblici kaznenih djela propisane kažnjive radnje na štetu bliske osobe u kaznenim djelima: ubojstvo (čl. 110.), teško ubojstvo (čl. 111.), usmrćenje (čl. 112.), sakaćenje ženskih spolnih organa (čl. 116. st. 3.), tjelesna ozljeda (čl. 117. st. 2.), teška tjelesna ozljeda (čl. 118. st. 2.), osobito teška tjelesna ozljeda (čl. 119. st. 2.), teška tjelesna ozljeda s posljedicom smrti (čl. 120.), teška tjelesna ozljeda iz nehaja (čl. 121.), prisila (čl. 138. st. 2.), prijetnja (čl. 139. st. 4.), nametljivo ponašanje (čl. 140. st. 2.), spolni odnošaj bez pristanka (čl. 152.), silovanje (čl. 153.) i spolno uznemiravanje (čl. 156.). Vidi Kazneni zakon (Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 i 114/22).

stručno usavršavanje sutkinja, sudaca, kao i državnih bilježnica i bilježnika, praksa je u gotovo svim pravosudnim sustavima.¹² Argument da bi zahtijevanje od sutkinja i sudaca da prođu poseban tečaj obuke narušilo neovisnost pravosuđa odavno je dekonstruiran, barem u europskom pravnom prostoru, u kojem se smatra „da su programi obuke i izgradnje kapaciteta najučinkovitiji kada su propisani zakonom i provode se redovito i sustavno“.¹³

Čl. 15. Istanbulske konvencije propisuje da će „stranke osigurati ili osnažiti primjereno usavršavanje odgovarajućih stručnih osoba koje rade sa žrtvama ili počiniteljima svih djela nasilja obuhvaćenih područjem primjene ove Konvencije, o sprečavanju i otkrivanju takvog nasilja, ravnopravnosti žena i muškaraca, potrebama i pravima žrtava, kao i o načinima sprečavanja sekundarne viktimizacije“.¹⁴ Pojašnjavajuće izvješće uz odredbe Konvencije odnosi se i na čl. 15. Istanbulske konvencije.¹⁵ Točka 98. Pojašnjavajućeg izvješća navodi da „usavršavanje i senzibilizacija stručnjaka za različite uzroke, manifestacije i posljedice svih oblika nasilja koje pokriva opseg ove Konvencije pružaju učinkovito sredstvo u prevenciji takvog nasilja. Ne samo što omogućava podizanje svijesti među stručnjacima o nasilju nad ženama i obiteljskom nasilju, usavršavanje pridonosi i promjeni stajališta i ponašanja stručnjaka u pogledu žrtava. Nadalje, ono znatno poboljšava narav i kvalitetu potpore koja se daje žrtvama.“¹⁶ Točka 99. Pojašnjavajućeg izvješća navodi da je „vrlo važno da stručnjaci u redovitom kontaktu sa žrtvama ili počiniteljima imaju odgovarajuće znanje o pitanjima povezanim s tim vrstama nasilja. Zbog toga stavak 1. nameće Strankama obvezu da osiguraju ili pojačaju odgovarajuće usavršavanje za relevantne stručnjake koji se bave žrtvama ili počiniteljima svih oblika nasilja koje pokriva opseg ove Konvencije o pitanjima kao što su prevencija i otkrivanje

¹² Vidi Goranić, I. „Stručno usavršavanje u pravosuđu – standardi i preporuke Europske unije i međunarodnih organizacija“, u: Garašić, J. (ur.), *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme* (Zagreb: Narodne novine, 2013), 279–304. Turkalj, K. „Usavršavanje pravosudnih dužnosnika u europskom privatnom pravu“, 7(1) *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* (2017), 161–193. Za američki sustav kontinuirane izobrazbe sudaca vidi Karlen, D. „Judicial Education“, 52 (11) *American Bar Association Journal* (1966), 1049–1054; Armytage, L. „Educating judges: Where to from here?“, 1 *Journal of Dispute Resolution* (2015), 167–174; Benton, D., Sheldon-Sherman, J. A. „What judges want and need: User-friendly foundations for effective judicial education“, 1 *Journal of Dispute Resolution* (2015), 23–39.

¹³ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Handbook for the Judiciary on Effective Criminal Justice Responses to Gender-based Violence against Women and Girls*, 2019, https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/HB_for_the_Judiciary_on_Effective_Criminal_Justice_Women_and_Girls_E_ebook.pdf, str. 144. Vidi i Skinnider, E., Qosaj-Mustafa, A., *Training Resource Tool for Prosecutors and Judges in combating violence against women and domestic violence* (Strasbourg: Council of Europe, 2020), <https://rm.coe.int/tot-training-resource-tool-eng/1680a1ac57>. Vidi i Thomas, C., Young, L., Ellingen, M., *Working with the Justice Sector to End Violence against Women and Girls* (New York: The Advocates for Human Rights and UN Women: 2011), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/Shelters/UN_Women_by_Cheryl__Team_working_with_justice_sector.pdf.

¹⁴ Čl. 15. st. 1. Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.

¹⁵ Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske, Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji i Pojašnjavajuće izvješće, <https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/images/pdf/Publikacija%20Konvencija%20Vije%C4%87a%20Europe%20o%20spre%C4%8Davanju%20i%20borbi%20protiv%20nasilja%20nad%20C5%BEenama%20i%20nasilja%20u%20obitelji.pdf>.

¹⁶ *Ibid.*

takvog nasilja, ravnopravnost žena i muškaraca, potrebe i prava žrtava, kao i o načinu sprečavanja sekundarne viktimizacije. Početno stručno usavršavanje i praktično usavršavanje treba omogućiti relevantnim stručnjacima da steknu odgovarajuće alate za prepoznavanje i upravljanje slučajevima nasilja, u ranoj fazi, te da primjereno poduzmu preventivne mjere korištenjem senzibilnosti i vještina potrebnih za primjereno i učinkovito obavljanje posla. Priređivači Nacrta smatrali su kako je najbolje da Stranke same odluče kako će organizirati usavršavanje relevantnih stručnjaka. Međutim, važno je osigurati da relevantno usavršavanje bude trajno i praćeno primjerenim naknadnim aktivnostima kako bi se osigurala odgovarajuća primjena novostečenih vještina. Naposljetku, važno je da relevantno usavršavanje bude poduprto i ojačano jasnim protokolima i smjernicama koji postavljaju standarde koje se očekuje da će osoblje slijediti u svojim područjima. Učinkovitost tih protokola, kada su relevantni, treba kontinuirano pratiti, pregledavati, a kada je potrebno, poboljšavati.¹⁷ Točka 100. Pojašnjavajućeg izvješća navodi da „relevantni stručnjaci mogu uključivati stručnjake u sudstvu, pravnoj praksi, agencijama za provedbu zakona te u područjima zdravstva, socijalne skrbi i obrazovanja. Pri usavršavanju stručnjaka koji su uključeni u sudske postupke (naročito sudaca, tužitelja i odvjetnika) Stranke moraju uzeti u obzir zahtjeve koji proizlaze iz neovisnosti sudačke profesije i autonomije koju imaju u pogledu organizacije usavršavanja za svoje članove. Priređivači Nacrta željeli su naglasiti da ova odredba nije u suprotnosti s pravilima koja utvrđuju autonomiju pravnih profesija, nego da od Stranaka traži da osiguraju da usavršavanje bude dostupno onim stručnjacima koji ga žele.“¹⁸

U rujnu 2023. godine objavljeno je Izvješće Grupe stručnjaka za djelovanje protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (nadalje: GREVIO) u Osnovnom evaluacijskom izvješću o zakonodavnim i drugim mjerama kojima se provode odredbe Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji za Republiku Hrvatsku (nadalje: Evaluacijsko izvješće). Također se apostrofira nužnost usvajanja rodno osjetljivog pristupa u stručnom usavršavanju svih stručnjakinja i stručnjaka relevantnih za provedbu odredbi Istanbulske konvencije te podizanja razumijevanja o rodnoj uvjetovanosti svih oblika nasilja nad ženama, o pitanjima moći i kontrole među pravosudnim dužnosnicama i dužnosnicama, među zdravstvenim djelatnicama i djelatnicima, policijom, zaposlenicima i zaposlenicima sustava socijalne skrbi.¹⁹

GREVIO u Evaluacijskom izvješću napominje s posebnom zabrinutošću da „ne postoji posebno početno stručno usavršavanje ili usavršavanje na radnome mjestu koje sadrži

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Grupa stručnjaka Vijeća Europe za djelovanje protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (GREVIO), Osnovno evaluacijsko izvješće o zakonodavnim i drugim mjerama kojima se provode odredbe Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji za Republiku Hrvatsku, <https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Obitelj%20i%20djeca/GREVIO/GREVIO%20IZVJE%C5%A0%C4%86E%20%20PROVEDBI%20KONVENCIJE%20VE%20%20SPRE%C4%8CAVANJU%20I%20BORBI%20PROTIV%20NASILJA%20NAD%20%C5%BDENAMA%20I%20NASILJA%20U%20OBITELJI%20ZA%20REPUBLIKU%20HRVATSKU.pdf>.

modul o nasilju nad ženama za suce i tužitelje, kao ni za druge stručnjake u pravosudnom sustavu.“²⁰ GREVIO primjećuje da se „njihovo materijalno stručno usavršavanje uglavnom [...] stječe na sveučilištu, koje ne obuhvaća nasilje nad ženama na jedinstven i sveobuhvatan način i možda ne odgovara specifičnim potrebama različitih skupina pravnika. Što se tiče usavršavanja na radnome mjestu, GREVIO napominje kako Pravosudna akademija provodi niz volonterskih radionica o nasilju u obitelji za kaznene suce i savjetnike na općinskim, županijskim i prekršajnim sudovima, savjetnike u državnom odvjetništvu na općinskoj i županijskoj razini, probacijske službenike i službenike za potporu žrtvama i svjedocima. Stopa sudjelovanja pravosudnih stručnjaka na tim radionicama zabrinjavajuće je niska. Neke jednokratne inicijative usavršavanja za suce, državne odvjetnike i zamjenike državnih odvjetnika proveli su Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, pojedine nevladine udruge za ženska prava i Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina o rodno uvjetovanom nasilju, iako točan opseg tih usavršavanja nije jasan.“²¹

GREVIO, nadalje, u Evaluacijskom izvješću pohvaljuje što „se ulažu određeni naponi kako bi se određenim skupinama stručnjaka, kao što su službenici zaduženi za provedbu zakona, omogućilo da iskoriste mogućnosti usavršavanja o nasilju u obitelji“.²² Međutim, GREVIO primjećuje da „ti naponi ne uključuju ključne stručnjake kao što su pravnici, socijalni radnici i zdravstveni djelatnici. Štoviše, čini se kako se malo radi, ili se uopće ne radi na osiguravanju sustavnog početnog i stručnog osposobljavanja za druge oblike obuhvaćene Istanbulskom konvencijom, uključujući seksualno nasilje, kao i ravnopravnost žena i muškaraca. Naposljetku, čini se kako nisu uloženi posebni naponi u usavršavanje stručnjaka kako bi im se omogućilo da pruže odgovor za žene žrtve koje su izložene višestrukoj diskriminaciji, kao što su Romkinje, žene s invaliditetom ili migrantice i žene tražiteljice azila, te na potrebu da djeluju u suradnji s drugim stručnim skupinama na temelju dogovorenih protokola.“²³ GREVIO se nadalje poziva na zaključke drugog nadzornog mehanizma međunarodnih ljudskih prava te podsjeća da je “nužnost da hrvatske vlasti pojačaju svoje napore u usavršavanju svih relevantnih stručnjaka u području nasilja nad ženama također ... zapažena u Univerzalnom periodičnom pregledu, u kojem je preporučeno hrvatskim vlastima da osiguraju usavršavanje o ljudskim pravima i borbi protiv diskriminacije i nasilja, uključujući i na temelju seksualne orijentacije i rodnog identiteta za zdravstvene radnike, članove pravosuđa, policije i službenike u zatvorima“.²⁴

GREVIO navodi da se „prema informacijama koje su dostavile nevladine organizacije za prava žena, čini... kako je opći problem u usavršavanju stručnih osoba uključenih u borbu protiv nasilja nad ženama nedovoljna integracija perspektive žrtve u inicijative usavršavanja. To može djelomično proizaći iz činjenice da ta usavršavanja često pružaju

²⁰ *Ibid.*, paragraf 97.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, paragraf 99.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

osobe sa sličnim profesionalnim iskustvom bez uključivanja nevladinih organizacija za ženska prava i nevladinih organizacija koje pružaju specijalističke usluge žrtvama nasilja nad ženama. Ova praksa rezultira poticanjem pristupa nasilju u obitelji među profesionalcima koji se temelji na sukobu u obitelji, a ne usvajaju rodno osjetljivi pristup.²⁵ GREVIO eksplicitno u Evaluacijskom izvješću navodi da „je upoznat s izvješćima koja ukazuju na to da djelatnici pravosuđa koji rade u području nasilja u obitelji, nasilje u obitelji vide kao rodno neutralni problem, a ne kao oblik nasilja nad ženama“.²⁶

GREVIO je stoga uputio preporuku hrvatskim vlastima, u kojoj upotrebom glagola „urgirati“ poručuje da smatra kako je potrebno hitno djelovanje kako bi se zakonodavstvo ili politika stranke uskladili s Istanbulsom konvencijom ili kako bi se osigurala njezina provedba te od hrvatske vlasti zahtijeva „da osiguraju sustavno i obvezno početno i stručno osposobljavanje o sprječavanju i otkrivanju svih oblika nasilja nad ženama obuhvaćenih Istanbulsom konvencijom za sve stručnjake, posebice za zdravstveni sektor, socijalne radnike i pravnike poput onih u državnom odvjetništvu i pravosuđu. Takva obuka trebala bi se temeljiti na načelima nediskriminacije i ravnopravnosti žena i muškaraca te biti osmišljena u bliskoj suradnji sa svim relevantnim dionicima, uključujući neovisne ženske nevladine organizacije koje pružaju specijaliziranu potporu ženama žrtvama nasilja. Potrebno je uspostaviti jasne protokole i smjernice kako bi se odredili standardi koje djelatnici trebaju slijediti u svojim područjima rada.“²⁷

3. ZAKONSKO REGULIRANJE SUZBIJANJA RODNO UVJETOVANOG NASILJA U REPUBLICI HRVATSKOJ NAKON PRISTUPANJA ISTANBULSKOJ KONVENCIJI

Hrvatske su vlasti svoju predanost borbi protiv nasilja nad ženama potvrdile ratifikacijom Istanbulske konvencije 2018. godine. Ratifikacijom Istanbulske konvencije u mnogim državama potpisnicama došlo je do unapređenja zaštite žrtava nasilja nad ženama i nasilja u obitelji te unaprjeđenja istraga i kaznenog progona počinitelja nasilja.²⁸ Neposredno pred uključivanje odredbi Istanbulske konvencije u hrvatski zakonodavni sustav amandmani na Zakon o ravnopravnosti spolova iz 2008. godine iz srpnja 2017. godine, inicirani zbog usklađivanja hrvatskog zakonodavstva sa zakonodavstvom EU-a, uredili su pitanje sveobuhvatne zaštite od viktimizacije na način da se dodatno proširio krug osoba koje ulaze u okrilje zaštite jamstva zabrane diskriminacije, a u svrhu jačanja pravne zaštite žrtava nasilja.²⁹

²⁵ *Ibid.*, paragraf 100.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, paragraf 101.

²⁸ Bosak, M., Munivrana Vajda, M. „The reality behind the Istanbul convention : Shattering conservative delusions“, 74 *Womens studies international forum* (2019), 77–83.

²⁹ Vidi Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine br. 85/08 i 112/12), Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine br. 70/17, 126/19, 84/21 i 114/22) i Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine br. 82/08 i 69/17). Vidi i Pravilnik o načinu provedbe pojedinačne procjene žrtve (Narodne novine br. 106/2017) i Pravilnik o izvršavanju psihosocijalnog tretmana (Narodne novine br. 103/2018).

Nakon ratifikacije Istanbulske konvencije došlo je do niza izmjena u nacionalnom zakonodavnom i institucionalnom okviru sa svrhom unaprjeđena prevencije, pooštrenja kažnjavanja i dodatne zaštite žrtava nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Zlata Đurđević primjećuje da „nema sumnje da su veliki pomaci napravljeni i u normativnoj regulaciji koja je ne tako davno neskriveno tolerirala nasilje nad ženama i štitila počinitelje“.³⁰

Ratifikacija Istanbulske konvencije pokrenula je niz zakonodavnih i institucionalnih poboljšanja. Potom je 2019. godine donesen novi Protokol o postupanju u slučaju nasilja u obitelji sa svrhom osiguranja uvjeta za djelotvoran rad nadležnih tijela pri postupanju u slučaju nasilja u obitelji.³¹ Protokolom je ustanovljena obaveza zdravstvenih radnika, radnika u ustanovama socijalne skrbi, u vjerskim ustanovama, humanitarnim organizacijama ili organizacijama civilnog društva, u odgojno-obrazovnim ustanovama te svih drugih stručnih radnika koji u svom radu dolaze u kontakt sa žrtvama nasilja u obitelji da prijave policiji ili državnom odvjetništvu počinjenje nasilja u obitelji za koje su saznali u obavljanju svojih poslova. Protokol o postupanju u slučaju nasilja u obitelji obvezuje i pravosudna tijela (sudove i državno odvjetništvo) na određene obveze u predmetima vezanima uz nasilje u obitelji.³² Oni su dužni pristupiti pažljivoj obradi kaznenog/prekršajnog predmeta i korištenju zakonskih mogućnosti za zaštitu žrtve i drugih članova obitelji; omogućiti sudsku zaštitu žrtvi nasilja u obitelji, a osobito djetetu; upoznati žrtvu s njezinim pravima u kaznenom i prekršajnom postupku; uputiti žrtvu na djelotvornu psihološku i drugu stručnu pomoć i potporu, na nadležne odjele za podršku žrtvama i svjedocima na sudovima, kao i na organizacije civilnog društva i Nacionalni pozivni centar za žrtve kaznenih djela i prekršaja; provesti pojedinačnu procjenu žrtve i sukladno zaključku primijeniti posebne mjere zaštite prema žrtvi, a osobito prema djetetu kada se primjena posebnih mjera zaštite očekuje; u svrhu provođenja pojedinačne procjene prema potrebi pribaviti potrebne podatke od centra za socijalnu skrb, drugih tijela, organizacija i ustanova koje pružaju pomoć i podršku žrtvama kaznenih djela, a posebno od odjela za podršku žrtvama i svjedocima; prilikom provedbe pojedinačne procjene žrtve razmotriti preporuke tijela, organizacija i ustanova, kao i organizacija civilnog društva koje pružaju pomoć i podršku žrtvama o potrebi određivanja mjera zaštite žrtve; osigurati stručnu pomoć i podršku djetetu žrtvi nasilja u obitelji putem stručnih suradnika izvanpravne struke; poštivati prava žrtve u svim stadijima postupka; u postupcima vezanim uz zaštitu prava i interesa djece obavijestiti centar za socijalnu skrb i policiju o pokretanju prekršajnog, odnosno kaznenog postupka i pravomoćnim odlukama donesenim u tim postupcima; osigurati organizaciju rada općinskih sudova koji postupaju u prekršajnim predmetima na način da mogu provoditi nadležne postupke i u dane vikenda i blagdana; zbog počinjenog nasilja u obitelji suci općinskih sudova koji

³⁰ Đurđević, Z. „Uvodna riječ: Nekoliko riječi o rodno utemeljenom nasilju nad ženama“, 29 (2) *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (2022), V–XI, str. VII.

³¹ Protokol o postupanju u slučaju nasilja u obitelji, <https://mpu.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Pravo%20na%20pristup%20informacijama/Zakoni%20i%20ostali%20propisi/Kazneno%20pravo/Protokol%20o%20postupanju%20u%20slu%C4%8Daju%20nasilja%20u%20obitelji.pdf>.

³² *Ibid.*

postupaju u prekršajnim predmetima, državni odvjetnici i suci istrage osigurati će prihvat dovedenog okrivljenika, odnosno osumnjičenika radi određivanja zadržavanja u prekršajnom, odnosno određivanja pritvora ili istražnog zatvora u kaznenom postupku te ispitati dovedenu osobu i odlučiti o načinu vođenja daljnjeg postupka; obavijestiti žrtvu nasilja u obitelji, na njezin zahtjev, o poduzetim radnjama povodom prijave i ishodu postupka i dostaviti joj presliku pravomoćne odluke suda; sudovi će osigurati zaštitu žrtve pri dolasku na sud i unutar suda omogućavanjem davanja iskaza odvojeno od počinitelja te fizičkom zaštitom žrtve u suradnji s policijom; na zahtjev žrtve sud koji je odlučio o puštanju počinitelja na slobodu o svojoj odluci dužan je bez nepotrebne odgode obavijestiti žrtvu ukoliko se radi o punoljetnoj žrtvi i centar za socijalnu skrb, odnosno po službenoj dužnosti ukoliko je žrtva nasilja u obitelji djeteta, osoba s invaliditetom ili osoba starije životne dobi.³³

U 2020. i 2021. godini uslijedile su izmjene relevantnog zakonodavstva za suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Izmijenjeni su i dopunjeni Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji, Kazneni zakon te Zakon o kaznenom postupku.³⁴ Izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, koje su stupile na snagu 1. siječnja 2020. godine, pooštrena je zakonska kaznenopravna politika kažnjavanja za pojedina kaznena djela (nasilje u obitelji, sakaćenje ženskih spolnih organa, tjelesna ozljeda (prema bliskoj osobi), teške tjelesne ozljede (prema bliskoj osobi), osobito teška tjelesna ozljeda (prema bliskoj osobi), povreda djetetovih prava, bludne radnje i spolno uznemiravanje).³⁵ Također, propisani su i kvalificirani oblici kaznenih djela učinjenih prema bliskoj osobi u odnosu na kazneno djelo prijetnje i kazneno djelo nametljivog ponašanja. Kazneno djelo nasilja u obitelji prošireno je u svojem zakonskom opisu, i to na način da je kao nova posljedica počinjenja uvedeno stanje dugotrajne patnje. Kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka brisano je, a kaznenim djelom silovanja ima se smatrati i svaki nekonsenzualni spolni odnošaj ili s njim izjednačena spolna radnja, dakle i onda kad nema uporabe sile ili prijetnje na život i tijelo silovane ili druge osobe. Izmjenama Kaznenog zakona iz 2021. godine uvedeno je novo kazneno djelo „zlouporaba snimke spolno eksplicitnog sadržaja“, tzv. kazneno djelo „osvetničke pornografije“, kojim se propisuje kažnjavanje počinitelja koji zlouporabi odnos povjerenja i bez pristanka snimane osobe učini dostupnim trećoj osobi snimku spolno eksplicitnog sadržaja koja je snimljena uz pristanak te osobe za osobnu uporabu i na taj način povrijedi privatnost te osobe.³⁶ Radi bolje učinkovitosti progon kaznenog

³³ *Ibid.*

³⁴ Vidi Kazneni zakon (Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 i 114/22), Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19, 130/20 i 80/22) i Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine br. 70/17, 126/19, 84/21 i 114/22).

³⁵ Zakon o izmjenama Kaznenog zakona (Narodne novine br. 126/2019). Vidi i Kazneni zakon (Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 i 114/22).

³⁶ Roksandić, S., „Šesta novela Kaznenog zakona – uvođenje virtualnih valuta i “osvetničke pornografije” te dodatna zaštita odnosa povjerenja i ranjivih osoba“, 28 (2) *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (2021), 437–472.

djela spolnog uznemiravanja od 2021. godine goni se *ex officio*, a ne po prijedlogu žrtve.³⁷ Konačno, izmjenama je proširen pojam bliskih osoba i na osobe koje nisu u životnoj zajednici sa žrtvom, što znači i na sadašnje i bivše partnere u intimnoj vezi.

Izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, koje su stupile na snagu 1. siječnja 2020., ubrzan je kazneni postupak.³⁸ Položaj žrtava ojačan je zakonodavnim izmjenama i dopunama istog Zakona 2017. godine. Izmjene Zakona o kaznenom postupku iz 2022. godine proširile su uporabu informacijsko-komunikacijskih tehnologija u kaznenom postupku, i to uvođenjem e-komunikacije, proširenjem uporabe tonskog snimanja na sve rasprave u kaznenom postupku te proširenjem mogućnosti korištenja audio-videoveze. U odnosu na položaj žrtve u kaznenom postupku relevantno je proširenje kataloga prava žrtve na način da se žrtvama svakog kaznenog djela daje pravo predložiti da budu ispitane putem audio-videouređaja

Izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, koje su stupile na snagu 1. siječnja. 2020. godine, pooštrena je zakonska politika kažnjavanja na način da su propisane više novčane kazne i kazne zatvora za sve pojavne oblike nasilja u obitelji.³⁹ Redefinirano je tjelesno nasilje na način da je ono propisano kao primjena fizičke sile uslijed koje nije nastupila tjelesna ozljeda u sudskomedicinskom smislu te je proširen kruga osoba na koje se Zakon primjenjuje, čime se harmonizira prekršajno zakonodavstvo, kojim je regulirana materija zaštite od nasilja u obitelji, s kaznenim zakonodavstvom na način da se primjena Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji odnosi na istovjetan krug osoba kojima i Kazneni zakon pruža dodatnu zaštitu u slučaju počinjenja kaznenih djela vezanih uz nasilje u obitelji.⁴⁰

4. DOPRINOS SUZBIJANJU NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U OBITELJI PROVEDBOM STRATEŠKIH DOKUMENATA

Ciljevi i mjere za suzbijanje nasilja u obitelji bili su sadržani u Nacionalnoj strategiji zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine, za čiju je provedbu bilo nadležno Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike.⁴¹ U tijeku je donošenje novog Nacionalnog programa zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2023. do 2026. godine, a nedavno je usvojen Nacionalni plan za suzbijanje seksualnog nasilja i

³⁷ Munivrana, M. „Kaznenopravna zaštita od spolnog uznemiravanja“, u: Grgurev, I., Potočnjak, Ž. (ur.). *Pravna zaštita od spolnog uznemiravanja* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2021), 119–151.

³⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine br. 126/2019).

³⁹ *Zakon o izmjenama Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji* (Narodne novine br. 126/2019).

⁴⁰ *Ibid.* Vidi i Zakon o izmjenama Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine br. 114/22).

⁴¹ Nacionalna strategija zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine, <https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/MDOMSP%20dokumenti/Nacionalna%20strategija%20zastite%20od%20nasilja%20u%20obitelji%20za%20razdoblje%20do%202017.%20do%202022.%20godine.pdf>. Vidi i Odluka o donošenju Nacionalne strategije zaštite od nasilja u obitelji, za razdoblje od 2017. do 2022. godine (Narodne novine, br. 96/17).

seksualnog uznemiravanja za razdoblje do 2027.⁴² To je prvi nacionalni srednjoročni akt strateškog planiranja usmjeren na zaštitu žrtava seksualnog nasilja i seksualnog uznemiravanja u Republici Hrvatskoj, koji bi trebao poslužiti kao dodatni iskorak u sustavnoj borbi protiv nasilja. Sadrži posebne ciljeve i pripadajuće mjere za osiguravanje sigurnog okruženja svih osoba kroz prevenciju pojavnosti seksualnog nasilja i seksualnog uznemiravanja, unaprjeđenje usluga i pomoći žrtvama kroz osiguravanje izobrazbe osoba koje u svojem radu dolaze u kontakt sa žrtvama i unaprjeđenje zakonodavstva u ovom području te putem rada s počiniteljima. Na temelju Nacionalnog plana izrađen je provedbeni dokument – Akcijski plan za suzbijanje seksualnog nasilja i seksualnog uznemiravanja za razdoblje od 2022. do 2024. godine, kojim se, između ostaloga, definiraju mjere u području suzbijanja seksualnih delikata. Nacionalnim planom za suzbijanje seksualnog nasilja i seksualnog uznemiravanja, programom i akcijskim planovima trebalo bi se osigurati učinkovito postupanje u cilju zaštite žrtava.

Nacionalni plan za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2027. „akt je strateškog planiranja Vlade Republike Hrvatske koji se donosi s ciljem uklanjanja svih oblika diskriminacije temeljem spola i uspostavljanja stvarne rodne ravnopravnosti, a sadrži viziju razvoja i potrebe u ovom području, razvojne potencijale i prioritete o kojima je, u okviru različitih javnih politika, potrebno voditi računa s ciljem postizanja demokratskog društva jednakih mogućnosti za sve svoje građane i građanke“.⁴³ Akcijski plan uz Nacionalni plan za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2027. propisao je da na „predmetima nasilja u obitelji rade samo oni pravosudni dužnosnici koji prethodno prođu potrebnu edukaciju, i nakon toga budu ovlaštteni – licencirani za rad na tim predmetima što podrazumijeva i posebna svojstva, senzibilizaciju i sklonost za rad na takvoj vrsti predmeta“.⁴⁴

Člankom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima nedavno je dodan novi čl. 10.a, koji glasi: „(1) Godišnjim rasporedom poslova određuju se suci i državni službenici za rad na predmetima nasilja u obitelji. Pri određivanju sudaca za rad na ovim predmetima predsjednik suda vodit će računa o tome da suci koji se raspoređuju na rad na ovim predmetima moraju imati izražen osjećaj i sklonost za rad na predmetima ove vrste te redovito pohađati stručno usavršavanje iz ovog područja. (2) Program i način

⁴² Nacionalni plan za suzbijanje seksualnog nasilja i seksualnog uznemiravanja za razdoblje do 2027., <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2022/Prosinac/181%20sjednica%20VRH//181%20-%208%20Nacionalni%20plan.doc>.

⁴³ Vidi Nacionalni plan za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2027., <https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/NPRS%202027%20APRS%202024//Nacionalni%20plan%20za%20ravnopravnost%20spolova,%20za%20razdoblje%20do%202027..pdf>, str. 4. Vidi i Odluku o donošenju Nacionalnog plana za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2027. godine i Akcijskog plana za provedbu Nacionalnog plana za razdoblje do 2024. godine (Narodne novine br. 28/23).

⁴⁴ Akcijski plan za provedbu Nacionalnog plana za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2024. godine, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2023/O%20C5%BEujak/199%20sjednica%20VRH//199%20-%2014%20Nacionalni%20plan.docx>, str. 28.

održavanja stručnog usavršavanja iz stavka 1. ovoga članka pravilnikom propisuje ministar nadležan za poslove pravosuđa.“⁴⁵

Novim Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima propisuju se posebni uvjeti za sutkinje i suce koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Godišnjim rasporedom poslova određuju se suci i državni službenici za rad na takvim predmetima, a predsjednica ili predsjednik suda mora voditi računa da određeni suci „imaju izražen osjećaj i sklonost za rad na predmetima te vrste uz obvezu redovitog pohađanja stručnog usavršavanja iz ovog područja, kako bi se osigurala specijalizacija i najviša razina kompetencija za postupanje“.⁴⁶

U nacionalnim strateškim i provedbenim dokumentima osiguravanje specijalizacija pravosudnih djelatnika i djelatnika za suzbijanje nasilja te dostizanje njihove najviše razine kompetencija za postupanje u predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji tretira se kao 'izobrazba stručnjaka koji rade u području zaštite od nasilja u obitelji'. Tako je Nacionalna strategija zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine bila propisala mjeru provođenja intenzivne izobrazbe predstavnika državnih tijela, nadležnih tijela jedinica područne (regionalne) samouprave i organizacija civilnog društva o problematici nasilja u obitelji i odredbama Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Cilj ove mjere bio je „poboljšati i intenzivirati programe osposobljavanja za suzbijanje obiteljskog nasilja za djelatnike u državnim tijelima, tijelima jedinica lokalne samouprave, jedinica područne (regionalne) samouprave i organizacija civilnog društva; te unaprijediti stručne kompetencije i odgovornost djelatnika sustava obrazovanja, policije, socijalne skrbi, zdravstva, pravosuđa i organizacija civilnog društva, za prepoznavanje, primjereno postupanje i suzbijanje obiteljskog nasilja“.⁴⁷

Države koje su pristupile Istanbulskoj konvenciji dužne su „osigurati ili osnažiti primjereno usavršavanje odgovarajućih stručnih osoba koje rade sa žrtvama ili počiniteljima svih djela nasilja obuhvaćenih područjem primjene ove Konvencije, o sprečavanju i otkrivanju takvog nasilja, ravnopravnosti žena i muškaraca, potrebama i pravima žrtava, kao i o načinima sprečavanja sekundarne viktimizacije“.⁴⁸

Izvješće o provedbi mjera u 2019. i 2020. godini Nacionalne strategije zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine navodi da su „u području izobrazba stručnjaka koji rade u području zaštite od nasilja u obitelji provedbom mjera usmjerenih edukaciji stručnjaka tijekom 2019. i 2020. godine napravljeni ... znatni pomaci na području edukacije državnih i javnih službenika, vezano uz prepoznavanje i djelovanje u

⁴⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine br.).

⁴⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine br.).

⁴⁷ Nacionalna strategija zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine, <https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/MDOMSP%20dokumenti/Nacionalna%20strategija%20zastite%20od%20nasilja%20u%20obitelji%20za%20razdoblje%20do%202017.%20do%202022.%20godine.pdf>.

⁴⁸ Čl. 15. Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.

situacijama nasilja u obitelji, a što je osobito postignuto provedbom mjere broj 1. Provoditi intenzivnu izobrazbu predstavnika državnih tijela, nadležnih tijela jedinica područne (regionalne) samouprave i organizacija civilnog društva o problematici nasilja u obitelji i odredbama Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. U cilju dodatne izobrazbe djelatnika policije, centara za socijalnu skrb, državnog odvjetništva, prekršajnih, obiteljskih i kaznenih sudova, liječničkog osoblja, te odgojnoobrazovnih djelatnika, u okviru godišnjih programa stručnih usavršavanja nadležna državna tijela provode i edukacije na temu nasilja u obitelji s ciljem učenja boljih načina postupanja, te uočavanja važnosti i obveza međuresornog povezanog i usklađenog djelovanja održano je niz seminara i programa izobrazbe. [...] Policijska akademija, ustrojstvena jedinica Ministarstva unutarnjih poslova, nadležna je za provođenje svih oblika policijskog obrazovanja na svim razinama, odnosno visokoškolskom temeljnom i cjeloživotnom obrazovanju. U okviru dva studijska programa na Visokoj policijskoj školi obrađuju se teme o temeljnim ljudskim pravima uključujući nasilje nad ženama i nasilje u obitelji. Ove se teme obrađuju i na Srednjoj policijskoj školi kroz Program srednjoškolskog obrazovanja odraslih za zanimanje policajac/policajka. U cilju izobrazbe pravosudnih dužnosnika i policije o odredbama domaćeg i europskog zakonodavstva usmjerenim na suzbijanje i prevenciju nasilja u obitelji i odredbama Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji tijekom 2019. i 2020. godine Pravosudna i Policijska akademija održale su više dvodnevnih regionalnih radionica namijenjenih kaznenim sucima i savjetnicima općinskih, županijskih i prekršajnih sudova, zamjenicima i državnoodvjetničkim savjetnicima kaznenih odjela općinske i županijske razine, policijskim djelatnicima, probacijskim službenicima i službenicima za podršku žrtvama i svjedocima. Ujedno, u cilju izobrazbe probacijskih službenika za provedbu tretmanskog programa počinitelja nasilja u obitelji kontinuirano se provode programi radi razvoja stručnih kompetencija zaposlenika.⁴⁹ U Programu cjeloživotnog stručnog usavršavanja Pravosudne akademije za 2023. godinu, uz temu „Nasilje u obitelji“, koja se provodi u suradnji s Policijskom akademijom, usvojene su dodatne četiri teme vezane uz obiteljsko nasilje: „Razgraničenje zakonskih opisa kaznenog djela nasilja u obitelji i prekršaja sukladno Zakonu o zaštiti od nasilja u obitelji“, „Izricanje istražnog zatvora i mjera opreza radi zaštite žrtve“, „Odmjeravanje kazne i izricanje sigurnosne mjere u postupcima obiteljskog nasilja“ i „Uzimanje iskaza žrtve i ispitivanja žrtve s posebnim naglaskom na ranjive skupine, posebno žrtve nasilja u obitelji, nasilja nad djecom i ženama i seksualnog nasilja“.⁵⁰

⁴⁹ Izvješće o provedbi mjera Nacionalne strategije zaštite od nasilja u obitelji za razdoblje od 2017. do 2022. godine, za 2019. i za 2020. godinu, [https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Obitelj%20i%20djeca/IZVJESCE%20%20PROVEDBI%20%20Nacionalne%20strategije%20zastite%20od%20nasilja%20u%20obitelji%202019-2020%20\(2\).pdf](https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Obitelj%20i%20djeca/IZVJESCE%20%20PROVEDBI%20%20Nacionalne%20strategije%20zastite%20od%20nasilja%20u%20obitelji%202019-2020%20(2).pdf), str. 11–12.

⁵⁰ Akcijski plan za provedbu Nacionalnog plana za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2024. godine, <https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/NPRS%202027%20APRS%202024//Nacionalni%20plan%20za%20ravnopravnost%20spolova,%20za%20razdoblje%20do%202027..pdf>, str. 21.

U okviru Ministarstva pravosuđa i uprave u listopadu 2022. osnovana je Radna skupina koja je analizirala zakonodavni okvir zaštite od nasilja nad ženama i nasilja u obitelji te je izradila prijedloge mogućih izmjena postojećih zakonskih normi sa svrhom daljnjeg unaprjeđenja zakonodavnog okvira zaštite od rodno uvjetovanog nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.⁵¹ Kroz analizu relevantnih instituta koji su se pokazali problematičnima u praksi i otežavali su položaj žrtve u prekršajnim i kaznenim postupcima te dovodili do možebitne sekundarne viktimizacije žrtve, ova je radna skupina predložila niz izmjena odredbi Kaznenog zakona, Zakona o kaznenom postupku, Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, Zakona o sudovima i Obiteljskog zakona kojima se osnažuju prava žrtava.⁵²

5. SADRŽAJ PROGRAMA STRUČNOG USAVRŠAVANJA SUTKINJA I SUDACA KOJI RADE NA PREDMETIMA RODNO UVJETOVANOG NASILJA NAD ŽENAMA I NASILJA U OBITELJI

Jedna od mjera Akcijskog plana za provedbu Nacionalnog plana za ravnopravnost spolova za razdoblje do 2024. godine bila je revidirati odredbe Zakona o sudovima s ciljem propisivanja posebnih uvjeta za raspoređivanje predmeta nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u rad pravosudnim dužnosnicima s obzirom na njihova posebna svojstva, senzibilizaciju i sklonost za rad na takvoj vrsti predmeta te redovito stručno usavršavanje iz ovog područja. Nedavno usvojena dopuna i izmjena Zakona o sudovima ovlastila je ministra pravosuđa i uprave da pravilnikom propiše program i način održavanja stručnog usavršavanja iz područja rada na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.⁵³

Osposobljavanje i razvoj kapaciteta sutkinja i sudaca u predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji mijenjaju i procesnu dinamiku i sudsku praksu u predmetima koji se tiču rodno uvjetovanog nasilja.⁵⁴ Na primjer, „Međunarodna udruga žena sutkinja utvrdila je da je obuka sudaca o instrumentima koji štite ljudska prava žena rezultirala citiranjem tih dokumenata o ljudskim pravima u sudskim mišljenjima među polaznicima takvih usavršavanja“.⁵⁵ Nadalje, educiranje sutkinja i sudaca „za primjenu nacionalnih zakona na rodno osjetljiv način i uz paralelnu specijalizaciju za rad u području nasilja nad ženama

⁵¹ *Ibid.*, str. 28.

⁵² Vlada Republike Hrvatske, Mjere za suzbijanje nasilja nad ženama i zaštitu prava djece, 13. 9. 2023., <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Vijesti/2023/Rujan/13%20rujna/Unaprje%C4%91enje%20sustava%20za%C5%A1tite%20%C5%BEena%20od%20nasilja.pdf>.

⁵³ Keilitz, S. *Specialization of domestic violence case management in the courts: A national survey*. Williamsburg, VA: National Center for State Courts, 2004; Martinson, D., Jackson, M. „Family violence and evolving judicial roles: Judges as equality guardians in family law cases“ 30 *Canadian Journal of Family Law* (2017), 11–70; Jaffe, P. G., Crooks, C., Reid, M., White, J., Pugh-Markie, D., Baker, L. „Enhancing judicial skills in domestic violence cases: the development, implementation, and preliminary evaluation of a model US programme“, 40(4) *Journal of Social Welfare and Family Law* (2018), 496–514.

⁵⁴ Skinnider, E., Qosaj-Mustafa, A., *Training Resource Tool for Prosecutors and Judges in combating violence against women and domestic violence* (Strasbourg: Council of Europe, 2020), <https://rm.coe.int/tot-training-resource-tool-eng/1680a1ac57>.

⁵⁵ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Handbook for the Judiciary on Effective Criminal Justice Responses to Gender-based Violence against Women and Girls*, 2019, https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/HB_for_the_Judiciary_on_Effective_Criminal_Justice_Women_and_Girls_E_ebook.pdf, str. 143.

prepoznati su kao dobra praksa u uspostavljanju rodno osjetljivog sustava kaznenog pravosuđa⁵⁶.

Program stručnog usavršavanja za sutkinje i suce koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji trebao bi obuhvatiti niz tema koje osnažuju sutkinje i suce da razumiju tipologiju i pojavne oblike rodno uvjetovanog nasilja s ciljem njihova prepoznavanja i uvažavanja. Stručno usavršavanje moralo bi osigurati da suci i sutkinje te drugi pravosudni dužnosnici umiju prepoznati i razlučiti različite oblike nasilja, uključujući i fizičko, emocionalno, seksualno i ekonomsko nasilje, te kakve posljedice na žrtvu zlostavljanje ostavlja. Stručno usavršavanje pretpostavlja da bi pravosudne dužnosnice i dužnosnici trebali naučiti kako primijeniti rodno osjetljiv pristup u prekršajnom i kaznenom postupku, prepoznavati i izbjegavati rodne stereotipe i predrasude te osigurati pravednost postupanja prema strankama u postupku bez stereotipa i predrasuda. Program stručnog usavršavanja trebao bi rezultirati prepoznavanjem nerazmjernog utjecaja nasilja na žene te prepoznavanjem nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije, s naglaskom na društveno strukturalnu prirodu tog nasilja.

Pravosudne dužnosnice i dužnosnici trebali bi nakon pohađanja usavršavanja razumjeti i primijeniti pravne propise koji reguliraju suzbijanje i prevenciju nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Trebali bi se upoznati s domaćim pravnim okvirom kojemu je cilj uklanjanje svih oblika rodno uvjetovanog nasilja u Republici Hrvatskoj: Zakonom o suzbijanju nasilja u obitelji, Kaznenim zakonom, Prekršajnim zakonom, Zakonom o kaznenom postupku i Obiteljskim zakonom.⁵⁷ Usavršavanja pravosudnih dužnosnika o rodno uvjetovanom nasilju, koja se organiziraju u okviru Pravosudne akademije, trebaju uključiti ne samo odredbe europskog zakonodavstva usmjerene na suzbijanje rodno uvjetovanog nasilja iz Istanbulske konvencije nego i relevantne odredbe međunarodnog prava: Konvenciju Ujedinjenih naroda o ukidanju svih oblika diskriminacije žena⁵⁸ i njezin Fakultativni protokol, Opću preporuku br. 35 Odbora za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena o nasilju nad ženama,⁵⁹ Konvenciju Ujedinjenih naroda o pravima djeteta i njezine fakultativne protokole,⁶⁰ Konvenciju Ujedinjenih naroda protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja i njezin

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Čl. 3., čl. 4. st. 2., čl. 132., čl. 171., čl. 324., čl. 328, čl. 332., čl. 417., čl. 533. Obiteljskog zakona (Narodne novine br. 103/15, 98/19 i 47/20).

⁵⁸ Opća skupština UN-a: Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, 18. prosinca 1979., vol. 1249.

⁵⁹ Odbor CEDAW: Opća preporuka br. 35 o rodno uvjetovanom nasilju nad ženama, C/GC/35, 14. srpnja 2017.

⁶⁰ Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta glede uključivanja djece u oružane sukobe i Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 5/02). Vidi i Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 2/17).

Protokol,⁶¹ Konvenciju Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom,⁶² Europsku konvenciju o ostvarivanju dječjih prava,⁶³ Konvenciju Vijeća Europe o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja,⁶⁴ Konvenciju Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima⁶⁵ i Konvenciju Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja,⁶⁶ preporuke Odbora ministara državama članicama Vijeća Europe o zaštiti žena od nasilja⁶⁷ te slučajevne sudske prakse Europskog suda za ljudska prava, koji uspostavlja standarde u području nasilja nad ženama.⁶⁸

Nadalje, takvim usavršavanjem potrebno je obrazovati sutkinje i suce te ostale pravosudne dužnosnike o intersekcijskim i višestrukim oblicima diskriminacije, kojima su posebice izložene pripadnice nacionalnih manjina, migrantice, izbjeglice i tražiteljice azila, žene i djevojčice s invaliditetom i LGBTIQ+ osobe.⁶⁹ Naime, određene skupine koje su izložene rodno uvjetovanom nasilju, kao što su rasno diskriminirane žene, žene s invaliditetom, migrantice i LGBTIQ+ osobe, suočavaju se s dodatnim preprekama u pristupu pravosuđu, na što je upozorilo i Evaluacijsko izvješće GREVIO-a.

Program stručnog usavršavanja svakako mora uključiti segment zaštite i pružanja potpore žrtvama nasilja i svjedocima svih oblika nasilja nad ženama i nasilja u obitelji budući da sutkinje i suci izriču sigurnosne mjere zabrane približavanja i sigurnosne mjere udaljenja iz zajedničkog kućanstva, kao i mjere opreza zabrane približavanja određenoj osobi, zabrane uspostavljanja ili održavanja veze s određenom osobom, zabrane uhođenja

⁶¹ Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 2/05).

⁶² Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 6/07).

⁶³ Zakon o potvrđivanju Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 1/01).

⁶⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 14/1997).

⁶⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 7/07).

⁶⁶ Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja ljudima (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 11/11).

⁶⁷ Vijeće Europe, Preporuka Odbora ministara državama članicama Vijeća Europe Rec(2002)5 Odbora ministara državama članicama o zaštiti žena od nasilja i Memorandum s objašnjenjima, [https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/biblioteka-ona/Preporuka%20Rec\(2002\)5%20Odbora%20ministara%20Vije%C4%87a%20Europe%20dr%C5%BEavama%20%C4%8Dlanicama%20o%20za%C5%A1titi%20%C5%BEena%20od%20nasilja%20i%20Memorandum%20s%20obja%C5%A1njenjima.pdf](https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/biblioteka-ona/Preporuka%20Rec(2002)5%20Odbora%20ministara%20Vije%C4%87a%20Europe%20dr%C5%BEavama%20%C4%8Dlanicama%20o%20za%C5%A1titi%20%C5%BEena%20od%20nasilja%20i%20Memorandum%20s%20obja%C5%A1njenjima.pdf). Vijeće Europe, Preporuka Odbora ministara državama članicama Vijeća Europe CM/Rec(2007)17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova, <https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/biblioteka-ona/Preporuka%20Rec%202007%20Odbora%20ministara%20dr%C5%BEavama%20%C4%8Dlanicama%20VE%20o%20standardima%20i%20mehanizmima%20ravnopravnosti%20spolova%20i%20Memorandum%20s%20obja%C5%A1njenjima.pdf>.

⁶⁸ Škorić, M. „Obiteljsko nasilje u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske“, 25(2) *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (2018), 387–415.

⁶⁹ Bouchard, J., Meyer-Bisch, P. „Intersectionality and Interdependence of Human Rights: Same or Different?“, 16 *The Equal Rights Review* (2016), 194–201; Dunne, P., Atrey, S. (ur.), *Internationality and Human Rights Law* (Oxford: Hart Publishing, 2020).

ili uznemiravanja žrtve ili druge osobe i/ili udaljenje iz doma. Usavršavanje bi trebalo osnažiti djelatnike pravosudnog sustava da u svojem radu razmotre i primijene pravne opcije i sankcije koje će spriječiti viktimizaciju i retraumatizaciju žrtava nasilja nad ženama i nasilja u obitelji. Iznimno je važno i da se takvim obrazovanjem postigne razumijevanje trauma žrtava nasilja. Program stručnog usavršavanja mora sutkinje i suce upoznati s posljedicama traume koje žrtve nasilja dožive te kako iskustvo traume utječe na svjedočenje i sudjelovanje u postupku. Nadalje, pravosudne dužnosnice i dužnosnike koji će pohađati usavršavanja treba informirati o korištenju svih zakonskih mogućnosti koje su propisane s ciljem zaštite žrtava nasilja nad ženama i nasilja u obitelji te im omogućuju sudsku zaštitu radi zaštite njihova psihofizičkog integriteta i temeljnog prava na život bez nasilja, temeljem odredbi Protokola o postupanju u slučaju nasilja u obitelji, Protokola o postupanju u slučajevima seksualnog nasilja i Pravilnika o načinu provedbe pojedinačne procjene žrtve. Stručno usavršavanje trebalo bi, nadalje, kod pravosudnih dužnosnica i dužnosnika razviti vještinu postupanja s osjetljivim svjedocima, uključujući i djecu, starije osobe i osobe s posebnim potrebama. Ono bi trebalo pravosudne dužnosnike osvijestiti da su djeca svjedoci nasilja počinjenog nad njihovim majkama i sama žrtve zlostavljanja, a da se nasilje nad djecom nerijetko koristi za stjecanje moći i psihološko nasilje nad njihovim majkama.

Konačno, program usavršavanja trebao bi uzimati u obzir psihološki i emocionalni aspekt rada pravosudnih dužnosnika sa žrtvama i počiniteljima nasilja, uputiti ih da osvijeste i razumiju emocionalne izazove s kojima se suočavaju suci i sutkinje koji rade na tim predmetima te ih osnažiti i podučiti strategijama samopomoći i prevencije sagorijevanja.

Zaključno, kako je ranije u vezi s programima stručnih usavršavanja pravosudnih dužnosnica i dužnosnika utvrdio Kristijan Turkalj, „da bi aktivnosti pravosudne akademije ostvarile željene učinke, potrebno je osigurati ne samo jasno definiranje potreba za obukama i kvalitetne programe obuka nego i inovativne metode obuka, pravilnu selekciju trenera te sustavnu evaluaciju održanih aktivnosti“.⁷⁰ Stoga bi provedbu takva usavršavanja najbolje bilo povjeriti stručnjakinjama i stručnjacima iz organizacija civilnog društva koji rade s djecom i žrtvama nasilja nad ženama, a svakako je potrebno u osmišljavanje obrazovnog sadržaja i u provođenje usavršavanja uključiti i pravobraniteljicu za ravnopravnost spolova, čiji mandat uključuje i napore u suzbijanju rodno utemeljenog nasilja i nasilja u obitelji.

6. ZAKLJUČAK

Iskorjenjivanje rodno uvjetovanog nasilja nad ženama i nasilja u obitelji preduvjet je za postizanje ravnopravnosti u društvu. Sutkinje i suci, kao i svi oni koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, imaju važnu ulogu u dostizanju toga cilja. Da bi se taj cilj dostigao, potrebno je da dionici sustava pravosuđa predmetima nasilja nad ženama

⁷⁰ Turkalj, K. (2017), str. 163.

i nasilja u obitelji pristupe na rodno osjetljiv način, temeljen na ljudskim pravima, a nasilje nad ženama tretiraju kao kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije žena. Uspostavljanje novog sustava osposobljavanja pravosudnih dužnosnika koji rade sa žrtvama nasilja nad ženama i nasilja u obitelji trebalo bi u dionika pravosudnog sustava poboljšati poznavanje i razumijevanje postojećih mjera zaštite žrtava nasilja, potreba žrtava nasilja i njihova načina odgovaranja na te potrebe te ih obogatiti vještinama potrebnim za bolju komunikaciju i pružanje potpore žrtvama nasilja. Takav sustav osposobljavanja trebao bi biti usredotočen na potrebe i probleme žrtava nasilja. Stoga sutkinje i suci koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji moraju biti adekvatno educirani ne samo o odredbama prekršajnog i kaznenog prava, o načinima odmjeravanja kazni ili o izricanju sigurnosnih mjera, nego i o pravima žena, djece i osoba s invaliditetom te o obvezama koje proizlaze iz međunarodnih ugovora koji propisuju sprečavanje i borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, ukidanje svih oblika diskriminacije žena, zabranu mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, zabranu trgovanja ljudima te zaštitu djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja.

Sveobuhvatan program stručnog usavršavanja sutkinja i sudaca koji rade na predmetima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji trebao bi posredno unaprjeđivati rodno osjetljivo postupanje pravosudnog sustava. Gore predložen obrazovni sadržaj takve izobrazbe jamčio bi da suci i sutkinje mogu sveobuhvatno i odgovarajuće postupati u predmetima u kojima se susreću sa slučajevima nasilja nad ženama i nasilja u obitelji minimizirajući mogućnost sekundarne viktimizacije žrtava nasilja te uvažavajući njihove potrebe i prava. Time će se zasigurno posredno osigurati učinkovita pravda za žrtve nasilja nad ženama i žrtve nasilja u obitelji.

I iz Osnovnog evaluacijskog izvješće GREVIO-a o zakonodavnim i drugim mjerama kojima se provode odredbe Istanbulske konvencije u Republici Hrvatskoj proizlazi da bi takvo usavršavanje trebalo organizirati ne samo za pravosudne dužnosnike nego i za sve pravosudne službenice i službenike s kojima žrtve nasilja dolaze u doticaj, dakle i za policijske službenice i službenike, osoblje koje se bavi medicinskom forenzikom, socijalne radnice i radnike, za nastavnice i odgojiteljice, kao i za državne službenice i službenike koji rade u područjima ostvarivanja prava žena i prevencije rodno uvjetovanog nasilja. S ciljem osnaženja dijela pravosudnog sustava s kojim žrtve nasilja nad ženama i nasilja u obitelji dolaze u dodir priprema edukacijskog priručnika koji bi pregledno sadržavao izvore pravnih normi te smjernice za sve dionice i dionike pravosudnog sustava koji rade sa žrtvama nasilja zasigurno bi pripomogla podizanju razine osviještenosti o rodno uvjetovanom nasilju i rodnim stereotipima u sustavu pravosuđa.

SUMMARY

Training of Judicial Officials Who Work on Cases of Gender-based Violence against Women and Domestic Violence

One of the measures envisaged by the Action Plan for the implementation of the National Plan for Gender Equality for the period until 2024 is to revise the provisions of the Courts Act with the aim of prescribing special conditions for assigning cases of violence against women and domestic violence to the work of judicial officials, taking into account their personal traits, sensitisation and inclination to work on this type of subject, and regular professional training in this area. The recent amendment of the Courts Act prescribes the obligation of court presidents to assign cases of gender-based and domestic violence to judges who have an inclination to work on cases of such kind, endowing such judges with the obligation to attend professional training regularly. This legal amendment gave the Minister of Justice and Administration the authority to prescribe by ordinance the programme and method of maintaining professional training on gender-based violence. This article introduces and explains Croatia's international legal obligations, which mandate professional training for all relevant experts dealing with victims or perpetrators of gender-based violence, then provides an overview of recent improvements in the legislative framework for protection against violence against women and domestic violence in the Republic of Croatia. It finally proposes the content that professional training on cases of violence against women and domestic violence should include.

Keywords: women's rights, gender-based violence, victims of violence, Istanbul Convention, Courts Act, professional training of judicial officials, treatment of the judiciary towards victims of violence against women and domestic violence

Antonija Petričušić, PhD, Associate Professor at the Department of Sociology, University of Zagreb Faculty of Law

PRAVO NA ODGOVARAJUĆI SMJEŠTAJ U MALOLJETNIČKOM ZATVORU U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pregledni znanstveni rad

UDK 343.811-053.6(497.5)

343.261(497.5)

341.231.14(4)

Primljeno: 9. prosinca 2022.

Dr. sc. Marina Zagorec*

Maloljetnički je zatvor najstroža kazna među maloljetničkim sankcijama koje se mogu izreći maloljetnim počiniteljima kaznenih djela prema odredbama Zakona o sudovima za mladež. Njome se otvaraju brojna pitanja, ponajviše pitanja zaštite prava djece, jer je to kazna lišenja slobode, koja u najvećoj mjeri ograničava ljudska prava, pa time i prava djeteta, tj. maloljetnih počinitelja kaznenih djela. U Hrvatskoj do sada nitko od autora koji su se bavili problematikom maloljetničke delinkvencije sa stajališta kaznenog prava nije proveo sveobuhvatno i sustavno istraživanje uvjeta života maloljetnika u maloljetničkom zatvoru kako bi se utvrdilo poštuju li se u dovoljnoj mjeri prava maloljetnih počinitelja kaznenih djela. Temeljna okosnica rada usmjerena je na dubinsko istraživanje stvarnih uvjeta u kojima su maloljetni počinitelji smješteni tijekom izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora, na usporedbu navedenog postupanja s međunarodnim standardima i na razradu problematike koja se pojavljuje u primjeni najstrože maloljetničke sankcije – kazne maloljetničkog zatvora. Istraživanje je provedeno u maloljetničkom zatvoru u Kaznionici u Požegi – Odjelu maloljetničkog zatvora intervjuom kao istraživačkom metodom putem ilustrativnog istraživanja stavova maloljetnika koji su prilikom istraživanja zatečeni na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora. Cilj je bio utvrditi stvarne uvjete života na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora.

Slijedom toga postavljena je i hipoteza (H): Stvarni uvjeti na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora u skladu su s međunarodnim dokumentima. U radu se iznosi i poredbenopravni prikaz izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora u svijetu, a ponuđena su i neka rješenja u smislu poboljšanja uvjeta smještaja u maloljetničkom zatvoru. Rezultat istraživanja pokazao je da su stvarni uvjeti izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora u skladu s međunarodnim dokumentima, pri čemu je aspekt smještaja u maloljetničkom zatvoru stricto sensu jedini pravno relevantan aspekt za provjeru navedene hipoteze, dok su ostala dva aspekta (odnos maloljetnika sa zaposlenicima i stručnim osobljem te postpenalni tretman) bila popratne naravi kako bi se dobio jedinstven i cjelokupan dojam percepcije izdržavanja kazne maloljetničkog zahtjeva.

Ključne riječi: maloljetni počinitelji, maloljetnički zatvor, Zakon o sudovima za mladež, uvjeti smještaja u maloljetničkom zatvoru

* Pročelnica Odjela za stambene poslove i status prognanika, izbjeglica i povratnika, Grad Zagreb, Gradski ured za imovinsko-pravne poslove, Sektor za upravno - pravne poslove

1. UVODNE NAPOMENE

Opća deklaracija o ljudskim pravima¹ već u preambuli govori da je priznanje urođenog dostojanstva te jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske obitelji temelj slobode, pravde i mira u svijetu. „Ljudska bića rađaju se slobodna, jednaka u dostojanstvu i pravima. Ona su obdarena razumom i sviješću te trebaju jedna prema drugima postupati u duhu bratstva.“² Upravo je to čovjekovo dostojanstvo temelj i preduvjet za prava koja se svakom čovjeku moraju osigurati. Konvencija o pravima djeteta³ (dalje u tekstu: Konvencija) uvodi standard da je dijete svaka osoba do 18 godina i da se sve odluke u odnosu na djecu trebaju donositi u najboljem interesu za djecu,⁴ pa to stoga vrijedi i za maloljetne počinitelje kaznenih djela kod odluke o maloljetničkom zatvoru. *White* govori da Konvencija ima dvije glavne sastavnice: prvo, nastoji proširiti temeljna ljudska prava na djecu, i drugo, nastoji zaštititi djecu od različitih oblika ekonomskoga i seksualnoga izrabljivanja te drugih opasnosti.⁵ Jednom riječju, Konvencija o pravima djeteta danas je najviši autoritet u okviru međunarodnog prava djeteta. *Hrabar* Konvenciju smatra najvažnijim i temeljnim međunarodnim globalnim dokumentom kojim se štite prava djece.⁶ Kad se odlučuje o maloljetničkom zatvoru, treba utvrditi najbolji interes djeteta.⁷ Konvencija izričito propisuje način postupanja sa svakim djetetom kojem je oduzeta sloboda na način da su se države stranke dužne pobrinuti da nijedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni, da se ni smrtna kazna ni kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti puštanja na slobodu ne smiju određivati za prijestupe koje počine osobe mlađe od 18 godina te da se nijednom djetetu nezakonito i proizvoljno ne oduzme sloboda.⁸ Osim Konvencije treba istaknuti i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima UN-a od 16. prosinca 1966. godine (dalje u tekstu: Međunarodni pakt)⁹ iz razloga što njegove odredbe

¹ Prihvaćena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda rezolucijom br. 217/III od 10. prosinca 1948.

² Čl. 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima. Tekst Opće deklaracije objavljen je i dostupan na mrežnim stranicama: http://www.pariter.hr/wp-content/uploads/2014/10/opca_deklaracija_o_ljudskim-pravima.pdf (15. rujna 2021.).

³ Konvencija o pravima djeteta (engl. *Convention on the rights of the child* – CRC, CROC ili UNCRC) međunarodni je ugovor Ujedinjenih naroda kojim su utvrđena građanska, politička, ekonomska, socijalna, zdravstvena i kulturna prava djece. Konvencija kao dijete definira svako ljudsko biće mlađe od 18 godina, osim ako se prema domaćem zakonodavstvu punoljetnost ne stječe u nekoj drugoj dobi. Tekst Konvencije na hrvatskom jeziku dostupan je na: <http://www.unicef.hr/upload/file/300/150215/FILENAME/Konvencija20o20pravima20djeteta.pdf> (15. rujna 2021.).

⁴ Šeparović, M., *Dobrobit djeteta i najbolji interes djeteta u sudskoj praksi*, Novi informator, Zagreb, 2014, str. 32.

⁵ White, S. *Being, becoming and relationship: conceptual challenges of a child rights approach in development*, *Journal of International Development* (2002), str. 1095–1104.

⁶ Hrabar, D., *Prava djece*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, str. 27.

⁷ „*The best interests of the child*“, čl. 3. st. 1. Konvencije o pravima djeteta: u svim akcijama koje u svezi s djecom poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne skrbi, sudovi, državna uprava ili zakonodavna tijela mora se prvenstveno voditi računa o interesima djeteta.

⁸ Čl. 37. Konvencije.

⁹ Republika Hrvatska stranka je Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 6. listopada 1991. prema Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska

sadržajno propisuju način postupanja prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. Kazneni sustav mora uključivati postupke prema zatvorenicima kojima je glavni cilj promjena njihova ponašanja i njihova društvena rehabilitacija. Maloljetni okrivljenici moraju biti odvojeni od odraslih, a njihovi se slučajevi moraju rješavati što je brže moguće.¹⁰ Maloljetničkim zatvorom maloljetni se počinitelj¹¹ izdvaja iz obitelji i iz primarne životne sredine na duže vrijeme s ciljem „preodgoja“.¹² Radić navodi da su maloljetnici i maloljetničko kazneno pravo često na marginama interesa kaznenopravne znanosti i prakse,¹³ a posebno kada je riječ o maloljetničkim sankcijama. Zato je osnovna intencija ovog rada bila istražiti kako se u Republici Hrvatskoj provodi izvršavanje najteže maloljetničke sankcije – sankcije maloljetničkog zatvora.¹⁴ S obzirom na predmet istraživanja (maloljetnički zatvor i maloljetni počinitelji kaznenih djela) provedeno je istraživanje unutar odjela specijalizirane kaznionice u Požegi kako bi se nastojalo utvrditi na koji način maloljetnici doživljavaju uvjete i smještaj unutar sustava maloljetničkog zatvora. U modernim društvima postoji sve veći trend da se postupak izvršavanja kazne maloljetničkog zatvora nastoji maksimalno humanizirati i učiniti što ugodnijim i prihvatljivijim za samog počinitelja. Zato je bilo nužno i neophodno istražiti u kakvim se uvjetima maloljetni osuđeni zaprimaju, kakav je sadržaj pojedinačnog programa za svakog maloljetnika te na koji način oni sudjeluju u toj provedbi. Ključno je bilo spoznati je li tretman koji se prema njima primjenjuje tijekom izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora dostatan i zadovoljavajući u smislu preodgoja te buduće resocijalizacije.

stranka na temelju notifikacija o sukcesiji. Tu odluku donijela je Vlada Republike Hrvatske 30. rujna 1993. Međunarodni ugovori, br. 12/1993. Dostupno na: https://pravamanjina.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/pdf/medjunarodni/medjunarodni_pakt_o_gradjan skim_i_politickim_pravima.pdf (15. rujna 2021.).

¹⁰ Čl. 10. st. 2.b Međunarodnog pakta.

¹¹ Maloljetni počinitelj kaznenih djela jest osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela imala navršениh 14 godina, a nije navršila 18 godina života, prema kojoj postupak po kaznenoj prijavi nije pokrenut (odbačena prijava), pripremni je postupak obustavljen ili je podnesen prijedlog za izricanje kazne ili druge mjere. Metodološko objašnjenje pojma maloljetnog počinitelja nalazi se na: <https://www.dzs.hr/hrv/dbhomepages/Pravosu%C4%91e/Po%C4%8Dinitelji%20kaznenih%20djela/Maloljetni%20po%C4%8Dinitelji%20kaznenih%20djela-metodologija.htm> (15. rujna 2021.).

¹² Preodgoj znači proces ispravljanja različitih oblika ponašanja, pa tako i poremećaja u ponašanju. Sam odgoj također predstavlja svojevrсно preodgajanje jer se njime stalno ispravljaju negativni razvojni i socijalizacijski utjecaji i antipedagoški promašaji. Institucionalizirani preodgoj i resocijalizacija provode se nad osobama koje su kategorizirane kao pojedinci asocijalna ponašanja, što je slučaj i kod maloljetnih počinitelja kaznenih djela. Dostupno na: <http://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=50178> (15. rujna 2021.).

¹³ Radić, I., *Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija: Trenutačno stanje i prijedlozi za promjenu*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 24, br. 1/2017, str. 83–115, str. 84. Dostupno na: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/3_Radic.pdf (15. rujna 2021.).

¹⁴ Nakon pregleda dosadašnjih istraživanja u području maloljetničkog kaznenog prava u Hrvatskoj može se reći da se nekolicina autora bavila problematikom maloljetničke delinkvencije s pozicija kaznenog prava, a Ricijaš je 2005. godine proveo istraživanje čiji je cilj bio stjecanje uvida u osobna i obiteljska svojstva maloljetnika, njihovu kriminalnu aktivnost i školovanje te pregled uvjeta za izricanje kazne maloljetničkog zatvora u Republici Hrvatskoj. Za više vidjeti: Ricijaš, N., *Obilježja maloljetnika koji izvršavaju kaznu maloljetničkog zatvora u Republici Hrvatskoj*, Kriminologija i socijalna integracija, Časopis za kriminologiju, penologiju i poremećaje u ponašanju, vol. 13, br. 2005, str. 89–105.

2. PRAVA MALOLJETNIH POČINITELJA NA IZDRŽAVANJU KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA PREMA MEĐUNARODNIM I EUROPSKIM STANDARDIMA

Doživljavati maloljetnog počinitelja kao osobu s cjelovitim poštivanjem njegovih prava osobnosti i primjenom načela razmjernosti trebalo bi biti temelj pristupa u svim kaznenim postupcima maloljetničkog sudovanja, a posebno u fazi izvršenja kazne maloljetničkog zatvora, odnosno kada oni postaju "osuđenici" i prelaze na izdržavanje kazne maloljetničkog zatvora. Bez obzira na to što se radi o maloljetniku koji je počinio kazneno djelo, primarno mu je potrebno osigurati pravo na poštovanje privatnosti i dostojanstva te mu pružiti odgojnu i zaštitnu svrhu u procesuiranju i sankcioniranju na način da mu se tijekom izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora omogući izvršavanje sukladno svim međunarodnim i europskim standardima. Naime, temeljno je načelo da nitko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni.¹⁵ Alanen ističe: „Dječja prava nisu samo prava: ona su ljudska prava – prava dana djeci kao ljudskim bićima jednakima drugim bićima (odraslima).“¹⁶ Kada su u pitanju međunarodni pravni dokumenti, treba istaći da je Međunarodni pakt predstavljao prvi obvezujući instrument koji je sadržavao određene odredbe relevantne za prava djece u sukobu sa zakonom.¹⁷ Najvažniji dokumenti koji se odnose na djecu kao počinitelje kaznenih djela jesu: Konvencija,¹⁸ Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za primjenu sudskih postupaka prema maloljetnicima iz 1985. (dalje u tekstu: Pekinška

¹⁵ Tako govori odredba čl. 5. Opće deklaracije o pravima čovjeka, koja predstavlja prvi i sveobuhvatni instrument zaštite ljudskih prava proglašen od strane jedne opće međunarodne organizacije – Ujedinjenih naroda. Proglasila ju je Opća skupština UN-a 1948. godine. Vidi: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/2009_11_12_143.html (15. rujna 2021.) Navedena odredba ne odnosi se izričito na osobe lišene slobode, međutim, upravo su zatvorenici ti koji su posebno izloženi opasnosti od ovakva postupanja, na što je u svom radu upozorila autorica ovog rada nastojeći prikazati kratak povijesni razvitak zatvorskog sustava s aspekta smještaja zatvorenika te normativno uređenje prava na odgovarajući smještaj odraslih zatvorenika. Usporednom analizom normativnog uređenja i sudske prakse Europskog suda za ljudska prava autorica je upozorila na usklađenost postojećeg nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim instrumentima, dok je, s druge strane, otkrila povrede koje su detektirane u odnosu na smještaj zatvorenika kroz sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava. Za više vidjeti: Zagorec, M., *Pravo na odgovarajući smještaj zatvorenika s osvrtom na presudu Europskog suda za ljudska prava „Muršić protiv Hrvatske“*, Policija i sigurnost (Zagreb), god. 27 (2018), br. 4, str. 407–434. str. 412.

¹⁶ Alanen, L. *Taking children's rights seriously*, Childhood, 17. 1. 2010., Editorial, str. 7.

¹⁷ Prema odredbi čl. 6. t. 5. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima „ne može se izreći smrtna kazna za zločine koje počine maloljetni počinitelji“, dok je odredbom čl. 10. t. 2.b propisano da se „optuženi maloljetnici odvajaju od odraslih osoba tokom trajanja pritvora prije suđenja“. Točkom 3. propisano je da se „svako postupanje prema maloljetnicima treba provoditi u skladu s uzrastom i pravnim statusom djeteta“ „Maloljetni prijestupnici moraju biti odvojeni od odraslih i s njima se mora postupati u skladu s njihovom dobi i pravnim statusom.“ Na kraju, odredba čl. 14. t. 1. daje maloljetnicima pravo na privatnost, dok je točkom 4. propisano „da se kazneni postupak nad maloljetnim počiniteljima provodi uz vođenje računa o njihovom uzrastu, a s ciljem njihove rehabilitacije“. „4. U slučaju maloljetnih osoba, postupak se mora voditi tako da se vodi računa o njihovoj dobi i potrebama njihova preodgoja.“

¹⁸ Poštivanje Konvencije nadzire Odbor za prava djeteta UN-a. Jednom godišnje Odbor podnosi izvještaj trećem odboru Opće skupštine Ujedinjenih naroda, koji također saslušava izjavu predsjedatelja CRC-a, na osnovi čega Skupština donosi Rezoluciju o pravima djeteta. Opća je skupština Konvenciju prihvatila 20. studenog 1989. Na snagu je stupila 2. rujna 1990., nakon što ju je ratificirao potreban broj zemalja članica. Dosad ju je prihvatilo 196 država, uključujući i sve članice Ujedinjenih naroda osim Somalije i Sjedinjenih Američkih Država. U Hrvatskoj je na snazi od 8. listopada 1991.

pravila),¹⁹ Načela Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije iz 1990. (dalje u tekstu: Rijadske smjernice),²⁰ Pravila Ujedinjenih naroda o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (dalje u tekstu: Havanska pravila),²¹ Standardna minimalna pravila za alternativne kaznene mjere (dalje u tekstu: Tokijska pravila),²² Opća Preporuka broj 10 za prava djeteta Ujedinjenih naroda iz 2007. (dalje u tekstu: Opća Preporuka broj 10). Za Republiku Hrvatsku veliku važnost imaju međunarodni dokumenti Vijeća Europe,²³ koji pored međunarodnih dokumenata koje su donijeli Ujedinjeni narodi te dokumenata Europske unije čine osnovne pravne instrumente na temelju kojih se, između ostalog, uređuje pitanje zaštite prava maloljetnih počinitelja kaznenih djela. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: EKLJP)²⁴ predstavlja najučinkovitiji međunarodni pravni instrument zaštite individualnih prava u svijetu.²⁵ EKLJP ne definira pojam maloljetne osobe, ali sud je u svojem dosadašnjem radu polazio od tumačenja da je maloljetnik svaka osoba mlađa od 18 godina.²⁶ Prema mišljenju Šarin, uspjeh EKLJP-a u najvećoj mjeri proizlazi iz činjenice da je njome ustanovljen djelotvoran

¹⁹ Standardna minimalna pravila UN-a za provođenje sudskih postupaka prema maloljetnicima (engl. *UN standard minimum rules for the Administration of Juvenile justice*) ili Pekinška pravila prihvatila je Opća skupština UN-a rezolucijom broj 40/33 29. studenog 1985. Posrijedi su prva pravila koja su prihvaćena s ciljem zaštite prava i potreba djece koja su u sukobu sa zakonom i ona državama ugovornicama pružaju potrebne smjernice za zaštitu prava djece i poštovanje njihovih potreba u procesu razvoja posebnih i specijaliziranih sustava pravosuđa za maloljetne počinitelje kaznenih djela. Tekst Pekinških pravila na hrvatskom jeziku dostupan je u: Cvjetko, B., Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost mladeži u praksi i teoriji*, Zagreb, Informator, 2011, str. 721–747.

²⁰ Smjernice Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije (engl. *UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*) ili Rijadske smjernice iz 1990. Tekst je dostupan na hrvatskom jeziku na web-stranici Udruge sudaca za mladež, obiteljskih sudaca i stručnjaka za djecu i mladež: <http://uszm.hr/zakoni-propisi-smjernice-i-strategije/> (15. rujna 2021.).

²¹ Pravila UN-a za zaštitu maloljetnika lišenih slobode (engl. *United Nations Rules for the Protection of the Juveniles Deprived of their Liberty*) ili Havanska pravila donijela je Opća skupština rezolucijom 45/113 14. prosinca 1990. Tekst Havanskih pravila dostupan je na mrežnim stranicama: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/United_Nations_Rules_for_the_protection_of_Juveniles_Deprived_of_their_Liberty.pdf (15. rujna 2021.).

²² Standardna minimalna pravila UN-a za alternativne kaznene mjere (engl. *United Nations standard minimum rules for non-custodial measures*) ili Tokijska pravila. Tekst Tokijskih pravila na hrvatskom jeziku dostupan je na mrežnim stranicama Udruge sudaca za mladež, obiteljskih sudaca i stručnjaka za djecu i mladež: http://uszm.hr/zakoni_propisi-smjernice_i-strategije (15. rujna 2021.).

²³ Vijeće Europe (*Council of Europe, Conseil de l'Europe, Europarat*) međunarodna je organizacija 47 država članica šire europske regije, čiji su glavni zadaci jačanje demokracije, zaštite ljudskih prava i pravne države na europskom kontinentu. Najveći doseg Vijeća Europe ogleda se u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima, potpisanoj 1950. godine, koja služi kao osnovni pravni dokument Europskom sudu za ljudska prava. Vijeće Europe čine dva glavna tijela – Odbor ministara i Parlamentarna skupština – te tri institucije – Europski sud za ljudska prava, Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Europe i Povjerenik za ljudska prava. Na čelu je Tajništva Vijeća Europe glavni tajnik Vijeća Europe.

²⁴ Europska konvencija o ljudskim pravima – EKLJP (engl. *European convention on human rights - ECHR*; franc. *Convention européenne des droits de l'homme – CEDH*) međunarodni je ugovor o zaštiti ljudskih prava i sloboda u Europi te je kao takav najstariji i najučinkovitiji sustav za zaštitu ljudskih prava u svijetu. Konvencijom je ustanovljen Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/1999_05_6_142.html (15. rujna 2021.).

²⁵ Prema: Krapac, D., Đurđević, Z., Ivičević Karas, E., Bonačić, M. i Burić, Z., *Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske u kaznenim predmetima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1. siječnja 2013., vidi predgovor.

²⁶ Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zagreb, Novi informator, 2014, str. 1206.

institucionalni sustav nadzora nad njezinom primjenom, odnosno implementacijom konvencijskih prava na unutarnjem planu država ugovornica, te sustav prisilnog izvršenja obveza koje su države ugovornice prihvatile njezinom ratifikacijom.²⁷ Analizirajući presude Europskog suda za ljudska prava²⁸ (dalje u tekstu: Europski sud) koje se odnose na maloljetne počinitelje, autorica je zaključila da se većina njih odnosi na kršenje odredbe čl. 6. EKLJP-a.²⁹ Međutim, to ne znači da nije bilo slučajeva koji bi upućivali na kršenje odredbe čl. 3. EKLJP-a. Upravo na takvo postupanje, odnosno na povredu čl. 3. EKLJP-a prema maloljetnicima, upućuju tri presude Europskog suda koje je u okviru ovog konteksta nezaobilazno izostaviti.³⁰ Budući da za sada u Hrvatskoj nije zabilježena sudska praksa koja bi upućivala na povredu prava maloljetnih počinitelja kaznenih djela u smislu odredbe čl. 3. EKLJP-a pred Europskim sudom, navedene presude Europskog suda dodatno su potaknule želju ispitati poštuju li se prava maloljetnih počinitelja kaznenih djela, odnosno maloljetnika, kada se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora u Republici Hrvatskoj. Havanska pravila predstavljaju najkompletniji skup minimalnih standarda, prava i postupaka kojima se treba rukovoditi u svim slučajevima djece,

²⁷ Šarin, D., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kroz odnos Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske na primjeru zaštite ljudskog prava na sudu*, Pravni vjesnik, br. 30, 3-4, 2014, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/198083> (15. rujna 2021.).

²⁸ Europski sud za ljudska prava (ESLJP) (engl. *European Court of Human Rights – ECHR*, franc. *Cour européenne des Droits de l'Homme – CEDH*) sudska je institucija Vijeća Europe, osnovana 1959. za zaštitu prava i sloboda koje se jamče Europskom konvencijom o ljudskim pravima (1950). Sud je postao stalna institucija zaštite ljudskih prava u Europi 1. studenog 1998., kada je stupio na snagu Protokol 11 Europske konvencije o ljudskim pravima. Prije uvođenja tog protokola sudsku je funkciju, osim Suda, obavljala i Europska komisija za ljudska prava (1954).

²⁹ Za detaljnije vidjeti: Zagorec, M., *Maloljetnički zatvor u hrvatskom kaznenopravnom sustavu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2019, str. 101–107.

³⁰ U prvom slučaju *Blohkin protiv Rusije* Europski je sud utvrdio povredu čl. 3. EKLJP-a ocijenivši da je nedostatak odgovarajućeg medicinskog tretmana prema maloljetniku koji je bio narušenog zdravstvenog stanja predstavljao nečovječno i ponižavajuće postupanje, dakle protivno čl. 3. EKLJP-a, pri čemu je Europski sud uzео u obzir njegovu mladost i posebno ranjivu situaciju, a posebno činjenicu što je bolovao od ADHD-a. Presuda ESLJP-a *Blohkin protiv Rusije*, zahtjev br. 47152/06 od 24. ožujka 2016. Dostupna na: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161822_ (15. rujna 2021.).

Drugi slučaj *Güveç protiv Turske* također se upućuje na povredu čl. 3. EKLJP-a budući da je Europski sud u konkretnom slučaju utvrdio da je podnositelj zahtjeva imao samo petnaest godina kada je bio zatvoren u pritvoru, u kojem je sljedećih pet godina svojeg života proveo zajedno s odraslim zatvorenicima. Pritvor je nesumnjivo prouzročio psihološke probleme podnositelja zahtjeva, koji su zauzvrat tragično doveli do njegovih opetovanih pokušaja oduzimanja vlastitog života. Presuda ESLJP-a *Güveç protiv Turske*, zahtjev br. 70337/01 od 20. siječnja 2009. Dostupna na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2610659-2839228> (15. rujna 2021.).

U slučaju *Çoşelav protiv Turske* podnositelji zahtjeva pozivali su se na povredu čl. 2. i 3. EKLJP-a zbog smrti svojeg sina navodeći da je njegovo ubojstvo bilo namjerno iz razloga što vlasti nisu poduzele potrebne mjere opreza za zaštitu njegova prava na život za vrijeme trajanja pritvora. U kontekstu njihovih prigovora Europski je sud smatrao da prigovori podnositelja zahtjeva trebaju biti ispitani isključivo sa stajališta čl. 2. EKLJP-a, kojim je propisano da je pravo na život osobe zaštićeno zakonom. Na temelju svih relevantnih činjenica Sud je utvrdio da je pritvor Bilala Çoşelava s punoljetnim osobama u posebnom krilu bio u suprotnosti s važećim propisima koji su bili na snazi budući da je Turska preuzela obveze iz međunarodnih ugovora. Protupravan pritvor maloljetnika s odraslim osobama u to vrijeme, kao i neuspjeh turskih vlasti da se brinu za potrebe maloljetnih zatvorenika, primijetili su i kritizirali Odbor Ujedinjenih nacija za prava djeteta, CPT, u svjetlu čega je Europski sud ocijenio da je postojalo kršenje čl. 2. Konvencije u njezinu suštinskom aspektu zbog neuspjeha nacionalnih vlasti da zaštite pravo na život Bilala Çoşelava. Presuda ESLJP-a *Çoşelav protiv Turske*, zahtjev br. 1413/07 od 9. listopada 2012. Dostupna na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3195088-3556010> (15. rujna 2021.).

odnosno maloljetnika koji su lišeni slobode.³¹ Ona imaju karakter preporuka, a neka od njih postala su obvezujuća nakon što su preuzeta u nacionalno zakonodavstvo kroz zakon. Prema temeljnim načelima Havanskih pravila, odluka o lišavanju slobode trebala bi biti posljednja mogućnost, eventualno na minimalan period i ograničenja, i trebala bi se primjenjivati u posebnim slučajevima. Pravila propisuju „osnovne perspektive“ s ciljem da se omogući sljedeće: da sustav maloljetničkog pravosuđa poštuje prava i sigurnost maloljetnika te razvija psihičku i fizičku dobrobit djeteta; da lišenje slobode maloljetnika bude korišteno kao krajnje sredstvo, u najkraćem mogućem roku i ograničeno samo na iznimne slučajeve; ustanovljivanje mogućnosti ranijeg otpuštanja maloljetnika lišenih slobode; poštovanje vjerskih i kulturnih vjerovanja djeteta; pravo djeteta na tumača kad god je to nužno, posebno tijekom medicinskih ispitivanja i disciplinskih postupaka; omogućivanje kontakta maloljetnika i lokalne zajednice; rad na jačanju svijesti javnosti o značaju pripreme maloljetnika za povratak u zajednicu.³² Lišenje slobode treba provoditi u okolnostima koje osiguraju poštovanje ljudskih prava maloljetnika i pri tome treba osigurati sadržajne aktivnosti i programe koji bi služili unaprjeđenju i održavanju njihova zdravlja i samopoštovanja, razvijanju njihova osjećaja odgovornosti i poticanju stavova i sposobnosti koji će im pomoći u razvijanju njihova potencijala kao članova društva.³³ Maloljetnici koji su uhićeni ili čekaju suđenje smatraju se nevinima i s njima će se tako postupati (pretpostavka nevinosti). Pritvor maloljetnika prije suđenja izbjegavat će se kad god je to moguće i bit će ograničen na iznimne okolnosti. Kada se ipak odredi preventivni pritvor, maloljetnički sudovi i istražna tijela trebaju dati najviši prioritet procesuiranju takvih slučajeva kako bi se osiguralo najkraće moguće trajanje pritvora maloljetnika. Maloljetni zatvorenici kojima nije izrečena presuda trebaju biti odvojeni od osuđenih maloljetnika.³⁴ Maloljetnici koji su lišeni slobode imaju pravo na smještaj i usluge koje u potpunosti odgovaraju zdravstvenim potrebama i ljudskom dostojanstvu.³⁵ Pravilo 11b definira pojam lišenja slobode „*the deprivation of liberty*“ kao „bilo koji oblik zadržavanja ili zatvaranja ili smještaja osobe u javnu ili privatnu zatvorenu instituciju iz koje nije dozvoljeno izaći svojevrijem, nego naredbom administrativnog ili drugog javnog ovlaštenog tijela“. Za vrijeme lišenja slobode pravila propisuju da sve ustanove i zatvorski objekti trebaju ispunjavati postojeće zahtjeve u vezi s ljudskim zdravljem i dostojanstvom, hrana treba biti zadovoljavajuće kvalitete i u dovoljnoj količini, trebaju biti ispunjeni standardi postavljeni za higijenu i zdravlje, čista pitka voda mora biti dostupna maloljetnicima u bilo koje vrijeme, svaki maloljetnik treba imati čist krevet, a sanitarne instalacije trebaju imati dovoljno kapaciteta kako bi bile u skladu s lokalnim i nacionalnim standardima. Osim toga, odjeća maloljetnika mora biti prilagođena klimi, ne smije biti ni

³¹ Analiza usklađenosti zakonodavstva o maloljetničkom prestupništvu u Bosni i Hercegovini s međunarodnim standardima, dostupno na: http://www.novageneracija.org/literatura/ostala_literatura/analiza_uskladjenosti_zakonodavstva_o_maloljetnickom_prestupnistvu_u_BIH_s_medjunarodnim (15. rujna 2021.), str. 25.

³² *Ibid.*

³³ Havanska pravila, Pravilo 12.

³⁴ Havanska pravila, Pravilo 17.

³⁵ Havanska pravila, Pravilo 31.

na koji način degradirajuća ili ponižavajuća.³⁶ Također, pravila propisuju „da svaki maloljetnik treba imati pravo na odgovarajuće vrijeme za slobodne dnevne aktivnosti, otvoreni prostor, dnevnu razonodu, fizičke aktivnosti.“³⁷ Pravo na komunikaciju s vanjskim svijetom, pravo na redovite i česte posjete, na praćenje dnevnog i periodičnog tiska, gledanje televizijskih programa, neograničenu komunikaciju s obitelji i s odvjetnikom, primanje pošte itd. pokazuju kolika je važnost postupanja prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, odnosno maloljetnicima koji su lišeni slobode.³⁸ Najvažnija direktiva, a ujedno i obvezujući akt za Republiku Hrvatsku, koji je usko vezan uz maloljetne počinitelje kaznenih djela, jest Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća Europe od 11. svibnja 2016. o postupovnim jamstvima za djecu koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenim postupcima (dalje u tekstu: Direktiva).³⁹ Ovom se Direktivom propisuju zajednička minimalna pravila u vezi s određenim pravima djece koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenom postupku ili koja podliježu postupku na temelju europskog uhidbenog naloga iz Okvirne odluke 2002/584/PUP („tražene osobe”).⁴⁰ Direktiva se primjenjuje u potpunosti kada je dijete lišeno slobode, neovisno o fazi kaznenog postupka.⁴¹ Između ostaloga, odredbe Direktive sadržajno propisuju pravo na informacije, pravo djeteta na informiranje nositelja roditeljske odgovornosti, pomoć odvjetnika, pravo na pojedinačnu ocjenu, pravo na liječnički pregled, audiovizualno snimanje ispitivanja, ograničavanje lišenja slobode, alternativne mjere, posebno postupanje u slučaju lišenja slobode, pravovremeno i pozorno rješavanje predmeta, pravo na zaštitu privatnosti, pravo djeteta na pratnju nositelja roditeljske odgovornosti tijekom postupka, pravo djece osobno nazočiti i sudjelovati na svojem suđenju, postupak na temelju europskog uhidbenog naloga te pravo na pravnu pomoć.⁴² Budući da se Direktiva odnosi na djecu koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenom postupku, nezaobilazno ju je ne spomenuti u kontekstu oduzimanja slobode za vrijeme trajanja mjere istražnog zatvora. Naime, na temelju svojeg istraživanja o istražnom zatvoru kao krajnjoj mjeri prema maloljetnicima *Petö-Kujundžić* navodi da se u javnosti prikazuje kako djeca čine velik postotak u broju počinitelja kaznenih djela iako je stvarno stanje da su djeca u malom postotku izvršitelji kaznenih djela.⁴³ Većina maloljetnika, i to 95 % njih, u istražnom je zatvoru zbog sitnijih kaznenih djela i prvi se put pojavljuju kao počinitelji kaznenih djela.⁴⁴

³⁶ Havanska pravila, Pravilo 32 do 37.

³⁷ Havanska pravila, Pravilo 47.

³⁸ Havanska pravila, Pravilo 59 do 62.

³⁹ Direktiva (EU) 2016/800 Europskog parlamenta i Vijeća o postupovnim jamstvima za djecu osumnjičenu ili optuženu u kaznenim postupcima od 11. svibnja 2016. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0800> (15. rujna 2021.).

⁴⁰ Čl. 1. Direktive.

⁴¹ Čl. 2. Direktive.

⁴² O prijedlogu Direktive, čiji je osnovni cilj bio utvrditi zajedničke minimalne standarde o postupovnim pravima djece u Europskoj uniji kako bi se osiguralo da djeca koja su osumnjičena ili optužena u kaznenom postupku mogu razumjeti i pratiti postupak i „učinkovitim sudjelovanjem“ u njemu ostvariti pravo na pošteno suđenje, raspravile su autorice *Puharić i Radić*. Za više vidjeti: *Puharić, B., Radić, I. Primjena načela svrhovitosti u postupanju prema maloljetnicima*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 22, broj 2/2015, str. 635–670.

⁴³ *Petö-Kujundžić, L., Maloljetni počinioci i maloljetnici žrtve kriminaliteta*, doktorska disertacija, Kiseljak, svibanj 2017., str. 142.

⁴⁴ *Ibid.*

Zapravo 60 % maloljetnika koji se nalaze u istražnom zatvoru nije došlo pred nadležno sudsko tijelo, a lišeni su slobode kroz dulje vrijeme.⁴⁵ U mnogim slučajevima istražni zatvor prelazi maksimalno moguće vrijeme zatvora za određeno kazneno djelo.⁴⁶ Osim osnovnog prava na slobodu, djeci se krše pravo na žurno suđenje, pravo na branitelja te pravo na žalbu i pošteno suđenje.⁴⁷

3. IZVRŠENJE KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA PREMA NACIONALNOM ZAKONODAVSTVU

Koncepcija današnjeg pozitivnopravnog uređenja kazne maloljetničkog zatvora u hrvatskom kaznenopravnom sustavu temelji se na tri temeljna izvora: Zakon o sudovima za mladež⁴⁸ (dalje u tekstu: ZSM), Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje (dalje u tekstu: ZISIM)⁴⁹ i Pravilnik o načinu izvršavanja kazne maloljetničkog zatvora u kaznenom i prekršajnom postupku (dalje u tekstu: Pravilnik).⁵⁰ Na prijedlog Vlade Republike Hrvatske Hrvatski je sabor 19. rujna 1997. donio Zakon o sudovima za mladež⁵¹ u sklopu donošenja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva.⁵² Naime, povijesno gledajući, Hrvatska je tim zakonom prvi put dobila poseban zakon o maloljetnicima,⁵³ a *Rittossa i Božičević Grbić*⁵⁴ naglašavaju da su cjelokupan zakon, kao i raspodjela materije koju regulira, utemeljeni na načelu *primum non nocere* – prije svega ne povrijediti. *Carić* konstatira da je „Zakon o sudovima za mladež iz 1997. godine usvojio mnoga napredna rješenja o kaznenopravnom položaju maloljetnika, zbog čega ga možemo svrstati među vodeća maloljetnička zakonodavstva u Europi. U njemu se sveobuhvatno uređuje i materijalnopravni i procesnopravni položaj maloljetnika i ustroj sudova za mladež, koji postaju središte čitave društvene djelatnosti u području sprječavanja maloljetničke delinkvencije.“⁵⁵

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, str. 143.

⁴⁸ Narodne novine, broj 84/11, 143/12, 148/13, 56/15 i 126/19.

⁴⁹ Narodne novine, broj 133/12.

⁵⁰ Narodne novine, broj 57/13.

⁵¹ Narodne novine, broj 11/97. Vidjeti: https://narodnovine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1997_10_111_1671.html (15. rujna 2021.). Odluku o proglašenju Zakona o sudovima donio je Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske na sjednici 19. rujna 1997., a stupio je na snagu 1. siječnja 1998.

⁵² Prema čl. 1. Zakon sadrži odredbe za mlade počinitelje kaznenih djela (maloljetnike i mlade punoljetnike) u materijalnom kaznenom pravu, odredbe o sudovima, o kaznenom postupku i o izvršenju sankcija te propise o kaznenopravnoj zaštiti djece i maloljetnika.

⁵³ Oгледа se upravo u tome što je prvi put omogućeno izdvajanje kaznenog prava za maloljetnike iz općega kaznenog prava u njegov posebni dio i kao *lex specialis*, odnosno posebnu granu prava – maloljetničko kazneno pravo.

⁵⁴ Prema: Rittossa, D., Božičević Grbić, M., *Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme*, HLJKPP, Zagreb, vol. 19, br. 2, 2012, 615–667, str. 630.

⁵⁵ Za više vidjeti: Carić, A., Kustura, I., *Sudovi za mladež: ustrojstvo, sastav i nadležnost prema Zakonu o sudovima*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009, 857–894. str. 858, <https://hrcak.srce.hr/file/132532> (15. rujna 2019.)

Temeljni izvor maloljetničkog prava koji se danas primjenjuje pri izricanju maloljetničkih sankcija, pa tako i sankcije maloljetničkog zatvora prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, u Republici Hrvatskoj jest ZSM.⁵⁶ Maloljetnika ZSM definira s obzirom na dob kao osobu koja je u vrijeme počinjenja djela navršila 14 godina, a nije navršila 18 godina, a mlađeg punoljetnika kao osobu koja je u vrijeme počinjenja djela navršila 18, a nije navršila 21 godinu života.⁵⁷ Sasvim je jasno da se djeca ne rađaju kao delinkventi, već to najčešće postaju uslijed manjkavog odgoja, lošeg utjecaja vršnjaka, ovisnosti, nasilja u obitelji, nedostatka podrške lokalne zajednice i slično. Kada zakažu zaštitni čimbenici prevencije maloljetničke delikvencije, poput kvalitetnog odgoja, podrške, razumijevanja ili razgovora, jedini pravi put od kojeg se očekuje da popravi ili umani štetu jest pravni sustav, koji se temelji na primjeni zakonskih odredaba. Cvjetko smatra da je kazna maloljetničkog zatvora kao kazna lišenja slobode među maloljetničkim sankcijama jedina prva kaznenopravna sankcija i kao takva *ultima ratio* maloljetničkog kaznenog prava.⁵⁸ Njezina posebnost ogleđa se upravo u sadržaju odredbe čl. 24. ZSM-a, koja govori da je maloljetnički zatvor kazna lišenja slobode s posebnostima u odnosu na zakonske uvjete izricanja, trajanje, svrhu i sadržaj sankcije.⁵⁹ Primjerice, može se izreći u točno propisanom trajanju i za određena teža kaznena djela te sud mora biti uvjeren da je takva kazna potrebna.⁶⁰ U odredbi st. 2. istog članka⁶¹ zakonodavac je jasno odredio da za primjenu maloljetničkog zatvora moraju postojati tri kumulativna uvjeta: 1. počinitelj mora biti stariji maloljetnik, 2. mora biti počinjeno kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora od tri godine ili teža, 3. sud mora doći do uvjerenja da, s obzirom na narav i težinu djela i visok stupanj krivnje, ne bi bilo opravdano izreći odgojnu mjeru, već da je potrebno kažnjavanje. Kod kazne maloljetničkog zatvora zakonodavac je naveo da je cilj poduzimanjem mjera „odgoja, obrazovanja i stručnog osposobljavanja maloljetnika utjecati na daljnji razvoj njegove ličnosti i jačanje njegove osobne odgovornosti“, radi

⁵⁶ Citirani Zakon predstavlja temeljni pravni dokument u Republici Hrvatskoj, koji kao *lex specialis* uređuje odredbe za mlade počinitelje kaznenih djela (maloljetnike i mlađe punoljetnike) u materijalnom kaznenom pravu, odredbe o sudovima, o kaznenom postupku i o izvršenju sankcija te propise o kaznenopravnoj zaštiti djece. Vidjeti u bilj. 59.

⁵⁷ Čl. 2. ZSM-a.

⁵⁸ Cvjetko, B., *Zakonska i sudska politika kažnjavanja maloljetnika i mlađih punoljetnika kaznom maloljetničkog zatvora* (1998. do 2003.), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, br. 2/2004, 841–865, str. 842.

⁵⁹ Čl. 24. st. 1. ZSM-a.

⁶⁰ Time se potvrđuje i načelo razmjernosti, tj. da kazna mora biti razmjerna stupnju krivnje i svrsi kažnjavanja (koja je specifična za maloljetnike), ali i načelo supsidijarnosti da se maloljetniku neće izreći teža sankcija ako se ista svrha može postići blažom sankcijom. Ako se sud ipak odluči na izricanje maloljetničkog zatvora, što iz prakse proizlazi da je iznimno rijetko, na maloljetnika se primjenjuje niz prava koja su zajamčena odredbama već spomenutih zakona, ali i zakona i propisa kojima se regulira izvršavanje kazne zatvora.

Vidjeti: Dragičević Prtenjača, M., Bezić, R., Zagorec, M., *Vizura hrvatskog maloljetničkog prava pri odlučivanju o maloljetničkom zatvoru i njegovu pridržaju – postoje li kriteriji ili je sve diskrecijska ocjena suda*, Zbornik PFZ 71, (3–4) 377–409 (2021), str. 392. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/266108> (1. lipnja 2022.).

⁶¹ Prema čl. 24. st. 2. ZSM-a maloljetnički se zatvor može izreći starijem maloljetniku za kazneno djelo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora od tri godine ili teža kazna kad s obzirom na narav i težinu djela i visoki stupanj krivnje ne bi bilo opravdano izreći odgojnu mjeru, već je potrebno kažnjavanje.

ostvarenja specijalne i generalne prevencije.⁶² Odredba čl. 6. svojim zasebnim stavcima razdvojila je svrhu odgojnih mjera od svrhe maloljetničkog zatvora, s time da je pojašnjena svrha maloljetničkog zatvora, čime je naglašena njezina generalnopreventivna svrha, a to je da bi se njegovom primjenom trebalo „utjecati na ostale da ne čine kaznena djela“. Uz ZSM, ključnu ulogu u našem nacionalnom zakonodavstvu vezanom uz maloljetne počinitelje kaznenih djela ima i ZISIM.⁶³ ⁶⁴ Iako se radi o maloljetnicima kao zatvorenicima,⁶⁵ osobama koje su lišene temeljnog ljudskog prava na slobodu zbog toga što su osuđene zbog određenih kaznenih djela njihova temeljna prava ne bi smjela biti povrijeđena.⁶⁶ Zato je vrlo važno da se poštuju temeljna načela izvršavanja sankcija, i to zaštita ljudskog dostojanstva te zaštita osobnih i imovinskih prava i interesa svakog maloljetnika.⁶⁷ Kazna maloljetničkog zatvora izvršava se u specijaliziranoj kaznionici za maloljetnike, a iznimno u specijaliziranom odjelu za maloljetnike.⁶⁸ Na izvršavanje kazne maloljetničkog zatvora na odgovarajući se način primjenjuje Zakon o izvršavanju kazne zatvora ako tim Zakonom ili Zakonom o sudovima za mladež nije drukčije propisano.⁶⁹ Dakle, prilikom izvršavanja kazne maloljetničkog zatvora važno je imati na umu odredbe Zakona o izvršavanju kazne zakona.⁷⁰ Smještaj zatvorenika treba odgovarati zdravstvenim, higijenskim i prostornim zahtjevima te klimatskim prilikama. Prostorije u kojima borave zatvorenici moraju biti čiste, suhe i dovoljno prostrane.⁷¹ Analizirajući pravo na smještaj primjeren ljudskom dostojanstvu i zdravstvenim standardima u okviru penitencijarnog prava, *Ivičević Karas* smatra da prenapučenost zatvorskih kapaciteta

⁶² Vidjeti u predgovoru Zakona o sudovima za mladež s osvrtom na novine 2011.–2013. Tekst dostupan na: <http://www.zakonosudovimazamladez.uszm.hr/> (5. 2. 2019.), str. 19.

⁶³ Predmetnim Zakonom uređuje se izvršavanje sankcija izrečenih maloljetnicima i mlađim punoljetnicima u kaznenom postupku, i to odgojnih mjera, kazne maloljetničkog zatvora i sigurnosnih mjera, ali se izvršavaju i sankcije izrečene maloljetnicima u prekršajnom postupku, i to odgojne mjere, kazna maloljetničkog zatvora i zaštitne mjere.

⁶⁴ Čl. 1. st. 1. i 2. ZISIM-a.

⁶⁵ Pojam zatvorenika definiran je odredbom čl. 2. st. 1. t. 4. Zakona o izvršavanju kazne zatvora (Narodne novine, 14/21), kojom je propisano da je *zatvorenik* osoba kojoj je izrečena kazna zatvora zbog kaznenog djela i nalazi se na izdržavanju kazne zatvora u kaznionici, odnosno zatvoru.

⁶⁶ Naime, prema odredbi čl. 3. st. 2. i 3. ZISIM-a, maloljetnika se može ograničiti u temeljnim pravima samo iznimno i u granicama nužnim za ostvarenje svrhe izvršavanja sankcija i u postupku propisanom tim Zakonom. O bilo kojem ograničenju u temeljnim pravima maloljetnika tijekom izvršavanja sankcija, razlozima i trajanju tog ograničenja treba odmah izvijestiti nadležni sud i centar za socijalnu skrb te obavijestiti roditelje, odnosno skrbnika maloljetnika. ZISIM, *op. cit.* u bilj. 64.

⁶⁷ Tijekom izvršavanja sankcije maloljetniku se jamči poštovanje ljudskog dostojanstva, potiče se njegov tjelesni, intelektualni i moralni razvoj i čuva njegovo tjelesno i duševno zdravlje. Tijekom izvršavanja sankcije zabranjena je diskriminacija maloljetnika prema rasnoj i etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovinskom stanju, članstvu u sindikatu, obrazovanju, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, rodnom identitetu, izražavanju ili spolnoj orijentaciji. Zabranjeni su i kažnjivi postupci kojima se maloljetnik podvrgava bilo kakvu obliku mučenja, zlostavljanja ili ponižavanja te medicinskim ili znanstvenim pokusima. Zabranjenim postupcima smatraju se i postupci koji su nerazmjerni održavanju reda i stege, pa mogu proizvesti trpljenje ili neprimjereno ograničenje temeljnih prava maloljetnika. Maloljetnik koji je bio žrtva zabranjenih postupaka ima pravo na naknadu štete. Vidjeti odredbe čl. 5. i 6. ZISIM-a.

⁶⁸ Čl. 53. st. 1. ZISIM-a.

⁶⁹ Čl. 53. st. 2. ZISIM-a

⁷⁰ Narodne novine, broj 14/21.

⁷¹ Čl. 81. st. 1. Zakona o izvršavanju kazne zatvora.

često generira neodgovarajuće osnovne uvjete boravka zatvorenika u zatvoru i odražava se, primjerice, na nemogućnost korištenja prostorijama za zajednički boravak zatvorenika, što se pak izravno odražava na kvalitetu pojedinačnog programa izvršavanja kazne zatvora.⁷² Zatvorenik se u pravilu smješta u prostoriju namijenjenu za smještaj više zatvorenika. Zajednički se mogu smjestiti zatvorenici za koje se pretpostavlja da neće negativno utjecati jedan na drugog. Svakom se zatvoreniku osigurava zasebna postelja. Slobodno vrijeme zatvorenici mogu provoditi zajedno, u pravilu u prostorijama za dnevni boravak.⁷³ Svaka prostorija u kojoj zatvorenici žive ili rade mora imati dnevno i umjetno svjetlo koje omogućuje čitanje i rad bez smetnji za vid.⁷⁴ Kaznionice, odnosno zatvori moraju imati sanitarne uređaje koji omogućuju obavljanje fizioloških potreba u čistim i primjerenim uvjetima kad god to zatvorenici žele.⁷⁵ Prema Šeparoviću⁷⁶ temeljna načela izvršavanja kazne zatvora slijede iz poznatih načela kaznenog prava, kao što je načelo zakonitosti, načelo zabrane diskriminacije u postupanju prema zatvorenicima, načelo o razvrstavanju zatvorenika, načelo skupnog izdržavanja kazne zatvora te načelo da zatvorenici ne snose troškove izvršavanja kazne. Posebne odredbe o izvršavanju kazne maloljetničkog zatvora reguliraju smještaj maloljetnika, pravo na posjete i boravak na zraku, posebne mjere održavanja reda i sigurnosti te primjenu vatrenog oružja.⁷⁷ Maloljetnik će biti smješten s drugim maloljetnicima. Iznimno može biti smješten s mlađim punoljetnicima, a u svakom slučaju, u istoj prostoriji ne može biti više od tri zatvorenika.⁷⁸ Maloljetnik ima pravo na posjete članova obitelji četiri puta mjesečno i blagdanom u trajanju od najmanje dva sata, a nakon odobrenja upravitelja mogu ga posjećivati i druge osobe još najmanje dva puta mjesečno u trajanju od najmanje jednog sata.⁷⁹ Maloljetniku će se omogućiti boravak na zraku u trajanju najmanje tri sata dnevno.⁸⁰ Prema maloljetniku nije dopuštena primjena posebne mjere održavanja reda i sigurnosti – osamljenja.⁸¹ Primjena posebne mjere održavanja reda i sigurnosti odvajanja od ostalih maloljetnika dopuštena je u trajanju do sedam dana.⁸² Uporaba vatrenog oružja prema maloljetniku nije dopuštena, osim u slučaju kada se drugim sredstvima ne može odbiti istodoban ili izravno predstojeći protupravni napad kojim maloljetnik ugrožava život drugih osoba.⁸³ Izvršenje izrečenih kaznenopravnih sankcija posljednji je i najteži stadij u složenom procesu kaznenopravne reakcije prema počiniteljima kaznenih djela, o kojemu u krajnjoj liniji ovisi i konačan uspjeh ili neuspjeh čitavog društva u borbi protiv kriminaliteta. Način izvršavanja maloljetničkog zatvora detaljno je propisan Pravilnikom.

⁷² Ivičević Karas, E., *Penitencijarno pravo*, Narodne novine, Zagreb, listopad 2016., str. 63.

⁷³ Čl. 81. st. 2. Zakona o izvršavanju kazne zatvora.

⁷⁴ Čl. 81. st. 3. Zakona o izvršavanju kazne zatvora.

⁷⁵ Čl. 81. st. 4. Zakona o izvršavanju kazne zatvora.

⁷⁶ Prema: Šeparović, Z., *Kazneno izvršno pravo i uvod u penologiju*, Pravni fakultet u Zagrebu, poslijediplomski studij iz kaznenopravnih znanosti, 2003, str. 88 i 89.

⁷⁷ Vidi odredbe od čl. 54. do 57. ZISIM-a.

⁷⁸ Čl. 54. ZISIM-a.

⁷⁹ Čl. 55. st. 1. ZISIM-a.

⁸⁰ Čl. 55. st. 2. ZISIM-a.

⁸¹ Čl. 56. st. 1. ZISIM-a.

⁸² Čl. 56. st. 2. ZISIM-a.

⁸³ Čl. 57. ZISIM-a.

Maloljetnik kojem je izrečena kazna maloljetničkog zatvora kaznu izvršava u specijaliziranoj kaznionici za maloljetnike ili specijaliziranom odjelu kaznionice u zatvorenim, poluotvorenim i otvorenim uvjetima do navršene dvadeset i treće godine.⁸⁴ Ako maloljetnik kojemu je izrečena kazna maloljetničkog zatvora do dvadeset i treće godine ne izdrži kaznu, upućuje se u kaznionicu u kojoj punoljetne osobe izdržavaju kaznu.⁸⁵ U slučajevima iz st. 2. ovog članka maloljetnik može iznimno nastaviti izvršavanje kazne maloljetničkog zatvora u specijaliziranoj kaznionici za maloljetnike ili specijaliziranom odjelu kaznionice ako je to potrebno radi završetka njegova školovanja ili stručnog osposobljavanja ili ako ostatak neizdržane kazne nije veći od šest mjeseci, ali ni u kojem slučaju nakon navršene dvadeset i sedme godine života.⁸⁶ Središnji ured Uprave za zatvorski sustav na prijedlog Centra za dijagnostiku u Zagrebu raspoređuje maloljetnika na izvršavanje kazne maloljetničkog zatvora u zatvorene, poluotvorene ili otvorene uvjete u specijaliziranoj kaznionici za maloljetnike ili specijaliziranom odjelu kaznionice.⁸⁷ Kazna maloljetničkog zatvora izvršava se prema pojedinačnom programu izvršavanja kazne maloljetničkog zatvora (u daljnjem tekstu: program izvršavanja).⁸⁸ Radi ispunjavanja svrhe izvršavanja kazne zatvora za zatvorenika se donosi program izvršavanja. Program izvršavanja sastoji se od psihosocijalnih, socijalnopedagoških, obrazovnih, radnih, okupacijskih, zdravstvenih i sigurnosnih postupaka primjerenih rizicima, potrebama i osobinama zatvorenika, usklađenih s mogućnostima kaznionice, odnosno zatvora.⁸⁹ Na prijedlog stručnog tima specijalizirane kaznionice za maloljetnike ili specijaliziranog odjela kaznionice program izvršavanja donosi upravitelj te se on redovito preispituje, prema potrebi mijenja i nadopunjuje, najmanje jedanput u tri mjeseca.⁹⁰ Maloljetnik je obvezan aktivno sudjelovati i surađivati u provedbi programa izvršavanja.⁹¹ Pogodnosti su skup mjera koje se mogu izreći maloljetniku koji aktivno sudjeluje i surađuje u provedbi programa izvršavanja i ponaša se u skladu s odredbama kućnog reda.⁹² Pogodnosti su ublažavanje uvjeta unutar specijalizirane kaznionice za maloljetnike ili specijaliziranog odjela kaznionice te češći dodiri s vanjskim svijetom.⁹³ Prilikom odlučivanja o pogodnostima koje se odobravaju maloljetniku primjenjuju se odredbe Zakona o izvršavanju kazne zatvora.⁹⁴

⁸⁴ Čl. 5. st. 1. Pravilnika.

⁸⁵ Čl. 5. st. 2. Pravilnika.

⁸⁶ Čl. 5. st. 3. Pravilnika.

⁸⁷ Čl. 6. Pravilnika.

⁸⁸ Čl. 7. st. 1. Pravilnika.

⁸⁹ Čl. 75. st. 1. Zakona o izvršavanju kazne zatvora.

⁹⁰ Čl. 7. st. 3. Pravilnika.

⁹¹ Čl. 8. Pravilnika.

⁹² Čl. 9. st. 1. Pravilnika.

⁹³ Čl. 9. st. 2. t. 1. i 2. Pravilnika.

⁹⁴ Čl. 9. st. 3. Pravilnika.

4. MEĐUNARODNI STANDARDI KOD IZVRŠAVANJA ZATVORSKE KAZNE ZA MALOLJETNE POČINITELJE KAZNENIH DJELA

Maloljetnički pravosudni sustavi u Europi razlikuju se u brojnim aspektima, koji uključuju vrste institucija u kojima se maloljetnicima može uskratiti sloboda, dobno ograničenje, druge pravne preduvjete te trajanje smještaja u instituciji, o čemu navode *Dünkel i Stando-Kawecka*.⁹⁵ Prema posljednjim dostupnim podacima iz 2016. iz *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*⁹⁶ proizlazi da najveći udio maloljetnika u ukupnoj osuđeničkoj populaciji premoćno imaju Engleska i Wales s čak 23,1 % osuđenih maloljetnika. Slijedi Švicarska (9,7 %) i Francuska (7,8 %). Najmanji udio maloljetnika u ukupnoj osuđeničkoj populaciji nalazi se u Češkoj (2,1 %), dok se Hrvatska svrstava među zemlje s malim udjelom maloljetnika, tj. s udjelom od 3,2 %. Prema dostupnim podacima o udjelu maloljetnika u ukupnoj zatvorskoj populaciji taj je udio u Češkoj i Bugarskoj ispod 0,2 %. Hrvatska se uz Latviju i Rumunjsku nalazi unutar europskog prosjeka s rasponom od 0,6 % do 0,7 % udjela maloljetnika u zatvorskoj populaciji. Nizozemska zauzima vodeće mjesto s udjelom od čak 4,8 %, slijedi Srbija s 2,9 % te Švicarska s 2,5 %. Većina europskih zemalja ima manje od 1 % udjela maloljetnika u ukupnoj zatvorskoj populaciji.⁹⁷ Na temelju analize uvjeta života u maloljetničkim zatvorima može se primijetiti da neke države nemaju najmanje zakonske standarde vezane uz smještaj ili najmanji prostor po zatvoreniku, što proizlazi iz tablice 1, koja slijedi u nastavku.⁹⁸

Tablica 1. Prikaz država s minimalnim kapacitetom smještaja i troškovima dnevnih smještaja za maloljetnike u maloljetničkim zatvorima⁹⁹

DRŽAVA	MINIMALNI KAPACITET SMJEŠTAJA	DNEVNI TROŠKOVI SMJEŠTAJA
NJEMAČKA	do 7 m ²	87 EURA
AUSTRIJA	-	120 EURA
DANSKA	-	-
ENGLESKA	-	206 EURA
HRVATSKA	-	-

⁹⁵ Dünkel, F., Stando-Kawecka, B., *Juvenile imprisonment and placement in institutions for deprivation of liberty-Comparative aspects*, u: Dünkel, F., Grzyawa, J., Pruijn, I., Horsfield, P., *Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments*, vol 4, MG 2011, Forum Verlag Godesberg, str. 1789.

⁹⁶ Aebi, M. F., Caneppele, S., Hashimoto, Y. Z., Jehle, J.-M., Khan, T. S., Kühn, O., Lewis, C., Molnar, L., Pórisdóttir, R., Smit, P., national correspondents, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021, Series UNILCRIM*, 2021, str. 175 i 268; dostupno na: <https://wp.unil.ch/europeansourcebook/printed-editions-2/> (1. lipnja 2021.).

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Tablicu 1 izradila je autorica na temelju podataka iz knjige autora *op. cit.* u bilj. 117, str. 1808.

⁹⁹ *Ibid.*

U Danskoj vrijedi pravilo da se maloljetnici ne smiju smještati u sobe zajedno sa zatvorenicima starijim od 17 godina.¹⁰⁰ U Njemačkoj je standard 10–12 m², iako to nije propisano zakonom.¹⁰¹ Njemački savezni sud odlučuje da ćelije manje od 7 m² predstavljaju kršenje ljudskog dostojanstva,¹⁰² što je razvidno iz tablice 1. Istražujući pravne odredbe za minimalnu veličinu soba za maloljetnike, *Dünkel i Stando-Kawecka* došli su do zaključka da je u Austriji Uredbom ministarstva pravosuđa određena minimalna veličina prostorija i njihov kapacitet te da objekti ovise o konkretnoj kaznionici.¹⁰³ U Njemačkoj veličina i opremljenost prostorija mora biti adekvatna te prema sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda iznosi 7m², dok za Englesku i Hrvatsku nema dostupnih podataka.¹⁰⁴ Osim uz navedene smještajne uvjete, autori su proveli istraživanje vezano za dnevne neto troškove za maloljetnike u maloljetničkim zatvorima, slijedom čega su došli do zaključaka da troškovi za maloljetnike u zatvorima variraju, pa su u Njemačkoj dnevni troškovi oko 87 eura (prosječno su 2005. godine bili 86,64 eura), a u Austriji oko 120 eura po danu. U Engleskoj se boravak u ustanovama za mlade počinitelje naplaćuje po danu i mjestu u iznosu od 206 eura, za boravak u sigurnim dječjim domovima u iznosu od 794 eura, a u sigurnim centrima za obuku mladih u iznosu od 699 eura po danu i mjestu, dok u Danskoj nisu napravljeni posebni izračuni za izdatke za mlade počinitelje kaznenih djela.¹⁰⁵ U Njemačkoj postoji 28 zatvora za mlade s oko 7000 mjesta za prijestupnike u dobi od 14 do 24 godine (90 % osoba starije je od 18 godina), koji su pokrenuti u skladu sa 16 zakona saveznih država te promiču učinkovitu rehabilitaciju i sprječavaju recidivizam.¹⁰⁶ Da obrazovna i rehabilitacijska etika njemačkog sustava vrijedi i kada su u pitanju maloljetni počinitelji u zatvorima, pokazuje primjer zatvora, odnosno institucije za maloljetne počinitelje u *Neustrelitzu*, obilaskom kojeg je utvrđeno da je velika većina mladih bila starija od 18 godina, iako je tehnički moguće da ondje budu i osuđeni 14- ili 15-godišnjaci, koji su tom prilikom intervjuirani (85 % mladih bilo je starije od 18 godina, a njihova je prosječna dob bila 20 godina).¹⁰⁷ Budući da mladi u Njemačko zatvorsku kaznu ne dobivaju olako, obično je riječ o počiniteljima nasilnijih kaznenih djela, za razliku od mladih u američkim ustanovama za maloljetnike. Potrebno je paziti na međunacionalne usporedbe; nasilje, posebno nasilje oružjem, daleko je manje rasprostranjeno u Njemačkoj nego u SAD-u, na primjer. Osoblje je bilo visoko profesionalno, a tretman prema mladima uvelike je normaliziran, osobito u usporedbi s američkim zatvorima za odrasle, u kojima bi mnogi od tih mladih ljudi vjerojatno bili da se slično vrijeđaju u Americi. Razina strukovnog programa bila je zapanjujuća, s profesionalnim obradama drva i metala, kulinarskim poučavanjem i poljoprivredom (uključujući i nagrađivani uzgoj kunića), koji su dominirali svakodnevnim

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, str. 1809.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, str.1811–1812.

¹⁰⁶ *Ibid.*, str. 1813.

¹⁰⁷ Vincent Schiraldi, *The Crime Report, In Germany, It's Hard to Find a Young Adult in Prison*, <https://thecrimereport.org/2018/04/10/in-germany-its-hard-to-find-a-young-adult-in-prison>, April 10, 2018 (27. svibnja 2022.).

programom mladih.¹⁰⁸ Prema izvješću *Whitehallova* nadzornog tijela za javnu potrošnju, koje također naglašava da su crnačka i manjinska etnička djeca sve više zastupljena u pravosudnom sustavu za mlade, očekuje se da će se broj djece u pritvoru u Engleskoj i Walesu udvostručiti do 2024.¹⁰⁹ ¹¹⁰ U izvješću Državnog ureda za reviziju navodi se da je 2021. više od polovice (53 %) djece u pritvoru bilo iz manjinskih etničkih skupina, u odnosu na manje od trećine (32 %) 10 godina prije, dok se udio crne djece u istom razdoblju povećao s 18 % na 29 %. U izvješću se navodi da se nakon dugotrajnog pada očekuje brz rast broja djece u pritvoru kao izravna posljedica povećanog zapošljavanja policije, poteza za rješavanje sudskih zaostataka uzrokovanih COVID-om i strožih kazni nakon prolaska policije, kriminala, kaznene i sudske reforme zakona. Najnovije prognoze, međutim, pokazuju da će se broj djece u dobi od 15 do 17 godina u ustanovama za mlade prijestupnike (YOI) udvostručiti s 343 u 2021. na 700 samo četiri godine poslije, što izaziva zabrinutost oko kapaciteta u sustavu.¹¹¹

U većini država smještaj se određuje što je moguće bliže domu ili mjestu u koje će maloljetnik biti pušten.¹¹² U velikom broju država postoji samo nekoliko takvih institucija za maloljetnike (u Austriji samo jedna), i to posebno za djevojčice, pa se to načelo ne može lako slijediti.¹¹³ Jedno je od načela smještanja i načelo odvajanja djevojčica i dječaka.¹¹⁴ Čini se da je Danska jedina država u kojoj se strogo ne slijedi pravilo, odnosno načelo prema kojem je potrebno strogo odvojiti djevojčice i dječake.¹¹⁵ Što se tiče načela najmanjih standarda kod smještaja (uključujući najmanje pravne standarde vezane uz broj maloljetnika u jednoj sobi), već je navedeno da postoje razna pravila. Osim toga, austrijske su vlasti izvijestile da u Austriji samo maloljetnički zatvor u *Gerasdorfu* ima 100 jednokrevetnih soba i 5 dvokrevetnih soba za maloljetnike.¹¹⁶ ¹¹⁷ Prenapučenost u većini država nije problem, uz iznimku Engleske i Walesa.¹¹⁸ Diferencijacija, klasifikacija i odvajanje (dječaci i djevojčice, specifični prijestupnici i dobne skupine) važna su pitanja organizacije zatvora.¹¹⁹ Od svih kriterija najviše se navodi spol.¹²⁰ Osim Danske, Francuske i Nizozemske, sve države omogućuju zasebne jedinice za dječake i djevojčice.¹²¹ Međutim, Engleska i Wales nemaju odvajanje prema spolu u dječjim domovima za djecu od 12 do 14 godina.¹²² Drugi je kriterij dob, pa se u nekim državama

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ The Guardian, Number of children in custody in England and Wales set to double by 2024, <https://www.theguardian.com/law/2022/apr/28/number-children-in-custody-england-wales-national-audit-office-report> (27. svibnja 2022.).

¹¹⁰

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Op. cit.* u bilj. 117, str. 1814.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, str. 1816.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

vrlo mlade dobne skupine odvajaju od starijih. U nekim njemačkim zatvorima za mlade vrši se diferencijacija između zatvorenika s posebnim potrebama vezanim uz postupanje i osoba koje su zatvorene na duže vrijeme.¹²³ Prednost školovanja i strukovnog obrazovanja u odnosu na rad često je zakonski propisana (npr. Njemačka).¹²⁴ Temeljem pojedinačnog plana maloljetnici općenito imaju pravo na obrazovanje i programe rehabilitacije te smisleno slobodno vrijeme, pa tako u svim državama zatvorenici imaju obvezu sudjelovati u školovanju i strukovnom obrazovanju, a često imaju i obvezu raditi (npr. Austrija, Danska, Njemačka).¹²⁵ Sudjelovanje u psihološkim ili nekim drugim programima liječenja nije obvezno (npr. Njemačka).¹²⁶ Kontakt maloljetnika s vanjskim svijetom (posjeti, dugotrajniji posjeti obitelji, dopusti i sl.) imaju veliku važnost.¹²⁷ Zato sve države omogućuju redovite posjete (u većoj mjeri nego u zatvorima za odrasle), redovite dopuste u pratnji ili bez nje, pri čemu se navodi da to treba biti „dio uobičajenog režima“, a ne privilegija za dobro ponašanje.¹²⁸ Uključivanje roditelja u izvršenje i pripremu otpuštanja i dalje nije dovoljno razvijeno.¹²⁹ Odgovor iz Danske vjerojatno upućuje na uobičajenu sliku: roditelji nisu uključeni u provedbu kazne, ali će se s njima stupiti u kontakt u vezi s dopustom i uvjetnim otpuštanjem ako će maloljetni delikvent živjeti s roditeljima.¹³⁰ U Njemačkoj se medijaciji i reparaciji daje važna uloga u sustavu disciplinskih sankcija.¹³¹ Postupci za dovršenje smještaja u maloljetničkim zatvorima obično počinju u ustanovi, uz procjenu i prognozu napretka maloljetne osobe.¹³² Iznimno, u Danskoj Uprava za zatvore i uvjetne kazne odlučuje po preporuci zatvora.¹³³ Što se tiče mjera za pripremu otpuštanja i uključivanje vanjskih službi (npr. služba za uvjetno, privatne agencije za socijalnu skrb itd.), u Danskoj, Engleskoj i Walesu te Njemačkoj uvjetna sloboda i servisi nakon skrbi uključuju se sustavno.¹³⁴ Suradnja je nerijetko propisana planom ustanove koja razjašnjava obveze službe koja se bavi uvjetnom slobodom za svaki pojedinačni slučaj.¹³⁵ Maloljetnici lišeni slobode obično imaju pristup pravnoj pomoći.¹³⁶ Posjeti odvjetnika ne nadziru se. Ponekad problem nastaje kada maloljetnici nemaju novčana sredstva, a besplatna pravna pomoć nije uvijek dostupna.¹³⁷ Upravljanje, obuka i odabir osoblja teško se mogu procijeniti jer u većini država postoje neke metode upravljanja kvalitetom, no sadržaj i intenzitet programa obuke nisu do kraja poznati.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, str. 1817.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, str. 1818.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, str. 1819.

¹³⁷ *Ibid.*

5. IZDRŽAVANJE KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA U POŽEGI

5.1. Okolnosti provođenja istraživanja

Ključan povod zbog kojeg je autorica odlučila istraživati navedenu temu bio je njezin posjet Odgojnom zavodu u Turopolju.¹³⁸ Nakon što je vidjela uvjete života u Odgojnom zavodu, koji predstavljaju oduzimanje slobode i izolaciju od društva za svakog maloljetnog počinitelja, došla je na ideju kako bi bilo poželjno vidjeti i istražiti kakvi su uvjeti života u maloljetničkom zatvoru. Maloljetnički zatvor sam po sebi predstavlja kažnjavanje za maloljetne počinitelje te u tom smislu svaka dodatna povreda prava maloljetnih počinitelja prilikom izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora ne bi bila poželjna ni pravno prihvatljiva. U tom kontekstu postavilo se pitanje što se uistinu krije iza stvarnih uvjeta izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora, da bi se na taj način spoznali problemi koji su za sada „nevidljivi“ jer se o njima ne izvještava i nema dovoljno istraživanja. Stoga će se u ovom dijelu rada prikazati relevantni podaci i zaključci dobiveni istraživanjem provedenim u Kaznionici u Požegi u Odjelu maloljetničkog zatvora.¹³⁹ Istraživanje o stvarnim uvjetima boravka u maloljetničkom zatvoru provodilo se u trenutku izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora.¹⁴⁰ Postavljena istraživačka pitanja koja se odnose na istraživanje okolnosti izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora sistematizirana su kroz tri temeljna aspekta: 1. smještaj u maloljetničkom zatvoru, 2. odnos sa zaposlenicima i stručnim osobljem, 3. postpenalni tretman.¹⁴¹

5.2. Uvjeti smještaja u maloljetničkom zatvoru i prava osuđenika na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora

Smještaj djeteta kao maloljetnog počinitelja kaznenog djela u ustanovu tipa maloljetničkog zatvora posebna je zadaća društva. No glas djece o kojoj ovdje govorimo

¹³⁸ Prvi posjet Odgojnom zavodu u Turopolju bio je u sklopu seminara maloljetničkog kaznenog prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, nakon čega je uslijedio i posjet maloljetničkom zatvoru u Požegi. Upravo iz tih posjeta javila se kod autorice znatiželja koja je nametnula razna pitanja, među kojima je temeljno pitanje bilo: što je dovelo do toga da jedno prilično mirno i plaho dijete tijekom svojeg odrastanja naglo promijeni svoje ponašanje i krene u „loše“ sfere društva te na kraju postane dio pravosudnog sustava u ulozi počinitelja kaznenog djela?

¹³⁹ Autorica je samostalno i neposredno provela istraživanje 12. veljače 2018. godine u kaznionici u Požegi, kada je na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora zatekla ukupno 10 osuđenika. *Op. cit.* u bilj. 35, str. 222–248.

¹⁴⁰ Od ukupnog broja koji su se trenutačno nalazili na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora, dakle od njih ukupno deset, na dan provođenja istraživanja autorica je zatekla samo osmoricu jer je jedan prisustvovao raspravi na sudu, dok se drugi nalazio u poluotvorenom odjelu, gdje je zaposlen u poljoprivrednoj radionici, tj. u stočarstvu. Od njih osmoricu sudjelovati u intervjuu pristala su šestorica osuđenika, budući da je dobrovoljnost nužan aspekt kvalitativnog istraživanja s djecom. *Ibid.*, str. 232–233.

¹⁴¹ Osim polustrukturiranog intervjua, u sklopu navedenog istraživanja autorica je provela neformalni razgovor s voditeljicom tretmana maloljetničkog odjela te s ostalim djelatnicima, odnosno stručnim osobljem, koji su u trenutku provođenja istraživanja zatečeni u maloljetničkom zatvoru u Požegi. Uvidom u podatke Kaznionice u Požegi utvrđeno je da su osuđenici koji su zatečeni na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora počinili kaznena djela teške krađe, razbojničke krađe i razbojništva, kazneno djelo ubojstva u pokušaju, krivotvorenje isprave te kazneno djelo protiv spolne slobode. *Ibid.*, str. 230–234.

vrlo se rijetko čuje u našoj javnosti i okolini. Jednom smješteni u instituciju poput maloljetničkog zatvora, maloljetni osuđenici nemaju mogućnosti prezentirati javnosti u kakvim se uvjetima nalaze unutar te institucije. Kakva je interakcija između njih i zaposlenika te stručnog osoblja koje se nalazi u svakodnevnom radu s njima, ne može se „otkriti“, niti se može odgovoriti na postavljena pitanja bez izravne komunikacije s maloljetnim osuđenima koji se nalaze u tim uvjetima.

Kako bi saznala pravo stanje uvjeta smještaja u maloljetničkom zatvoru, autorica je za svoje istraživanje izradila ukupno devet tvrdnji koje se odnose na smještaj u maloljetničkom zatvoru i koje su bile ponuđene ispitanicima tijekom intervjua. Sudionici su na njih odgovarali potvrdno ili negativno ovisno o svojem doživljaju stvarnih uvjeta na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora.¹⁴² Za prvu tvrdnju, koja je glasila: „Uručeno mi je pisano objašnjenje o pravima i obvezama za vrijeme izdržavanja kazne zatvora te kućni red s dnevnim rasporedom“, može se zaključiti da su svi ispitanici (njih šestoro) odgovorili da im je prilikom zaprimanja u maloljetnički zatvor uručeno pisano objašnjenje o pravima i obvezama za vrijeme izdržavanja kazne zatvora te kućni red s dnevnim rasporedom.¹⁴³ U odnosu na drugu tvrdnju: „Omogućeno mi je obrazovanje, stručno osposobljavanje, sudjelovanje u tečajevima, uključivanje u rad humanitarnih organizacija“, samo polovica, dakle 50 % ispitanika, izjavila je da im je omogućeno obrazovanje, stručno osposobljavanje, sudjelovanje u tečajevima, uključivanje u rad humanitarnih organizacija, dok je druga polovica ispitanika dala negativan odgovor.¹⁴⁴ Treća tvrdnja: „Maloljetnički zatvor osigurava prostor i opremu za svrhovito korištenje slobodnog vremena (radionice, vježbaonice, knjižnica)“ u potpunosti je dobila potvrdno očitovanje od svih šestoro ispitanika. Dakle, u kontekstu prostora i opreme za svrhovito korištenje slobodnog vremena (radionice, vježbaonice, knjižnica) u maloljetničkom zatvoru svi su ispitanici bili zadovoljni, tako da je tvrdnja potvrđena u cijelosti 100 %.¹⁴⁵

¹⁴² Rezultati su dobiveni temeljem kvalitativne metode polustrukturiranog intervjua, koji načelno predstavlja kombinaciju otvorenih i zatvorenih pitanja. Proveden je 12. veljače 2018. u prostorijama Odjela maloljetničkog zatvora u Požegi. *Ibid.*, str. 236.

¹⁴³ U odnosu na dnevni raspored i aktivnosti koje obavljaju temeljem kućnog reda maloljetničkog zatvora od ustajanja do odlaska na spavanje, ispitanici su svi podjednako opisali jedan svoj dan u kaznionici. Suglasno su izjavili da taj dnevni raspored ovisi o tome ostvaruje li osuđenik u pogodnosti ili ne. Pogodnosti su skup mjera koje se mogu izreći maloljetniku koji aktivno sudjeluje i surađuje u provedbi programa izvršavanja i ponaša se u skladu s odredbama Kućnog reda. Tako postoje pogodnosti: 1) ublažavanje uvjeta unutar specijalizirane kaznionice za maloljetnike ili specijaliziranog odjela kaznionice, 2) češći dodiri s vanjskim svijetom. Prema dnevnom rasporedu osuđenici koji ostvaruju pogodnosti ustaju u 8 sati, nakon čega imaju doručak, koji traje pola sata, dakle do 8,30 sati, nakon čega pak doručak imaju oni koji ne ostvaruju pogodnosti. Nakon doručka svi se upućuju na rad u malu prostoriju koja se nalazi u Odjelu maloljetničkog zatvora pod nadzorom pravosudnih policajaca. Ondje obavljaju tzv. uslužnu djelatnost (pakiranje i sastavljanje matica i vijaka) sve do gableca. Gablec u 9,30 sati prvo imaju oni koji ne ostvaruju pogodnosti do 10 sati, a od 10 do 10.30 gablec imaju oni koji ostvaruju pogodnosti. Dok oni koji ostvaruju pogodnosti imaju pravo na šetnju, tj. izlazak van, od 11.30 do 12.30. sati, oni koji ih ne ostvaruju zaključani su u prostorijama, odnosno u svojim sobama. U 13 sati vrijeme je za ručak, s time da oni koji ne ostvaruju pogodnosti imaju ručak od 13 do 13.30 sati, a oni koji ih ostvaruju od 13.30 do 14 sati. Vrijeme je večere u 19 sati, s time da se ponovno ove dvije grupe izmjenjuju, tako da oni koji ne ostvaruju pogodnosti imaju večeru od 19 do 19.30 sati, a oni koji je ostvaruju od 19.30 do 20 sati. *Ibid.*, str. 237.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

Četvrta tvrdnja, koja glasi: "Prostorije u kojima boravim (spavaonica, zajednička prostorija ili drugo) i uvjeti u tim prostorijama odgovaraju zdravstvenim, higijenskim i prostornim zahtjevima te klimatskim uvjetima" jednako je potvrđena od strane svih ispitanika budući da su svi ispitanici konstatali potvrdno da prostorije u kojima borave (spavaonica, zajednička prostorija ili drugo) odgovaraju zdravstvenim, higijenskim i prostornim zahtjevima te klimatskim uvjetima, što potvrđuje četvrta tvrdnja iz tablice.¹⁴⁶ Petu tvrdnju: „Osigurano mi je rublje, odjeća, obuća i posteljina prikladna klimatskim uvjetima“ potvrdilo je samo petero ispitanika istraživanja, pri čemu su isti ispitanici izjavili da im je u zatvoru osigurano rublje, odjeća, obuća i posteljina koja je prikladna klimatskim uvjetima, osim jednog ispitanika, koji je izjavio da nije zadovoljan održavanjem osobne higijene budući da nedostaje WC papira i šampona.¹⁴⁷ Šesta tvrdnja: „Hrana je pripremljena i poslužena u tri obroka dnevno, a kvaliteta ili količina obroka zadovoljava prehrabene i zdravstvene potrebe“, potvrđena je u cijelosti 100 % jer su svi ispitanici izjavili da je pripremljena hrana poslužena u četiri obroka dnevno – doručak, galeb, ručak i večera, što u cijelosti zadovoljava njihove prehrabene i zdravstvene potrebe. Sedma tvrdnja: "Osigurano je pravo na posjet u maloljetničkom zatvoru", potvrđena je u odnosu na pet ispitanika, dok je utvrđeno da jednog ispitanika ne posjećuje nitko.¹⁴⁸ Glede osme tvrdnje: „Omogućen je dnevni boravak na zraku u trajanju od najmanje tri sata dnevno“, ispitanici su svi odgovorili potvrdno, dakle 100 %.¹⁴⁹ Deveta tvrdnja, koja glasi: „Nisu potrebne promjene kućnog reda“, u potpunosti je potvrđena od strane svih šestoro ispitanika.

Tablica 2. Prikaz tvrdnji sudionika intervjua iz aspekta smještaja u maloljetničkom zatvoru¹⁵⁰

TVRDNJE:	SUDIONICI INTERVJUA					
	1	2	3	4	5	6
1. Uručeno mi je pisano objašnjenje o pravima i obvezama za vrijeme izdržavanja kazne zatvora te kućni red s dnevnim rasporedom.	DA	DA	DA	DA	DA	DA
2. Omogućeno mi je obrazovanje, stručno osposobljavanje, sudjelovanje u tečajevima, uključivanje u rad humanitarnih organizacija.	NE	NE	NE	DA	DA	DA

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Predmetnu tablicu autorica je izradila na temelju pitanja iz intervjua te odgovora ispitanika.

3. Maloljetnički zatvor osigurava prostor i opremu za svrhovito korištenje slobodnog vremena (radionice, vježbaonice, knjižnica).	DA	DA	DA	DA	DA	DA
4. Prostorije u kojima boravim (spavaonica, zajednička prostorija ili drugo) i uvjeti u tim prostorijama odgovaraju zdravstvenim, higijenskim i prostornim zahtjevima te klimatskim uvjetima.	DA	DA	DA	DA	DA	DA
5. Osigurani su rublje, odjeća, obuća i posteljina prikladni klimatskim uvjetima.	DA	DA	DA	DA	DA	NE
6. Hrana je pripravljena i poslužena u tri obroka dnevno, a kvaliteta ili količina obroka zadovoljava prehrambene i zdravstvene potrebe.	DA	DA	DA	DA	DA	DA
7. Osigurano je pravo na posjet u maloljetničkom zatvoru.	DA	DA	DA	DA	DA	NE
8. Omogućen je dnevni boravak na zraku u trajanju od najmanje 3 sata.	DA	DA	DA	DA	DA	DA
9. Nisu potrebne promjene kućnog reda.	DA	DA	DA	DA	DA	DA

Na temelju dobivenih rezultata o tvrdnjama sudionika intervjua koje se odnose na aspekt smještaja u maloljetničkom zatvoru utvrđeno je da su sudionici intervjua na gotovo sve ponuđene tvrdnje odgovorili potvrdno, dakle u 90,7 % slučajeva, a što je prikazano u tablici 2. Navedene tvrdnje, koje zapravo predstavljaju glas maloljetnika koji se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora, imaju veliko značenje i velik doprinos u istraživanju o uvjetima smještaja u maloljetničkom zatvoru. Tvrdnje, odnosno podaci koje su dali ispitanici u svojim izjavama tijekom intervjua, otkrivaju najiskreniju i najvjerodostojniju sliku o tome u kakvim uvjetima oni doista žive i borave. Prilično začuđuju tvrdnje 50 % ispitanika da im nije omogućeno obrazovanje, stručno osposobljavanje, sudjelovanje u tečajevima ili uključivanje u rad humanitarnih organizacija. Činjenica da je u 50 % slučajeva izraženo nezadovoljstvo s tog aspekta nije zanemariva i zahtijeva stručnu pozornost, posebno ako uzmemo u obzir odredbu čl. 28. Konvencije o pravima djeteta, koja izričito govori o pravu na obrazovanje, a koje se odnosi i na postupanje s djecom kao počiniteljima kaznenog djela. U odnosu na petu i sedmu tvrdnju može se zaključiti da navedena blaga odstupanja u vidu jednog negativnog odgovora ispitanika ne dovode u sumnju da u tom kontekstu nisu zadovoljeni uvjeti za kvalitetan smještaj koji zadovoljava međunarodne standarde. Rezultati četvrte, pete i šeste tvrdnje ispitanika pokazuju da su uvjeti sukladni Havanskim pravilima. Havanskim

pravilima postavljeni su osnovni kriteriji za higijenu i zdravlje, osim toga, propisano je da čista pitka voda mora biti dostupna maloljetnicima u bilo koje vrijeme, da svaki maloljetnik treba imati čist krevet, da sanitarne instalacije trebaju imati dovoljno kapaciteta da budu u skladu s lokalnim i nacionalnim standardima. Osim toga, odjeća maloljetnika mora biti prilagođena klimi, ne smije biti ni na koji način degradirajuća ili ponižavajuća, a čemu je u slučaju maloljetničkog zatvora u Požegi udovoljeno.

5.3. Odnos zaposlenika i stručnog osoblja prema osuđenima na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora

Uz smještaj zatvorenika, koji predstavlja temeljni aspekt kroz koji se sagledava cjelokupna učinkovitost izvršavanja kazne maloljetničkog zatvora, cjelokupno ostvarenje preodgoja i resocijalizacije maloljetnika na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora moguće je jedino ukoliko je i odnos zaposlenika i stručnog osoblja pozitivan.¹⁵¹ Stoga je u pravu *Zećirović* kada smatra da rad sa zatvorenicima treba biti kvalitetan i imati točno određenu svrhu kako bi oni tijekom boravka u zatvoru postigli pozitivne promjene koje im omogućuju uspješno ponovno uključivanje u život na slobodi, u skladu sa zakonima i normama društva, te kako bi se mogućnost recidiva svela na najmanju moguću razinu.¹⁵² Takav tretman potrebno je primjenjivati prema svim maloljetnicima koji se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora, to više što se ne radi o odraslim osuđenima. Stoga se, osim istraživanja o uvjetima smještaja u maloljetničkom zatvoru, istraživanje odnosilo i na istraživanje odnosa sa zaposlenicima i stručnim osobljem u maloljetničkom zatvoru. U tom kontekstu ispitanicima su zadane dvije tvrdnje. Prva tvrdnja glasila je: „Stručno osoblje, odnosno zaposlenici kaznionice, rade na poboljšanju kvalitete odnosa i komunikacije“, s čim se složilo petero ispitanika, dok se jedan ispitanik nije složio.¹⁵³ Rad i odnos zaposlenika, odnosno službenika u kaznionici, tri ispitanika ocijenila su ocjenom vrlo dobro, dva ispitanika ocjenom zadovoljan sam, dok je jedan od njih ocijenio da se nedovoljno trude, što upućuje na nedostatak zdrave i kontinuirane komunikacije, povjerenja te odnosa odgajatelj – dijete.¹⁵⁴ U odnosu na drugu tvrdnju: „Na izdržavanju kazne zatvora doživio sam ili primijetio bilo koji oblik nedopuštenog ponašanja od strane djelatnika ili drugih osoba, ili ponižavajućeg ili grubog postupka, mučenja, trpljenja ili zlostavljanja“, trojica ispitanika izjavila su da nisu imala neugodnog iskustva, dok su

¹⁵¹ Naime, resocijalizacija bi trebala imati za cilj omogućiti svakom maloljetniku nakon odslužene kazne maloljetničkog zatvora ponovnu integraciju u širu društvenu zajednicu te ga učiniti funkcionalnom jedinkom unutar raznih socijalnih struktura i grupa. *Ibid.*, str. 240.

¹⁵² *Zećirović, E., Teorije pomaganja u penalnom sustavu*, Andragoški glasnik, 2013, 17 (1), str. 49–64.

¹⁵³ *Op.cit.* u bilj. 35, str. 241.

¹⁵⁴ U osmom pitanju sudionici intervjuja trebali su odgovoriti kako bi ocijenili rad i odnos zaposlenika, odnosno službenika u kaznionici, prema njima te odgovoriti na potpitanje: „Radi li stručno osoblje, odnosno zaposlenici kaznionice, na poboljšanju kvalitete odnosa i komunikacije prema vama koji izdržavate kaznu maloljetničkog zatvora?“ Kao ponuđeni odgovor na potpitanje trebali su navesti opisnu ocjenu: a) nedovoljno se trude, b) zadovoljan sam, c) vrlo dobro. *Ibid.*

dvojica ispitanika izjavila da su primijetila verbalno ponižavanje od strane osoblja, a jedan od njih od strane zatvorenika.¹⁵⁵

Tablica 3. Prikaz tvrdnji sudionika intervjua iz aspekta odnosa sa zaposlenicima i stručnim osobljem u maloljetničkom zatvoru¹⁵⁶

TVRDNJE	SUDIONICI INTERVJUA					
	1	2	3	4	5	6
1. Stručno osoblje, odnosno zaposlenici kaznionice, radi na poboljšanju kvalitete odnosa i komunikacije.	DA	DA	DA	DA	DA	NE
2. Na izdržavanju kazne zatvora doživio sam ili primijetio bilo koji oblik nedopuštenog ponašanja od strane djelatnika ili drugih osoba, ili ponižavajućeg ili grubog postupka, mučenja, trpljenja ili zlostavljanja.	NE	NE	NE	DA	DA	DA

Iz rezultata koji su prikazani u tablici 3 i koji se odnose na prvu tvrdnju može se primijetiti da gotovo 83 % ispitanika smatra da stručno osoblje, odnosno zaposlenici kaznionice, rade na poboljšanju kvalitete odnosa i komunikacije.¹⁵⁷ Druga tvrdnja iz tablice pokazuje da je polovica ispitanika, njih 50 %, prilikom izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora naišla na nedopuštena ponašanja od strane osoblja i zatvorenika, ali predmetne incidentne, odnosno događaje, ispitanici nisu bili voljni ispričati. Rezultati istraživanja pokazuju da postoji verbalno ponižavanje od strane zaposlenika, ali i između samih osuđenika koji se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ U tablici 3 prikazani su rezultati sudionika intervjua iz perspektive odnosa sa zaposlenicima i stručnim osobljem.

¹⁵⁷ U ovom kontekstu važno je napomenuti da sukladno čl. 56. ZISIM-a prema maloljetniku nije dopuštena primjena posebne mjere održavanja reda i sigurnosti – osamljenja, dok je primjena posebne mjere održavanja reda i sigurnosti odvajanja od ostalih maloljetnika dopuštena u trajanju do sedam dana.

¹⁵⁸ Tako su dvojica ispitanika izjavila da su primijetila verbalno ponižavanje od strane osoblja, a jedan od njih od strane zatvorenika. Prilikom intervjuiranja svi sudionici istraživanja bili su vrlo kooperativni i bili su spremni dati precizne i autentične podatke o sebi, bez navođenja osobnih podataka. Napokon su dobili priliku da s njima porazgovara netko tko nije iz sustava u kojem se oni nalaze, netko s kime mogu podijeliti svoja razmišljanja, probleme, strahove, želje. Većina maloljetnih počinitelja koje sam zatekla na izdržavanju kazne u maloljetničkom zatvoru boravi kratko vremensko razdoblje svojeg života, pri čemu se visina kazne svakog pojedinog zatvorenika kreće u vremenskom rasponu od 10 mjeseci do 4 godine. *Ibid.*, str. 243.

5.4. Postpenalni tretman

Analizom odredaba ZISIM-a koje se odnose na postpenalni tretman može se uočiti da u okviru navedenih odredaba postoji samo jedna odredba kojom je propisano što je sud dužan učiniti u slučaju otpuštanja maloljetnika kad mu je izrekao kaznu maloljetničkog zatvora.¹⁵⁹ Prema *Mejovšeku* kroz tretman se sa zatvorenicima radi na resocijalizaciji, modifikaciji ponašanja, razmišljanja i stavova, stjecanju i poboljšavanju raznih vještina koje su im potrebne nakon izlaska iz zatvora, razvoju pozitivnih obilježja ličnosti kako bi se stekli svi preduvjeti za uspješnu reintegraciju u zajednicu.¹⁶⁰ Gledajući u blisku budućnost svakog osuđenika koji se nalazi na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora, postpenalni tretman trebao bi predstavljati postupak preodgoja i resocijalizacije osoba koje su osuđene na izdržavanje zatvorske kazne kako bi se bolje snašle u okruženju na slobodi. U tom je smislu bilo potrebno, kao što je već bilo ranije spomenuto u ovome istraživanju, pažnju posvetiti istraživanju okolnostima izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora s perspektive postpenalnog tretmana. Tako je postavljena tvrdnja koja je glasila: „Razmišljao sam o povratku u svoju obitelj“, koja je zapravo odgovorila na pitanje jesu li ispitanici nakon izlaska iz maloljetničkog zatvora razmišljali o povratku u svoju obitelj.¹⁶¹ O povratku svojoj obitelji po izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora ispitanici su izjavili da se namjeravaju vratiti u obitelj, završiti školu, otići u Englesku, vratiti se u obitelj i osamostaliti se, vratiti se majci, upisati četvrtu godinu te završiti studij. Dakle, kod svih ispitanika postoji izražena želja za povratkom u obitelj.¹⁶² Iz neformalnog razgovora s voditeljicom tretmana odjela maloljetničkog zatvora te na temelju rezultata intervjua može se zaključiti da u tom dijelu postoji nedostatak tretmana kojima bi bili obuhvaćeni svi postupci koji su usmjereni prema maloljetnicima koji su zatečeni na izdržavanju.¹⁶³

¹⁵⁹ Prema čl. 16. ZISIM-a sud koji je maloljetniku izrekao kaznu maloljetničkog zatvora dužan je o otpuštanju maloljetnika izvijestiti nadležni centar za socijalnu skrb prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta maloljetnika. Već sam taj nedostatak zakonskih normi predstavlja znak da postpenalnom tretmanu u Hrvatskoj nije pridana pozornost koja bi trebala biti usmjerena na pripremu osuđenika za izlazak na slobodu.

¹⁶⁰ Penološki tretman i priprema zatvorenika za izlazak iz zatvora počinje već samim dolaskom u zatvor ili kaznionicu na izdržavanje kazne zatvora koju je odredio sud. *Mejovšek, M., Uvod u penološku psihologiju*. Naklada Slap, 2002, Jasterbarsko.

¹⁶¹ *Op. cit.* u bilj. 35, str. 244.

¹⁶² Deseto pitanje odnosilo se na vrijeme nakon izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora, konkretno na povratak svojoj obitelji po izdržavanju kazne. Osim o tom jesu li razmišljali o povratku u svoju obitelj, ispitanici su pitani što bi voljeli raditi u budućnosti. *Op.cit.* u bilj. 35, str. 245.

¹⁶³ Istraživanje je pokazalo da ih je potrebno što bolje uključiti u razne zanimljive aktivnosti tijekom boravka u maloljetničkom zatvoru, što će poslije biti korisno za njihov osobni rast i razvoj, ali i za izlazak na slobodu. Potrebno ih je uključivati u korisne, sustavne aktivnosti, u kojima će dati svoj doprinos i aktivirati se kako bi stekli dobit za sebe same, ali i za društvo, a ne pasivno ih držati zatvorene na način da rade dva sata dnevno posao koji ne zadovoljava njihove kompetencije, kako je to pokazalo istraživanje unutar maloljetničkog zatvora koji je dio cjelokupnog predmeta ovog istraživanja. *Ibid.*

Tablica 4. Prikaz tvrdnji sudionika intervjua o povratku u obitelj¹⁶⁴

TVRDNJA	SUDIONICI INTERVJUA					
	1	2	3	4	5	6
Razmišljao sam o povratku u svoju obitelj.	DA	DA	DA	DA	DA	DA

6. ZAKLJUČNO

Istraživanje provedeno u maloljetničkom zatvoru u Kaznionici u Požegi – Odjelu¹⁶⁵ maloljetničkog zatvora u cilju utvrđivanja stvarnih uvjeta života na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora pokazalo je da smještaj u maloljetničkom zatvoru udovoljava međunarodnim standardima te da su njime zadovoljni i sami ispitanici intervjua. Time je zaključeno da je postavljena hipoteza (H): *Stvarni uvjeti na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora u skladu su s međunarodnim dokumentima* u cijelosti potvrđena. Međutim, provedenim istraživanjem u hrvatskom maloljetničkom zatvoru s aspekta uvjeta života utvrđeni su različiti problemi, koje su već i prije uočile *Radić i Lončarević* prema njima dostupnim podacima navodeći da su prostorni i kadrovski uvjeti kaznionice jedva zadovoljavajući.¹⁶⁶ Problematika se konkretno odnosi na neadekvatan prostor za rad te neadekvatne objekte za izvođenje sportskih sadržaja (muška teretana), nedovoljno opremljene i skućene spavaonice, nezadovoljavajući odnos zaposlenika i stručnih osoba prema maloljetnicima koji se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora, uočenu verbalnu i ponižavajuću komunikaciju od strane osoblja, ali i pojedinih zaposlenika, nedovoljnu brigu o povratku na slobodu, nepostojeći postpenalni tretman i neadekvatnu psihološku pomoć. Na temelju zatečenog stanja u Kaznionici u Požegi uočeno je da je sada najveći problem u nedostatku stručnog osoblja i nedovoljno organiziranom i neusklađenom sadržaju dnevnih aktivnosti i rada, kojim bi trebali biti zaokupljeni svi maloljetnici koji se nalaze na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora. Budući da izdržavanje kazne maloljetničkog zatvora samo po sebi predstavlja lišenje slobode te separaciju od njegove postojeće obitelji, takvo lišenje slobode trebalo bi gledati kroz

¹⁶⁴ Tablica 4 prikazuje rezultate dobivene na temelju izjava sudionika intervjua koji se odnose na postpenalni tretman.

¹⁶⁵ Istraživanje u maloljetničkom zatvoru u Požegi provedeno je sukladno suglasnosti Ministarstva pravosuđa, Uprave za zatvorski sustav i probaciju, Središnjeg sustava, klasa: 053-01/17-01/554, urbroj: 514-08-01-04-01-18-04 od 23. siječnja 2018., pri čemu je predmetni intervju obuhvatio pitanja koja su se nalazila u prilogu navedene suglasnosti, a na čije je odobrenje autorica dobila suglasnost od nadležne Uprave za zatvorski sustav. Za provedbu navedenog istraživanja odobrena je i suglasnost i od strane Etičkog povjerenstva Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 15. prosinca 2017.

¹⁶⁶ Radić, I., *op. cit.* u bilj. 18, str. 109. Vidi i: Lončarević, J., *Kazna maloljetničkog zatvora*, magistarski rad, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2003, str. 120–130.

prizmu „osamostaljenja od obitelji“ te maloljetnički zatvor reorganizirati kao ustanovu koja bi služila kao institucija internata, naravno, i dalje pod okriljem zatvorskog sustava. Maloljetnički zatvor trebalo bi koncipirati da služi „izgradnji karaktera“, osamostaljenju od obitelji, jačanju individualnih sposobnosti, pri čemu je potrebno maloljetnim počiniteljima pružiti odgovarajuću zdravstvenu skrb, tjelesne i obrazovne potrebe. Na kraju valja naglasiti da je za uspješnu rehabilitaciju i socijalnu integraciju svakog maloljetnika koji se nalazi na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora potreban pozitivan odnos zaposlenika i stručnog osoblja, koji se nakon provedenog istraživanja pokazao nedostatnim i neprimjerenim. Istraživanje o postpenalnom tretmanu pokazalo je da on zapravo i ne postoji u pravom smislu riječi budući da maloljetnicima na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora nije organizirana takva vrsta tretmana kojom bi se pripremali za izlazak na slobodu.

SUMMARY

The Right to Appropriate Accommodation in Juvenile Prison in the Republic of Croatia

Juvenile imprisonment is the most severe punishment among juvenile sanctions that can be imposed on juvenile offenders, according to the provisions of the Juvenile Courts Act and it raises many issues, especially the protection of children's rights, because it is a punishment of imprisonment, which greatly restricts human rights, and thus the rights of the child, i.e., juvenile offenders. However, so far in Croatia, none of the authors who have dealt with juvenile delinquency from the position of criminal law has conducted a comprehensive and systematic study on the living conditions of juveniles in juvenile prison to determine whether the rights of juvenile offenders are sufficiently respected. The basic framework of the work focuses on in-depth research of the actual conditions faced by juvenile offenders while serving a sentence of juvenile imprisonment, a comparison of this treatment with international standards, and an elaboration of the issues arising from the application of the most severe juvenile sanctions. The research was conducted in the Juvenile Prison in Požega - Department of Juvenile Prison with the interview as the research method through illustrative research of the attitudes of juveniles who were caught serving juvenile imprisonment, all in order to determine the real living conditions while serving juvenile imprisonment.

Consequently, Hypothesis (H) was set: The actual conditions for serving a sentence of juvenile imprisonment are in accordance with international documents. The paper also presents a comparative legal overview of serving a sentence of juvenile imprisonment in the world, and offers some solutions in terms of improving the conditions of accommodation in juvenile prison. The results of the research show that the actual conditions of serving a juvenile prison sentence are in accordance with international documents, with the *stricto sensu* aspect of juvenile detention being the only legally relevant aspect to test this hypothesis. The other two aspects (the juvenile relationship and the aspect of post-penal treatment) were of a concomitant nature in obtaining a unique and overall impression of the perception of serving the sentence of a juvenile request.

Keywords: juvenile offenders, juvenile prison, Juvenile Courts Act, living conditions in juvenile prisons

Marina Zagorec, PhD, Head of the Department for Housing Affairs and the Status of Exiles, Refugees and Returnees, City of Zagreb, City Office for Property and Legal Affairs, Sector for Administrative and Legal Affairs

PROBLEMI I DILEME MALIH OPĆINA U HRVATSKOJ: STUDIJA SLUČAJA OPĆINA NOVO VIRJE, FERDINANDOVAC I MOLVE

Prethodno znanstveno priopćenje

UDK 336.14:352(497.5)

352.07(497.5)

352:342.571(497.5)

Primljeno: 15. studenog 2023.

Dr. sc. Mariza Menger*

Iva Mađerek**

Rad se bavi institucionalnim položajem malih općina u okviru lokalne i regionalne samouprave Republike Hrvatske. Metodološki je rad koncipiran kao studija slučaja na temelju podataka prikupljenih u tri općine smještene u sjevernom dijelu Hrvatske u Koprivničko-križevačkoj županiji: Novo Virje, Ferdinandovac i Molve. Obradene općine predstavljaju zapravo tipične hrvatske općine: radi se o malim općinama s manje od 2000 stanovnika, suočene su s problemima ekonomsko-financijskog kapaciteta i depopulacije te su ovisne o pomoći središnje države. Uz to, problematizira se demokratizacijski potencijal malih općina. Zaključuje se da ne vrijedi teza o povezanosti veličine i demokratizacije u lokalnom upravljanju jer demokratizacijski potencijal u pitanje dovodi slaba participacija građana i općenito malo oblika sudjelovanja građana u lokalnom upravljanju te oligarhijske tendencije u lokalnom vodstvu.

Ključne riječi: lokalna samouprava, reforma, male općine, studija slučaja, Novo Virje, Ferdinandovac, Molve

1. UVOD

Institucionalno uređenje lokalne i regionalne samouprave bitno je za svaku političku zajednicu jer se u okviru lokalnih institucija, na razini općina, gradova i regija, odlučuje o pitanjima koja su važna za svakodnevni život građana. Sustav lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj na stalnoj je meti kritičara. Gotovo se svakodnevno govori i piše o njegovoj neracionalnosti i neučinkovitosti. Kao jedan od ključnih problema navodi se pretjerana teritorijalna fragmentacija. Naime, teritorij Republike Hrvatske podijeljen je na 428 općina, 128 gradova i 21 županiju. Zagreb kao glavni grad ima poseban, dvostruki status grada i županije. Usporedbe radi, u socijalističkom razdoblju, tijekom sedamdesetih i osamdesetih godina, bilo je 10 zajednica općina i između 102 i 114 općina. Broj općina varirao je ovisno o tome je li područje Grada Zagreba bilo jedna administrativna cjelina ili podijeljeno na općine. Uzme li se u obzir da je Hrvatska od zadnjeg popisa stanovništva

* Docentica na Katedri za upravnu znanost, Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet

** Tajnica Osnovne škole Molve

2011. godine „izgubila“ više od 400 000 stanovnika, gotovo 10 % ukupne populacije, problem postaje još izraženiji, a rok za reformu „jučer“.

Posljednja je mjera vlade, koja nastoji doskočiti ovom problemu, poticanje dobrovoljnog spajanja lokalnih jedinica. Naime, u Nacionalnom planu oporavka i otpornosti 2021.–2026. kao jedan od ciljeva navodi se uspostavljanje kvalitetnog i učinkovitog sustava lokalne samouprave.¹ Mjera kojom bi se to trebalo ostvariti jest poticanje stvarnog i funkcionalnog spajanja općina i gradova. Vlada je u srpnju 2022. donijela odluku o financijskim poticajima za spajanje, odnosno zajedničko obavljanje poslova iz samoupravne domene.² Ministarstvo financija, koje je zaduženo za provedbu mjere, objavilo je javni poziv u rujnu 2022.³ U državnom proračunu za 2022. godinu planirana su poticajna sredstva u iznosu od 100 milijuna kuna. Međutim, pozivu se odazvalo tek 20 općina i 3 grada. Pritom nije primljen nijedan zahtjev za stvarno spajanje lokalnih jedinica. Većina zahtjeva odnosi se na dobrovoljno funkcionalno spajanje putem zajedničkog službenika.⁴

Jedan od ključnih problema malih općina u Hrvatskoj jest to što „troše“ više nego što „zarade“. Niz općina vlastitim prihodima ne može financirati, a često ni pronaći, vlastiti službenički kadar, a kamoli ulagati u razvojne projekte, komunalnu infrastrukturu i sl. Da neke općine imaju problema s pokrivanjem samo rashoda za zaposlene, pokazuje primjer Općine Civljane. Za 2009. godinu ukupni prihodi navedene Općine bez pomoći države iznosili su 1266 kuna po stanovniku, a rashodi za zaposlene bili su 4211 kuna po stanovniku.⁵ Dakle, Općina samostalno nije uspjela financirati ni polovicu rashoda za zaposlene, a kamoli javne usluge.

Stoga u prilog velikih osnovnih jedinica idu prije svega ekonomsko-financijski razlozi. Iako male općine imaju neke prednosti, danas su izraženiji veći nedostaci teritorijalne podjele na male općine. Siromašne općine nisu u mogućnosti racionalno i ekonomično organizirati javne službe. Tome u prilog govori i trend okrupnjivanja općina u drugoj polovini dvadesetog stoljeća u većini europskih zemalja. Švedska je prva počela sa smanjivanjem broja svojih općina. Godine 1952. imala je 2500 komuna, a 1969. godine broj komuna sveden je na svega 278. Broj stanovnika po općini od 1940. do 1974. godine popeo se s 2800 stanovnika na gotovo 30 000 stanovnika. U Danskoj je 1958. godine bilo

¹Nacionalni plan oporavka i otpornosti 2021.–2026., <https://planoporavka.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Plan%20oporavka%20i%20otpornosti%20%20srpanj%202021..pdf?vel=13435491>, str. 525, pristup: 24. 3. 2023.

² Odluka o kriterijima za dodjelu pomoći na ime poticaja za dobrovoljno funkcionalno odnosno stvarno spajanje jedinica lokalne samouprave, NN 88/2022.

³ Javni poziv za dodjelu pomoći na ime poticaja za dobrovoljno funkcionalno odnosno stvarno spajanje jedinica lokalne samouprave, <https://mfin.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/drzavnariznica/ZajmoviJLPRS/Javni%20poziv%20za%20dodjelu%20pomo%20C4%87i%20na%20ime%20poticaja%20za%20dobrovoljno%20funkcionalno%20odnosno%20stvarno%20spajanje%20jedinica%20lokalne%20samouprave.pdf>, pristup: 24. 3. 2023.

⁴ Tportal, <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/poznato-je-koje-su-opcine-i-gradovi-iskazali-interes-za-funkcionalno-spajanje-20221212>, pristup: 24. 3. 2023.

⁵ Jurlina Alibegović, Dubravka *et al.*, Analitičke podloge za učinkovitu decentralizaciju u Hrvatskoj: Projektna studija, Ekonomski institut, Zagreb, 2010, str. 121.

1387 općina, a do 1970. dolazi do drastičnog smanjenja broja općina na 275. Belgija 1928. godine broji 2675 općina, a 1975. ima 589 općina. Grčka, Gruzija, Latvija, Danska, Island i Irska smanjile su broj lokalnih jedinica za između 60 % i 90 %. Velik broj malih općina zadržale su samo Francuska i Švicarska. Hrvatska je, uz Sloveniju, Češku i Makedoniju, išla u suprotnom smjeru od većine zemalja europskog zapada i znatno je povećala broj svojih jedinica u posljednjih 25 godina.⁶ Od devedesetih godina Hrvatska je upeterostručila broj osnovnih jedinica, a udvostručila broj jedinica drugog stupnja. Dakle, zaključak je „malo je lijepo, ali veće je bolje“.

Ovaj rad bavi se dilemama i problemima malih općina u Republici Hrvatskoj na primjeru triju općina đurđevačke Podravine: Novo Virje, Ferdinandovac i Molve. Sve tri općine imaju manje od 2000 stanovnika i jednostavnu upravnu strukturu. Cilj je rada pokazati na koji način funkcionira tipična mala općina u Republici Hrvatskoj. Polazeći od perspektive pojedinačne općine, nastoje se formulirati zaključci koji vrijede općenito za lokalnu samoupravu u Hrvatskoj. U tom smislu rad nastoji pridonijeti aktualnoj diskusiji o potrebi teritorijalne reorganizacije države.

2. PROBLEM VELIČINE OSNOVNE LOKALNE JEDINICE

Jedna od dilema koje se postavljaju pred zakonodavca prilikom određivanja teritorijalne osnove lokalne samouprave jest ona o veličini osnovne lokalne jedinice, izražena najčešće u broju stanovnika. Dilema se sastoji u sljedećem pitanju: bi li sustav bilo bolje organizirati polazeći od većeg broja manjih ili manjeg broja većih lokalnih jedinica? Kompromisno rješenje, pronalaženje neke idealne srednje veličine osnovne lokalne jedinice, ako je to uopće tehnički moguće, jer se najčešće određuje samo donja granica veličine lokalne jedinice, može biti problematično jer se na taj način kumuliraju negativni aspekti oba rješenja.⁷

Osnovni argumenti u prilog velikih osnovnih lokalnih jedinica jesu ekonomsko-financijske naravi. Ne samo što će se u većoj lokalnoj jedinici moći prikupiti veća količina financijskih sredstava u apsolutnom iznosu s obzirom na veći broj poreznih obveznika već će biti moguće i postići veće uštede u personalnim i drugim izdacima i veću racionalnost organizacije. Primjerice, plaća i troškovi jednog općinskog načelnika u većoj općini vjerojatno će biti manji od ukupnih izdataka za načelnike pet manjih općina koje bi se mogle formirati na tom istom području.⁸ Daljnji je aspekt ekonomsko-financijskog kapaciteta općina tzv. zakon ekonomije razmjera ili skale (engl. *economy of scale*). Radi se o pretpostavci da će s povećanjem veličine lokalne jedinice padati troškovi „proizvodnje“ javnih usluga. S obzirom na to da veće jedinice opslužuju veći broj korisnika, ostvaruju se niži fiksni troškovi po stanovniku. Troškovi proizvodnje poprimaju oblik krivulje „U“:

⁶ Ladner, A., Keuffer, N., Baldersheim, H., Hlepas, N., Swianiewicz, P., Steyvers, K., Navarro, C., *Patterns of Local Autonomy in Europe*, Palgrave Macmillan, 2019, str. 38.

⁷ Ivanišević, S., *Teritorijalna osnova lokalne samouprave*, u: Koprić, Ivan (ur.), *Javna uprava: nastavni materijali*, Zagreb, Društveno veleučilište Zagreb i Pravni fakultet Zagreb, 2006, str. 215.

⁸ *Ibid.*, str. 216.

male će jedinice imati visoke troškove po jedinici proizvoda, troškovi zatim padaju s povećanjem jedinice sve do određene veličine, kada se ponovno povećavaju.⁹

Naravno, financijski kapacitet lokalnih jedinica ovisi i o stupnju ekonomske razvijenosti lokalne jedinice. Što je lokalna jedinica ekonomski snažnija, njezina privreda razvijenija, lokalni će budžet biti veći i više će se sredstava moći izdvojiti za lokalne potrebe.¹⁰ Stoga je teoretski moguće imati vrlo male, a financijski zdrave, pa čak i bogate općine. Ali s obzirom na to da je organizacijsku strukturu relativno lako mijenjati ako za to postoji politička volja, u svakom slučaju puno lakše nego poticati rast gospodarstva u općinama, u praksi se pribjegava rješenju s povećanjem teritorija/stanovnika lokalne jedinice kako bi ih se učinilo financijski bogatijima, a time i samostalnijima. Naime, u financiranju svojih rashoda lokalne bi jedinice trebale što manje ovisiti o financijskoj pomoći države. Nije sporno da će država u slučaju financijske pomoći tražiti uvid u to na što se i kako ta sredstva troše. Dakle, što je državna financijska pomoć veća, to će faktična financijska, a potencijalno i politička samostalnost lokalnih jedinica biti manja.¹¹ Daljnja je prednost velikih lokalnih jedinica veći izbor kadrova za lokalne vodeće funkcije. To znači potencijalno kvalitetnije ljude u upravi, ali i više konkurencije za vodeće političke položaje, što znači da se lakše ostvaruje zahtjev za demokratskom smjenjivošću lokalne vlasti.¹²

S druge strane, osnovni argument u prilog formiranju manjih osnovnih lokalnih jedinica jest njihov demokratizacijski potencijal. Tu se može lakše i jednostavnije organizirati sudjelovanje građana u lokalnom upravljanju te omogućuju uspostavu oblika neposrednog odlučivanja građana, poput zborova ili skupština građana, u kojima sudjeluju svi s političkim pravima. Uz to, čak i mimo oblika neposredne demokracije, prosječni stvarni utjecaj građanina na upravljanje lokalnim poslovima veći je u manjim općinama nego u većim lokalnim jedinicama. Odnosno, koristeći se Ivaniševićem primjerom, „šansa da prosječni stanovnik milijunskog grada iskoristi svoje pasivno biračko pravo i bude izabran za člana lokalnog vijeća neusporedivo je manja od izgleda da to postigne birač u mjestu koje broji tisuću stanovnika“.¹³ U prilog demokratizacijskom potencijalu malih općina ide i činjenica da su u pravilu odnosi između lokalne vlasti i građana izravniji i transparentniji, pa će biti lakše organizirati neposrednu akciju građana. Istovremeno je politička kontrola nad lokalnim upravnim aparatom lakša jer je on razmjerno mali i jednostavan te „bliži“ građanima. Male općine imaju veći potencijal postati tzv. „školom demokracije“, tek se u malim jedinicama građani mogu naviknuti na preuzimanje odgovornosti za rješavanje javnih problema te naučiti upravljati javnim poslovima.¹⁴

⁹ Jambrač, Josip, Lokalna samouprava u Hrvatskoj: veličina i ekonomska skala, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 37, br. 2, 2016, str. 983–984.

¹⁰ Ivanišević, S., *op. cit.*, u bilj. 6, str. 205.

¹¹ *Loc. cit.*

¹² *Ibid.*, str. 216.

¹³ *Ibid.*, str. 206.

¹⁴ *Ibid.*, str. 217.

Druga je prednost malih općina što su službe u načelu dostupnije korisnicima. Blizina i pristupačnost lokalnih službi korisnicima, građanima, pretpostavka je ne samo uspjeha lokalnih jedinica već i njihova postojanja. Velike lokalne jedinice zapravo udaljavaju službe od vitalnih kontakata s korisnicima i koncentriraju se često u dalekim centrima.¹⁵ Naime, pod uvjetom približno jednake gustoće naseljenosti, sjedišta organizacija službi manje su prostorno udaljena u malim nego u velikim općinama. Doduše, to vrijedi samo za teritorijalno, ne nužno i za populacijski male općine. Također, s obzirom na to da su u malim općinama odnosi između građana i službenika neposredniji i osobniji, u ponašanju službenika bit će manje arogancije, emocionalne hladnoće i nadmenosti. Međutim, to istovremeno može dovesti do pretjerane familijarnosti u odnosima, što za posljedicu može imati nepoštivanje zakona, propisa i stručnih standarda u obavljanju službe.¹⁶

S tim u vezi ozbiljan je nedostatak malih osnovnih lokalnih jedinica korupcija i nepotizam. Nerijetka je situacija u malim mjestima da su na vlasti godinama, iz mandata u mandat, isti ljudi. Odnosno, vodeće poslove u malim općinama dugi niz godina obnašaju isti ljudi. Stanovništvo se tu često vodi tezama „poznato je dobro“ i „ne treba ništa mijenjati.“¹⁷ Ali osim toga problem je nedostatak političke konkurencije. Građani u malim općinama često nemaju izbora osim glasati ili ne glasati za jedinog kandidata. Primjerice, kandidat HDZ-a na lokalnim izborima 16. 5. 2021. u čak 44 općine nije imao protukandidata, a vjerojatnost pojave korupcije izraženija je u onim sredinama gdje postoji jednostranački politički sistem.¹⁸ U svakom slučaju, takva situacija ozbiljno dovodi u pitanje demokratizacijski potencijal malih lokalnih jedinica. Uz to, one nisu u mogućnosti ponuditi prihvatljive uvjete rada kompetentnim stručnjacima. Stoga lokalna samouprava često zapošljava kadrove koji nemaju odgovarajuću stručnu spremu ni iskustvo, čime se smanjuje kvaliteta obavljanja poslova i pospješuje širenje neetičnog ponašanja.¹⁹ Konačno, ekonomsko-financijski kapacitet malih lokalnih jedinica često je toliko slab da nisu u stanju organizirati niz vitalnih službi. Ti se poslovi onda moraju povjeriti lokalnim jedinicama drugog stupnja, ili se pak organiziraju uz financijsku pomoć države, što onda dovodi u pitanje njihovu autonomiju, a u konačnici i *ratio* njihova postojanja.²⁰

Vodeći računa o navedenim prednostima i nedostacima velikih, odnosno malih općina, niz je domaćih stručnjaka iznio prijedloge o poželjnoj teritorijalnoj organizaciji Hrvatske. Prema Kopriću, osnovnu razinu lokalne samouprave u Hrvatskoj trebalo bi reorganizirati na način da se formira između 90 i 120 urbanih centara, koji će biti oslonac nove teritorijalne strukture. Ti bi centri bili različite veličine, značenja i gravitacijske snage. Posebne bi se organizacijske varijante trebale pripremiti za manje otoke, rijetko naseljene dijelove Like i Gorskog kotara, demografski ugrožena područja koja su bila zahvaćena

¹⁵ Pavić, Željko, Veličina lokalnih jedinica, u: Koprić, Ivan (ur.), *Javna uprava: Nastavni materijali*, Zagreb, Društveno veleučilište Zagreb i Pravni fakultet Zagreb, 2006, str. 225.

¹⁶ Ivanišević, S., *op. cit.* u bilj. 6, str. 217.

¹⁷ Jambrač, J., *op. cit.* u bilj. 6, str. 985.

¹⁸ Blažević, R., Je li korupcija naša sudbina?, u: Gardašević, Đ., Gotovac, V., Zrinščak, S. (ur.), *Pravo i društvo: Liber amicorum Josip Kregar*, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022, str. 596.

¹⁹ Ivanišević, *op. cit.* u bilj. 6, str. 218.

²⁰ *Ibid.*, str. 217–218.

ratom te za gradove s više od 60 000 stanovnika. Ideja je kvalitetna policentrična struktura.²¹

Slično predlažu Toskić i Njegač. Pri formiranju mreže lokalnih jedinica trebalo bi krenuti od funkcionalno najvažnijih naselja i njihovih gravitacijskih područja. U tom smislu oni su identificirali 123 osnovne lokalne jedinice, kojima bi se moglo priključiti još devet jačih centara rada i 14 manjih centara rada u rjeđe naseljenim krajevima i udaljenim otocima. Jači su centri rada ona naselja koja iz okolice u obliku dnevnih migranata primaju više od 500 radnika (Goričani, Novi Marof, Hum na Sutli, Pregrada, Klanjec, Ozalj, Buzet, Omišalj i Rab). Manji su centri rada rješenje za područja koja karakterizira „izrazita ruralna periferija bez funkcionalno jačih naselja“.²² Feletar i Feletar, polazeći od geografske perspektive, predlažu 95 gradova i 124 općine kao buduće osnovne lokalne jedinice.²³ Blažević smatra kako je sadašnji broj općina i gradova potrebno reducirati na najviše 150 osnovnih lokalnih jedinica. Male lokalne jedinice mogu opstati ako su u stanju samofinancirati se.²⁴

Buljan, Deskar-Škrabić i Švaljek smatraju da bi idealna općina u Hrvatskoj trebala imati 3744 stanovnika, a gradovi 15 139 stanovnika. Doduše, pri razmatranju nove teritorijalne organizacije u obzir uzimaju isključivo ekonomski kriterij. To znači da 76 % općina, njih 326 od 428, ima manje stanovnika od ekonomski optimalnog broja. Odnosno, 72 % gradova ima manju populaciju od ekonomski optimalne, njih 92 od ukupno 127.²⁵ Uzimajući u obzir te prijedloge, teško da bi ijedna od tri općine koje su predmet ovog empirijskog istraživanja pronašla svoje mjesto u ovom obliku u nekoj idealnoj budućoj teritorijalnoj podjeli Hrvatske.

3. OBILJEŽJA SUSTAVA LOKALNE SAMOUPRAVE U HRVATSKOJ

Lokalnu samoupravu u Hrvatskoj obilježavaju sljedeći elementi. Prvo, fragmentiranost sustava s obzirom na broj i vrste lokalnih jedinica, odnosno velik broj malih lokalnih jedinica. To je posljedica reforme iz 1993. godine. Hrvatska ima ukupno 556 lokalnih jedinica, među kojima je 428 općina i 128 gradova. Zagreb kao glavni grad ima poseban, dvostruki status grada i županije. Čak 55 općina ima manje od 1000 stanovnika. Tu su i mjesta poput Ribnika s 362 stanovnika, Kijeva s 272 stanovnika ili Zadvarja s 289

²¹ Koprić, I., Teritorijalna organizacija Hrvatske: Prema novom uređenju, u: Barbić, J. (ur.), *Nova upravno-teritorijalna organizacija Hrvatske, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti*, Zagreb, 2015, str. 36.

²² Toskić, A., Njegač, D., Urbani sustav kao osnova nove upravno-teritorijalne podjele Hrvatske, u: Barbić, J. (ur.), *Nova upravno-teritorijalna organizacija Hrvatske, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti*, Zagreb, 2015, str. 56–60.

²³ Feletar, P., Feletar, D., Učinkovit teritorijalni ustroj Hrvatske – Geografski pristup, u: Jurlina Alibegović, D., Markić Boban, A., Barbić, T. (ur.), *Prilika ili prijetnja? Reforma lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj*, Hanns-Seidel-Stiftung i Ekonomski institut, Zagreb, 2022, str. 73.

²⁴ Blažević, R., Upravna znanost, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2021, str. 282.

²⁵ Buljan, A., Deskar-Škrabić, M., Švaljek, S., In search of an optimal size for local government: An assessment of economies of scale in local government in Croatia, Working Papers W-62, Hrvatska narodna banka, Zagreb, 2021, str. 23, <https://www.hnb.hr/documents/20182/3920294/w-062.pdf>, pristup: 6. 11. 2023.

stanovnika. U još dodatnih 146 općina živi manje od 2000 stanovnika.²⁶ Unutar kategorije gradova 2005. godine uvedeno je razlikovanje između „običnih“ i tzv. velikih gradova. Potonji je status dodijeljen onim gradovima koji imaju više od 35 000 stanovnika, a ovlasti su im izjednačene sa županijama.²⁷ Međutim, više od polovine gradova, njih 70, ima manje od 10 000 stanovnika. Među njima su i mjesta s manje od 3000 stanovnika, poput Cresa, Klanjca, Nina, Opuzena, Starog Grada, a ima i gradova s manje od 2000 stanovnika, npr. Hrvatska Kostajnica, Komiža, Vis i Vrlika.²⁸ Na drugom stupnju djeluje 20 županija. Zagreb ima dvostruki status grada i županije.

Drugo, centralizirani političko-upravni sistem. Decentralizacija, koja je započela 2000. godine ustavnim promjenama, a onda i donošenjem novoga zakonodavstva 2001. godine, ostala je zapravo neuspješna.²⁹ Reforma je zahvatila četiri upravna područja: obrazovanje, zdravstvo, socijalnu skrb i vatrogastvo. Prema rezultatima istraživanja iz 2018. 96 % ukupnog broja jedinica lokalne i područne samouprave nije preuzelo decentralizirane funkcije.³⁰ Uz to, problem su i nejasno raspodijeljene ovlasti između razina vlasti. U djelokrug općina i gradova ulaze poslovi lokalnog značenja, kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a koji nisu Ustavom ili zakonom dodijeljeni drugim državnim tijelima. To su osobito sljedeći poslovi: uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalno gospodarstvo, briga o djeci, socijalna skrb, primarna zdravstvena zaštita, odgoj i obrazovanje, kultura, tjelesna kultura i šport, zaštita potrošača, zaštita i unaprjeđenje prirodnog okoliša, protupožarna i civilna zaštita, promet na svojem području i ostali poslovi sukladno posebnim zakonima.³¹ Županije obavljaju poslove od regionalnog značaja, osobito poslove koji se odnose na obrazovanje, zdravstvo, prostorno i urbanističko planiranje, gospodarski razvoj, promet i prometnu

²⁶ Državni zavod za statistiku, Kontingent stanovništva po gradovima/općinama, Popis 2021., <https://podaci.dzs.hr/hr/podaci/stanovnistvo/popis-stanovnistva/>, pristup: 9. 11. 2023.

²⁷ To su sljedeći gradovi: Bjelovar (36 316), Dubrovnik (41 526), Karlovac (49 377), Kaštela (37 794), Osijek (96 313), Pula (52 220), Rijeka (107 964), Samobor (37 435), Sisak (40 121), Slavonski Brod (49 891), Split (160 577), Šibenik (42 599), Varaždin (43 782), Velika Gorica (61 075), Zadar (70 779), Zagreb (767 131). Prema novom popisu stanovništva iz 2021. iz popisa velikih gradova ispali su Vinkovci. Državni zavod za statistiku, Kontingent stanovništva po gradovima/općinama, Popis 2021., <https://podaci.dzs.hr/hr/podaci/stanovnistvo/popis-stanovnistva/>, pristup: 9. 11. 2023.

²⁸ Državni zavod za statistiku, Kontingent stanovništva po gradovima/općinama, Popis 2021., <https://podaci.dzs.hr/hr/podaci/stanovnistvo/popis-stanovnistva/>, pristup: 9. 11. 2023.

²⁹ Petak, Z., Politics of Decentralization Policy: Explaining the Limited Success of the Croatian Case after 2001., *Politička Misao: Croatian Political Science Review*, vol. 48, br. 5, 2011, 72–84, str. 72.

³⁰ Đulabić, V., Lokalna samouprava i decentralizacija u Hrvatskoj: Rezultati istraživanja i preporuka za poboljšanje politike decentralizacije, 2018, str. 16, https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57462900/VDulabic-Lokalna-samouprava-i-decentralizacija-libre.pdf?1538121396=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLokalna_samouprava_i_decentralizacija_u.pdf&Expires=1681402396&Signature=I-Fq2ZdGDwfxSYPcKbn8wFmnWweO7GuBkTo-tM00Qap9YIRC8dT0jtLldq8pL065Py-fATV0NYJJ8DFUyKUjnKdpG4nHmh3iBullcjxiGXeUMTtQbENV14-kqdtNnY71Fr~36ygw~T8glYuzRFZ3Mgtuf6kUQ~i-XPmZhvko1vbuRCmn9lvs5IY-23vvIR5amQ5XISQRtSra-uPW78m68bSve8YKc-QA7uc-prxU-nXhkwUftQDMIH8sR10XQiw0xBn5jTEt0HGRI2ARIP50b5icd762pu6RvTpbkFrYG93x79T~i4gEErldbNYXrjiXdqalVS4VHCstRx5oQkMAjQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA, pristup: 24. 3. 2023.

³¹ Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, čl. 19., NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17, 98/19, 144/20.

infrastrukturu, održavanje javnih cesta, planiranje i razvoj mreže obrazovnih, zdravstvenih, socijalnih i kulturnih ustanova, izdavanje građevinskih i lokacijskih dozvola, drugih akata vezanih uz gradnju te provedbu dokumenata prostornog uređenja za područje županije izvan područja velikoga grada te ostale poslove sukladno posebnim zakonima.³² Međutim, svako od tih područja posebno je regulirano te niz ovlasti pripada i centralnoj razini. Pritom nije jasno za koje je konkretne poslove zadužena koja razina vlasti i čija je odgovornost za neuspjeh. Uslijed ekonomske krize iz 2008. godine došlo je do obrnutog razvoja i ponovne centralizacije. Centralna je država znatno ojačala svoj položaj i ulogu kada je riječ o zdravstvu i vodoopskrbi.³³ Kada je u pitanju financiranje, izvori su financiranja skromni. Gotovo 2/3 prihoda zajednički su prihodi, dijele se između države i lokanih jedinica, i transfera iz centralnog budžeta. Posebno su problematične županije: 42 % njihova budžeta čine transferi od strane centralne razine.³⁴ Istovremeno županije imaju snažan utjecaj na jedinice niže razine. Oduprijeti im se mogu samo veći, a onda i financijski snažniji gradovi.³⁵ Rezultat je hijerarhijski sustav, tzv. „samouprava nad samoupravom“.

Treće, nizak je ekonomsko-financijski kapacitet lokalnih jedinica, odnosno, izuzev dijela gradova i manjeg broj općina, prosječna je lokalna jedinica u Hrvatskoj siromašna. Uzrok je dijelom opisana niska razina financijske autonomije (mogućnost da lokalna jedinica zahvati izdašne izvore prihoda), ali i slaba ekonomska aktivnost. Zabrinjava što čak i većina hrvatskih gradova, a oni su u boljem položaju od općina, nema dostatnih fiskalnih kapaciteta za učinkovito obavljanje javnih poslova.³⁶ Prema istraživanju iz 2010. 77 od ukupno 127 gradova ostvarivalo je ispodprosječne ukupne prihode.³⁷ To je, između ostaloga, i razlog što općine i gradovi nisu u mogućnosti ponuditi „primamljive“ uvjete rada kompetentnim stručnjacima. Lokalna samouprava često zapošljava kadrove koji nemaju odgovarajuću stručnu spremu ni iskustvo, čime se smanjuje kvaliteta lokalnih usluga.

Četvrto, u lokanom političko-upravnom sistemu odlučujuća je uloga izvršnog dužnosnika, gradonačelnika/načelnika/župana. Načelnici su akteri koji imaju najveći utjecaj na

³² Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, čl. 20., NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17, 98/19, 144/20.

³³ Koprić, I., Škarica, M., Manojlović Toman, R., *Local Public Services and Austerity Measures in Croatia; Adaptations of the Resilient Social Model Through the Central-Local Power and Blame Games*, u: Lippi, A., Tsekos, T. N. (ur.), *Local Public Service in Times of Austerity across Mediterranean Europe*, Palgrave MacMillan, 2019, 16–192, str. 188.

³⁴ *Ibid.*, str. 169.

³⁵ Škarica, M., *Relations Between Local and County Government in Croatia: Cooperation and Competition in Europeanization Context*, 27th Annual NISPAcee conference in Prague, Czech Republic, 2019.

³⁶ Rogić Lugarić, T., *Financijske (ne)mogućnosti hrvatskih lokalnih i područnih jedinica za preuzimanje razvojne uloge*, u: Koprić, I., Škarica, M., Milošević, B., *Suradnja i razvoj u lokalnoj i regionalnoj samoupravi*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2015, str. 187.

³⁷ Jurlina Alibegović, D. *et al.*, *Analitičke podloge za učinkovitu decentralizaciju u Hrvatskoj: Projektna studija*, Ekonomski institut, Zagreb, 2010, str. 117.

aktivnosti lokalne jedinice.³⁸ Njihov je položaj institucionalno ojačan uvođenjem neposrednog izbora 2009. godine. Međutim, i prije toga pojedinačni lokalni izvršni dužnosnici imali su snažan položaj i ovlasti te su u formalno kolegijalni oblik lokalne izvršne vlasti unijeli jak element monokratizma.³⁹ Nerijetka je pojava da vodeće poslove u malim općinama dugi niz godina obnašaju isti ljudi. U Hrvatskoj su u nekim općinama i gradovima na vlasti godinama isti ljudi. Stanovništvo se često vodi tezom „poznato je dobro“ i „ne treba ništa mijenjati.“ Pritom su lokalni izbori politizirani. Nezavisni kandidati u pravilu ne ostvaruju veći uspjeh, a regionalne stranke uglavnom su manje uspješne od nacionalnih. U nekim lokalnim jedinicama i ne postoji politička konkurencija, na izborima se kandidira samo jedna politička opcija. Uz to, gotovo polovinu zaposlenih u općinama, 43 %, čine politički imenovane osobe. Naime, prema podacima iz 2013. od 4663 ukupno zaposlene osobe u upravnim tijelima općina, službenika i namještenika bilo je 2666, ostalo otpada na političke funkcije.⁴⁰ Čini se da je svrha lokalne samouprave zbrinuti stranački kadar prije negoli osigurati kvalitetnu uslugu građanima i privatnom sektoru. Dobrovoljan rad, na kojem bi se trebala izgrađivati lokalna zajednica, posebno kada je riječ o malim jedinicama, zanemarivo je prisutan. Posebno je zabrinjavajuća raširenost korupcije. Koprić *et al.* navode u radu iz 2017. kako je u tom trenutku bilo oko 30 lokalnih dužnosnika, protiv kojih se vodio kazneni progon ili su bili optuženi za kaznena djela.⁴¹

4. METODOLOGIJA I REZULTATI

Istraživanje je provedeno na tri općine đurđevačke Podravine: Novo Virje, Ferdinandovac i Molve. Općine Ferdinandovac i Molve formirane su u reformi 1992. godine. Tada je iz dotadašnje općine Đurđevac nastalo najprije sedam, a poslije devet teritorijalnih jedinica s 42 naselja i u tom trenutku više od 40 000 stanovnika. Novo Virje dobilo je status općine 1997. izdvajanjem iz općine Ferdinandovac. Iste je godine Đurđevac dobio status grada.

Općina Novo Virje ima 1029 stanovnika i površinu od 37 km². Sjevernom stranom graniči s Mađarskom, a s ostalih strana graniči s općinama Molve, Virje i Ferdinandovac te s Gradom Đurđevcom. Obuhvaća tri naselja: Crnec, Drenovica i Medvedička. Općina Ferdinandovac prostire se na površini od 57,39 km² te ima 1410 stanovnika. Sjeveroistočnom stranom, uz tok rijeke Drave, graniči s Mađarskom. Graniči s općinama Kalinovac, Podravske Sesvete i Novo Virje te s Gradom Đurđevcom. Općina Molve

³⁸ Džinić, J., Škarica, M., Uloga neposredno biranih načelnika i župana u poboljšanju kvalitete odnosa građana i lokalne i regionalne samouprave, u: Koprić, I., Musa, A., Giljević, T. (ur.), *Građani, javna uprava i lokalna samouprava: povjerenje, suradnja i potpora*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2017, 195–228, str. 224.

³⁹ Ivanišević, S., Izvršne institucije u lokalnoj samoupravi: tipologija strukturnih oblika i komparativni pregled, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2008, str. 82.

⁴⁰ Marčetić, G., Lopižić, I., Utjecaj procesa decentralizacije na jačanje personalnih kapaciteta hrvatske lokalne i područne (regionalne) samouprave, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, vol. 17, br. 3, 2017, 407–435, str. 420.

⁴¹ Koprić, I., Crnković, M., Lopižić, I., Control of local governments in Croatia: Many components, still weak control: A threat to autonomy? u: Max-Geis, E., Guérard, S., Volmerange, X. (ur.), *Control and supervision of local and regional government activities*, Institut Universitaire Varenne Pariz, 2018, str. 91–112.

obuhvaća površinu od 46,53 km², na kojoj živi 1784 stanovnika. Sjeverno graniči s Općinom Gola, istočno s općinama Novo Virje i Novigrad Podravski te s Gradom Đurđevcom. Obuhvaća ukupno četiri naselja: Molve Grede, Repaš, Molve i Čingi Lingi.

Podaci su prikupljeni analizom dokumenata općina, u prvom redu njihovih statuta i proračuna, kojima se pristupilo putem službenih *web*-stranica. Općina Molve na internetskim je stranicama objavila i Vodič za građane uz prijedlog proračuna Općine Molve za 2022. godinu te projekcije proračuna za 2023. i 2024. godinu. Vodič ima za cilj upoznati građane s osnovnim financijskim pojmovima, proračunom, izvorima financiranja i aktivnostima koje se planiraju financirati iz tih izvora.⁴²

Provedeni su polustrukturirani intervjui s lokalnim dužnosnicima. Intervju s načelnikom Općine Ferdinandovac, koji je u drugom mandatu na čelu Općine, proveden je 5. prosinca 2021. godine. Telefonski razgovor s pročelnicom Općine Molve obavljen je 11. siječnja 2022. godine s obzirom na to da okolnosti pandemije nisu dopuštale drugačiji način provođenja intervjua. Unaprijed su pripremljena okvirna pitanja i teme o kojima se razgovaralo s ispitanicima. U slučaju Općine Novo Virje podaci su prikupljeni i opažanjem pete sjednice Općinskog vijeća 16. prosinca 2021. Sjednica je počela u 19.30 te je trajala otprilike 90 minuta. Na sjednici je bilo prisutno šest vijećnika, pročelnik, viši referent za računovodstvene poslove i načelnik te su jednoglasno doneseni proračun Općine Novo Virje za 2022. godinu te projekcije proračuna za 2023. i 2024. godinu. Intervju s načelnikom, prisutnim članovima Vijeća, članovima Jedinog upravnog odjela i načelnikom održan je nakon završene sjednice vijeća.

4.1. Općina Novo Virje

Općina Novo Virje formirana je u socijalističkom razdoblju, kada se Zakonom o administrativnoj podjeli općina i kotara iz 1952. ukidaju mjesni narodni odbori, a osnivaju se općinski narodni odbori. Novoformirana općina imala je svoj upravni kadar, službenike, svoju zgradu i, prema podacima iz 1945., 40 poreznih obveznika. Ipak, godinu dana poslije Općim zakonom o uređenju općina i kotara općina je rascijepana tako da je jedan dio pripao Općini Virje, a drugi Općini Ferdinandovac. Kada je Zakonom o područjima županija, gradova i općina 1992. godine uspostavljena nova teritorijalna podjela, unatoč inicijativi zbora građana da Novo Virje bude samostalna općina s naseljima Crnec, Medvedička i Drenovica, ono ulazi u teritorij Općine Ferdinandovac. Nakon donošenja tog ustrojstva mještani, nezadovoljni svojim statusom, vode borbu za osnivanje, odnosno ponovno uspostavljanje vlastite uprave. Zbor građana o ustrojstvu budućih općina na teritoriju nekadašnje Općine Đurđevac održan je 1. prosinca 1992. godine te je odlučeno da Novo Virje bude samostalna općina. Krajem iste godine na

⁴² Vodič za građane uz prijedlog proračuna općine Molve za 2022. godinu i projekcija za 2023. i 2024. godinu, https://www.molve.hr/images/proracun/2022/PRORACUN_ZA_GRA%C4%90ANE_ZA_2022._I_PROJEKCIJE_ZA_2023.pdf, pristup: 24. 3. 2023.

održanoj sjednici Sabora o izmjeni i dopuni Zakona o područjima županija, gradova i općina u RH nije prihvaćena odluka mještana. Novo Virje ostaje u sastavu Općine Ferdinandovac. Od ukupno 1302 birača peticiju za osamostaljenje potpisalo je njih 1112. Nakon toga građani iz protesta odbijaju birati vijećnike u zajedničku općinu.⁴³

U ožujku 1994. godine ponovno je sazvan zbor građana te 187 mještana jednoglasno donosi odluku o formiranju odbora za osnivanje Općine Novo Virje. U peticiji upućenoj Ministarstvu pravosuđa i uprave navode se razlozi za osnutak nove općine: naselje Novo Virje ima dovoljan broj stanovnika za osnivanje općine, prevelika je udaljenost do centra Općine Ferdinandovac, naselje ima svoju župu osnovanu 1969. godine, Novo Virje je bilo općina sve do 1955. godine, kada je takva organizacija nasilno ukinuta. Iako je zahtjev uvršten u Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o područjima županija, gradova i općina, izdvajanje Općine Novo Virje iz Općine Ferdinandovac nije usvojeno.⁴⁴ Konačno, zbor građana sazvan je i 1996. iz istog razloga. Na njemu su, između ostaloga, prisustvovali zastupnici Zastupničkog doma Sabora te predsjednik Županijskog odbora HDZ-a Koprivničko-križevačke županije. Na inicijativu Mjesnog odbora Novo Virje – Drenovica stanovništvo je potpisalo peticiju za osnivanje Općine Novo Virje, u koju bi ušli zaselci Drenovica i Medvedička iz Općine Ferdinandovac. Iako se Općina Ferdinandovac nije očitovala o inicijativi i zahtjev nije uvršten u zakonski prijedlog, u novom Zakonu o područjima županija, gradova i općina u Republici Hrvatskoj (NN 10/97) Novo Virje ipak je dobilo status općine.⁴⁵

4.1.1. Ustroj Općine Novo Virje

Statutom Općine propisano je da su tijela Općine Općinsko vijeće i općinski načelnik.⁴⁶ Općinsko vijeće sastoji se od devet članova, na čelu s predsjednicom iz reda HDZ-a. Predsjednik Vijeća zastupa Vijeće, saziva sjednice Vijeća, predlaže dnevni red, predsjedava sjednicama, utvrđuje rezultate glasanja i potpisuje akte Vijeća, brine o postupku donošenja odluka i općih akata, brine o suradnji Vijeća i načelnika itd.⁴⁷ Stalna su radna tijela Vijeća Mandatna komisija, Odbor za izbor i imenovanja, Odbor za Statut i Poslovník. Zadaća je Mandatne komisije obavještavati Vijeće o podnesenim ostavkama na dužnost člana Vijeća, o zamjenicima članova, koji umjesto njih počinju obnašati dužnost člana Vijeća, te o mirovanju mandata.⁴⁸

Odbor za izbor i imenovanja predlaže izbor i razrješenje predsjednika i potpredsjednika Vijeća, izbor i razrješenje članova radnih tijela Vijeća, imenovanje i razrješenje i drugih

⁴³ Grivić, J., Novo Virje – Povijest i kronologija događanja do 2000. godine, Općina Novo Virje, Novo Virje, 2002, str. 125–139.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 141.

⁴⁵ Matica, M., Lokalna samouprava u đurđevačkoj Podravini 1992.–2001., *Podravski zbornik*, vol. 26, br. 7, str. 56.

⁴⁶ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 27.

⁴⁷ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 31.

⁴⁸ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 40.

osoba određenih statutom i drugim propisima te odluku o naknadi članovima Vijeća i njegovim radnim tijelima.⁴⁹ Odbor za Statut i Poslovnik predlaže Statut Općine i Poslovnik Općinskog vijeća, predlaže pokretanje postupka za izmjenu i dopunu Statuta, odnosno Poslovnika, razmatra prijedloge odluka i drugih općih akata koje donosi Vijeće, utvrđuje pročišćene tekstove odluka i drugih akata te obavlja i druge poslove koje mu povjeri Vijeće.⁵⁰

Na mjestu općinskog načelnika Novog Virja nezavisni je kandidat, izabran na izborima 2021. godine. Općinski načelnik, osim što je nositelj izvršne vlasti, zastupa Općinu, odgovoran je za ustavnost i zakonitost obavljanja poslova i za ustavnost i zakonitost akata upravnih tijela Općine. Statutom je uređen jedinstven upravni odjel, a njime upravlja pročelnik.⁵¹ Poslove jedinstvenog upravnog odjela obavljaju još viši referent za računovodstvene poslove i komunalni radnik.

Općina je osnivač i vlasnik dječjeg vrtića Bregunica. Općina je, zajedno s općinama Rasinja, Hlebine, Peteranec, Gola, Virje, Ferdinandovac, Podravske Sesvete i Kloštar Podravski, suosnivač poduzeća Drava Kom d. o. o. za gospodarenje otpadom. Općina Novo Virje ima udio u iznosu od 0,84 % u trgovačkom društvu Komunalije d. o. o. Đurđevac, koje obavlja djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Općina ima i udio od 1 % u trgovačkom društvu Komunalne usluge Đurđevac d. o. o., koje obavlja komunalne djelatnosti.

4.1.2. Problemi Općine Novo Virje

Novo Virje bilježi negativnu demografsku sliku. Sve do 1910. godine broj je stanovnika kontinuirano rastao uslijed stalnog doseljavanja na bogato i plodno tlo duž rijeke Drave. To je područje 1890. imalo 2228 stanovnika, a 1910. njih 3121. Nakon te godine broj stanovnika neprestano opada kao posljedica ratova i migracija.⁵² Na svakom je popisu stanovništva oko 200 ljudi manje. Općina je 1991. imala 1601 stanovnika, a prema posljednjem popisu iz 2021. Novo Virje ima tek 1029 stanovnika.

Na sjednici Vijeća 16. prosinca 2021. jednoglasno su doneseni proračun Općine za 2022. godinu te projekcije proračuna za 2023. i 2024. godinu. Proračun je donesen na temelju ostvarenih prihoda proračuna Općine Novo Virje za razdoblje od siječnja do listopada 2021. godine te procjene ostvarenja do kraja godine. U obzir su uzeti i uvjeti postavljeni od strane države. Planirani prihodi i primici za 2022. godinu iznose 6 187 884 kuna, a preneseni višak iznosi 2 040 000 kuna, tako da planirani proračun iznosi 8 227 884 kuna. Do 2018. godine proračun Općine Novo Virje bio je znatno manji nego sada. Točnije, 2017. godine iznosio je 4 662 401 kuna, što je za Općinu predstavljalo veoma tešku situaciju. Prema riječima načelnika, „jedva su sklapali kraj s krajem“. Prihodi poslovanja gotovo su bili ekvivalentni rashodima poslovanja i rashodima za nabavu nefinancijske imovine.

⁴⁹ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 41.

⁵⁰ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 42.

⁵¹ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 54.

⁵² Grivić, J., *op. cit.* u bilj. 43, str. 147.

Općina je funkcionirala zahvaljujući pomoći iz inozemstva i od subjekata unutar općeg proračuna, tekuće pomoći iz državnog proračuna temeljem prijenosa iz EU-a, tekuće pomoći proračuna, pomoći izravnavanja za decentralizirane funkcije. Već godinu dana poslije, 2018., prihodi su povećani na 6 210 987 kuna. Tome je razlog porezna reforma iz 2017. godine. Prema novom rješenju sav prihod od poreza na dohodak prepušten je jedinicama lokalne i regionalne samouprave, prihod od poreza na dohodak po osnovi kamata na štednju postaje prihod lokalnih jedinica. Također, ukinute su pomoći temeljem zakona o izvršavanju državnog proračuna, a uspostavljen je novi model fiskalnog izravnavanja. Načelnik je reformu opisao na sljedeći način: „država je smanjila prihode bogatijim općinama te dala siromašnijim i na taj način pokušala ostvariti ravnotežu u funkcioniranju lokalnih jedinica“.

Planirana pomoć iz državnog i županijskog proračuna i fondova EU-a za 2022. godinu iznosi 3 327 711 kuna, što predstavlja gotovo polovicu proračuna. Tekuće pomoći odnose se na asfaltiranje cesta, projektnu dokumentaciju, stočnu vagu, rekreacijski centar, energetska obnova zgrade Općine, nabavu drva socijalno ugroženim obiteljima i nabavu sajle za skelu. Treba spomenuti i pomoć Hrvatskog zavoda za zapošljavanje za osobu zaposlenu na javnim radovima u trajanju od 6 mjeseci, pomoć izravnavanja za decentralizirane funkcije koja se odnosi na javnu vatrogasnu postrojbu, a značajan dio sredstava planiran je od strane EU-a, kojim će se financirati nabava mobilnog reciklažnog dvorišta i projekt *Zaželi*. Cilj je projekta smanjenje nezaposlenosti žena te poboljšanje kvalitete života i izvaninstitucionalne skrbi starijih i potrebitih osoba. Općina sufinancira djelovanje niza udruga, poput KUD-a *Širine*, Udruge za očuvanje kulturne i prirodne baštine Novoga Virja *Konak*, VZO-a Novo Virje.

Apliciranje za sredstva iz fondova EU-u za Općinu je velik pothvat. Prvo, nikada se ne financira cjelokupni iznos projekta, već Općina uvijek mora osigurati i vlastita sredstva. Drugo, za izradu projekta potrebno je odgovarajuće znanje i iskustvo, odnosno kompetentna osoba, jer ako prijava nije potpuna ili ima drugi nedostatak, postotak financiranja smanjuje se ili u potpunosti izostaje. Za Općinu je problem i neusklađenosti katastra i zemljišnih knjiga jer često, da bi se prijavili na natječaj, prvo moraju „odraditi“ zemljišnoknjižni postupak. Takve i slične situacije zbog nedostatka odgovarajućeg kadra predstavljaju prepreke u radu. Problem je i starenje stanovništva. U Općini je svake godine broj umrlih od broja rođenih veći za deset, a na području Općine 189 kuća prazno je i napušteno.

Statut Općine predviđa kako građani mogu neposredno sudjelovati u odlučivanju o lokalnim poslovima putem lokalnog referenduma i mjesnog zbora građana.⁵³ Od 2018. godine Općina putem svojih *web*-stranica provodi savjetovanja sa zainteresiranom javnošću o nacrtima općih akata. Građani svoje prijedloge, mišljenja i primjedbe na konkretne nacрте mogu uputiti e-poštom u odgovarajućem obrascu. Dosada je provedeno

⁵³ Statut Općine Novo Virje, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 16.

osam takvih savjetovanja.⁵⁴ Pritom za 2023. godinu nema podataka o zatvorenim, kao ni mogućim otvorenim savjetovanjima. Nema podataka ni o tome da je internetska rasprava provedena glede pitanja donošenja tekućeg proračuna. To upućuje na neostvoreni demokratizacijski potencijal koji mala općina pruža.

4.2. Općina Ferdinandovac

Tijekom socijalističkog razdoblja Ferdinandovac je imao samostalnost i status općine sve do reforme 1962. godine, kada je pripojen Općini Đurđevac. Ustrojena je nova upravna jedinica, mjesna zajednica s predsjednikom Mjesnog odbora na čelu. Gotovo trideset godina poslije, 1993. godine, na temelju Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi Ferdinandovcu je ponovno dodijeljena vlastita uprava, odnosno status općine. Odluka o ustrojstvu jedinstvenog upravnog odjela donesena je u ožujku 1994. godine, a nakon toga uslijedilo je raspisivanje natječaja, izbor i imenovanje tajnika Općine, kao i zapošljavanje ostalih djelatnika u jedinstveni upravni odjel.⁵⁵ Izdvajanjem naselja Batinske i Novo Virje u zasebnu općinu 1997. Ferdinandovac je izgubio dio gospodarskih i demografskih potencijala.⁵⁶

4.2.1. Ustroj Općine Ferdinandovac

Statutom Općine, točnije člankom 29., propisano je da su tijela Općine Općinsko vijeće i općinski načelnik.⁵⁷ Općinsko vijeće sastoji se od jedanaest članova na čelu s predsjednikom iz redova HDZ-a. Radna su tijela Vijeća: Odbor za izbor i imenovanja, Odbor za statut, poslovnik i normativnu djelatnost te Mandatna komisija. Općinski načelnik izabran je na izborima 2017. godine i pripada Mreži nezavisnih lista.

Općinsko vijeće čini devet članova na čelu s predsjednikom iz redova HDZ-a. Jedinstveni upravni odjel ustrojen je za obavljanje poslova državne uprave te njime upravlja pročelnica zaposlena na temelju javnog natječaja. Uz pročelnicu, Odjel čini još pet službenika i namještenika: voditeljica službe za opće, upravne i financijsko-računovodstvene poslove, voditelj vlastitog komunalnog pogona za obavljanje komunalnih djelatnosti, domar, komunalni radnik i čistačica/dostavljačica. U pogledu ustanova Općina je osnivač i vlasnik dječjeg vrtića Košutica. Zajedno s općinama Novo Virje, Molve, Kalinovac, Kloštar Podravski, Virje i s Gradom Đurđevcom Ferdinandovac ima udio od 5,95 % u trgovačkom društvu Komunalije d. o. o. Đurđevac, koje obavlja djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Udio od 1 % ima u trgovačkom društvu Komunalne usluge Đurđevac d. o. o., koje obavlja komunalnu djelatnost. Općina ima udio

⁵⁴ Općina Novo Virje, Zatvorena savjetovanja, <https://novo-virje.hr/index.php/opcinanv/ostalo/savjetovanje-sa-zainteresiranom-javnoscju/zatvorena-savjetovanja>, pristup: 13. 11. 2023.

⁵⁵ Cvekan, P., Ferdinandovac: od Borda na Dravi do Ferdinandovca u močvari, Općina Ferdinandovac, Ferdinandovac, 1996, str. 163.

⁵⁶ Matica, M., Gospodarski razvitak đurđevačke Podravine, *Podravski zbornik*, br. 24/25, 1998, str. 245.

⁵⁷ Statut Općine Ferdinandovac, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 29.

od 0,49 % u trgovačkom društvu Segrad d. d., koje se bavi uslugama i prometom roba. Općina Ferdinandovac jedan je od osnivača i suvlasnika trgovačkog društva Drava Kom d. o. o. za gospodarenje otpadom.

4.2.2. Problemi Općine Ferdinandovac

Prema popisu stanovništva iz 1850. godine u Ferdinandovcu su bila 93 kućanstva. Sve obitelji imale su velik broj članova. Čak 40 njih brojilo je više od 10 članova, a ukupan broj stanovnika bio je 1434. U razdoblju od 1850. godine do Drugog svjetskog rata stanovništvo je bilo u neprestanom porastu. Vrhunac je zabilježen 1936., kada je bilo 4046 stanovnika. Nakon rata, 1966. broj mještana bio je 3300, a 1990. i 2001. godine broj stanovnika stagnira i iznosi 2155, odnosno 2189 prema popisu za 2011. godinu. Prema rezultatima posljednjeg popisa Općina bilježi drastičan pad te danas Ferdinandovac ima tek 1347 mještana.

Bez obzira na to što je Općina relativno mala, njezino vođenje predstavlja izazov za načelnika. Ozbiljan problem predstavlja pad broja stanovnika, odnosno veći broj umrlih nego rođenih na godišnjoj razini, kao i iseljavanje u zapadne zemlje uzrokovano ulaskom u EU i otvaranjem tržišta rada za stanovnike Hrvatske. Perspektiva je lokalnog vodstva da taj trend pomalo usporava. Kako bi zadržali stanovništvo, nastoji se ulagati u infrastrukturu. Tu je Općina orijentirana na povlačenje sredstava iz EU-a i nacionalnih izvora kroz sufinanciranje različitih projekata vezanih za komunalnu infrastrukturu, koja će pridonijeti podizanju kvalitete života mještana. Naime, izvorni proračun Općine (bez sredstava EU-a) relativno je skroman i iznosi nešto više od 4 milijuna kuna. Od toga samo za sufinanciranje redovnog rada dječjeg vrtića otpada oko 25 %. No zahvaljujući uspješnim prijavama projekata na raspoložive natječaje EU-a i nacionalne natječaje izvršenje proračuna iznosilo je oko 8 milijuna kuna u 2020. godini, dok je u 2021. bilo veće od 10 milijuna kuna. Tim sredstvima sufinancirani su u posljednjih 4–5 godina brojni projekti koji inače ne bi mogli biti realizirani, poput izgradnje cesta, LED rasvjete na ulicama, energetske obnove zgrade Općine, uređenja društvenog doma, proširenja i uređenja dječjeg vrtića, uređenja groblja, obnove skele, popravaka putova. Pred samim je završetkom i sanacija odlagališta otpada vrijedna više od 8 milijuna kuna, a ove godine započinje izgradnja kanalizacije i pročistača otpadnih voda vrijedna oko 45 milijuna kuna. Istovremeno Općina priprema projekte za buduće natječaje kako bi bili spremni kada se pozivi otvore.

Na pitanje o službenicima i namještenicima načelnik navodi kako su sva radna mjesta u Općini popunjena te ne postoji problem nedostatka kadra iako su izazovi s kojima se službenici susreću sve kompleksniji. Problem su male plaće djelatnika. Općina ne može ponuditi veća primanja zbog proračunskih ograničenja, ali i zakonske odredbe koja ograničava ukupnu masu plaća na 20 % izvornog, a ne izvršenog proračuna. Dakle, ne uključujući sredstva koja je Općina ostvarila putem javnih poziva za sufinanciranje programa i projekata. Stav je načelnika da je takva odredba demotivirajuća i da bi sustav

trebalo urediti tako da djelatnici budu u konačnici materijalno nagrađeni za uspješno privlačenje sredstava. „Za tu 'dodatnu vrijednost' treba se boriti.“

Općina ima niz socijalnih programa i mjera. Redovito se isplaćuju naknade od 2000 do 5000 kuna za rođeno djetetu. Dječji vrtić radi od 1998. godine, a krajem 2019. godine preuređen je i proširen, čime je kapacitet vrtića podignut s 34 na 48 mjesta. Nema neupisane djece na području Općine. Cijena je vrtića 460 kuna za prvo, 230 kuna za drugo dijete, a za treće i svako daljnje dijete vrtić je besplatan. Jednako tako, Općina daje po 300 kuna za opremanje osnovnoškolaca i 500 kuna za srednjoškolce, a 12 studenata dobiva stipendije u iznosu od po 500 kuna mjesečno. Uvedene su i mjere za mlade. Radi se o pomoći kod stambenog zbrinjavanja u iznosu od 30 000 kuna za kupnju stana ili kuće, odnosno do 20 000 kuna za dogradnju i adaptaciju. Kroz tri godine tu je mjeru iskoristilo desetak mladih obitelji. Umirovljenici s manjim primanjima primaju božićnice i uskrsnice. Kroz programe potpora male vrijednosti pomaže se poljoprivrednicima te se potiče otvaranje smještajnih kapaciteta u turizmu.

Građani mogu neposredno sudjelovati u odlučivanju o lokalnim poslovima putem lokalnog referenduma i mjesnog zbora građana.⁵⁸ Na području Općine osnovani su i mjesni odbori kao oblici mjesne samouprave radi ostvarivanja neposrednog sudjelovanja građana u odlučivanju o lokalnim poslovima. To su Mjesni odbor Brodić i Mjesni odbor Lukin Mekiš, Pavljanci i Trepče.⁵⁹ Općina od 2021. godine provodi e-savjetovanja sa zainteresiranom javnošću. Provedeno je ili je u tijeku ukupno 10 takvih savjetovanja.⁶⁰ Pritom, kada je riječ o zatvorenim savjetovanjima, ni u jednom slučaju nije bilo odaziva građana, odnosno nije dostavljeno nijedno očitovanje, odnosno primjedba na nacrt akta.

4.3. Općina Molve

Općina Molve tijekom socijalističkog razdoblja bila je u sastavu Općine Đurđevac. Osamostaljenjem Hrvatske, donošenjem novog teritorijalnog ustroja lokalne i regionalne samouprave početkom 1993. godine osnovana je samostalna Općina Molve. Pritom je u novom Zakonu o područjima županija, gradova i općina RH napravljena pogreška: pod Općinu Molve ubrojeno je i novoosnovano naselje Molvice, nastalo izdvajanjem iz naselja Batinske, a pogreška je u tome što je ono spadalo pod Općinu Ferdinandovac, a ne Molve. U siječnju 1997. ta je pogreška ispravljena, a istovremeno je na prijedlog stanovnika Općini pripojeno naselje Repaš zbog vezanosti za Općinu Molve (škola, ambulanta, župa, trgovine i dr.).⁶¹ Novim Zakonom o područjima županija, gradova i općina u RH određeno je da u sastav općine Molve ulaze naselja: Molve, Molve Grede i Čingi-Lingi.

⁵⁸ Statut Općine Ferdinandovac, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 18.

⁵⁹ Statut Općine Ferdinandovac, Službeni glasnik Koprivničko-križevačke županije, broj 6/2013, čl. 58.

⁶⁰ Općina Ferdinandovac, Zatvorena savjetovanja, <https://www.ferdinandovac.hr/index.php/opcina-ferdinandovac/e-savjetovanja/zatvorena-savjetovanja>, pristup: 13. 11. 2023.

⁶¹ Matica, M., Lokalna..., cit. u bilj. 45, str. 55–56.

4.3.1. Ustroj Općine Molve

Članak 25. statuta Općine propisuje kako su tijela Općine Općinsko vijeće i općinski načelnik, a iznimno i zamjenik, koji obnaša dužnost općinskog načelnika u slučajevima propisanim zakonom. Općinsko je vijeće predstavničko tijelo građana i tijelo lokalne samouprave koje donosi odluke i druge opće akte u okviru djelokruga Općine te obavlja i druge poslove u skladu s Ustavom, zakonom i statutom. Zadaće su Vijeća sljedeće: donosi statut, poslovnik o radu, odluke o uvjetima, načinu i postupku gospodarenja nekretninama u vlasništvu Općine, proračun te odluke o izvršenju proračuna. Općinsko vijeće donosi programe javnih potreba u predškolskom odgoju, osnovnom i srednjem školstvu, sportu, socijalnoj skrbi, kulturi i tehničkoj kulturi, program građenja komunalne infrastrukture itd. Ima 11 članova na čelu s predsjednikom iz redova HSS-a.

Stalna su radna tijela Vijeća Mandatno povjerenstvo, Odbor za izbor i imenovanja, Odbor za statut i poslovnik, Odbor za financije i proračun, Odbor za poljoprivredu, vodoprivredu i gospodarski razvoj, Odbor za komunalne djelatnosti, zaštitu okoliša i prostorno uređenje, Odbor za prosvjetu, kulturu, znanost i sport, Odbor za predstavke i žalbe i Odbor za procjenu šteta.⁶² Općinski načelnik zastupa Općinu i nositelj je izvršne vlasti. Mandat načelnika i njegova zamjenika traje četiri godine.⁶³ Općinski načelnik izabran je po treći put uzastopce, na izborima 2013., 2017. i 2021. godine, i iz redova je HSS-a. Jedinstveni upravni odjel ima 7 zaposlenika: pročelnica, viši savjetnik za financije i računovodstvo, viši stručni suradnik za imovinske i pravne poslove, viši savjetnik za financiranje društvenih djelatnosti i poljoprivredu, viši referent za financije i računovodstvo, komunalni redar i spremačica.

Ustanove u vlasništvu Općine jesu Osnovna škola Molve i Dječji vrtić Pčelica Molve. Općina Molve osnivač je i vlasnik Selskog komunalnog društva Molve d. o. o. za komunalne, proizvodne i uslužne djelatnosti. Zajedno s općinama Novo Virje, Ferdinandovac, Kalinovac, Kloštar Podravski i Virje te s Gradom Đurđevcom surađuje u obavljanju djelatnosti javne vodoopskrbe i odvodnje te ima udio u iznosu od 1,53 % u trgovačkom društvu Komunalije d. o. o. Đurđevac. Općina ima i udio od 1 % u trgovačkom društvu Komunalne usluge Đurđevac d. o. o., osnovanom za obavljanje komunalnih djelatnosti.

4.3.2. Problemi Općine Molve

Općina Molve primjer je male lokalne jedinice koja uspijeva donekle ostvarivati ulogu koju joj je zakonodavac namijenio. Uzrok su nešto veća proračunska sredstva, posebno u usporedbi s ostale dvije općine obrađene u tekstu. Prijedlogom proračuna Općine Molve za 2022. godinu planirani su ukupni prihodi i primici, rashodi i izdaci u iznosu 57 082 490 kuna. Najznačajniji je izvor financiranja Općine za 2022. godinu pomoć iz inozemstva i od subjekata unutar općeg proračuna, a planirani su u iznosu 23 51 652 kuna. Obuhvaćaju

⁶² Statut Općine Molve, Službeni glasnik Općine Molve, broj 2/20, čl. 37.

⁶³ Statut Općine Molve, Službeni glasnik Općine Molve, broj 2/20, čl. 49.

pomoći temeljem prijenosa sredstava EU-a, pomoći iz proračuna Koprivničko-križevačke županije, pomoći iz proračuna Općine Novo Virje, Općine Ferdinandovac i ostalih općinskih proračuna, pomoći od Hrvatskih voda. Sredstva Europske unije predviđena su u iznosu 10 702 125 kuna, a raspoređuju se za financiranje projekta *Punina života*, nabavu stanice za punjenje električnih vozila, rekonstrukciju i asfaltiranje ceste Molve–Grede, rekonstrukciju i asfaltiranje ceste Molve–Grede, drugu fazu programa zapošljavanja žena *Zaželi*, izgradnju zgrade vrtića u Repašu. Općina ima namjeru pribaviti suglasnost Vlade za dugoročno zaduživanje. Sredstva kredita namjenska su i vezana uz financiranje gradnje klaonice i mini-sirane, otkup hale, proširenje mosta Komarnica, prenamjenu zgrade u Novom Vinodolskom u starački dom, izgradnju šetnice i pristaništa na Dravi, nabavu navalnog vatrogasnog vozila, izgradnju mosne vage u Repašu, izgradnju Pastoralnog centra u Molvama itd. Prihodi od imovine planirani su u iznosu od 12 100 288 kuna, a obuhvaćaju rentu, tj. naknadu za korištenje nefinancijske imovine u iznosu od 11 900 000 kuna, iznos naknade za zauzetu površinu odobrenog eksploatacijskog polja, naknade za koncesije, prihod od zakupa zemljišta za odlaganje i zbrinjavanje građevinskog otpada, prihod od zakupa i iznajmljivanja imovine.⁶⁴

Općina Molve stipendira studente sa svojeg područja, sufinancira udžbenike, radne bilježnice školarcima i prehranu, sufinancira troškove putovanja učenika na izlet i maturalic, nagrade uspješnim učenicima i učiteljima, sufinancira smještaj djece i polaznika vrtića izvan područja Općine Molve. Osim navedenog, pruža se potpora obiteljima u obliku subvencija za legalizaciju objekata i sufinanciranje troškova termo-fasade, sufinanciranje izrade elaborata za energetske obnovu obiteljskih kuća, a daje se i naknada roditeljima novorođene djece. Nastoji se pospješiti gospodarski razvoj subvencioniranjem kamate poljoprivrednicima, subvencijama za umjetno osjemenjivanje goveda i pregleda mesa na trihinelozu, edukacije i stručno osposobljavanje poljoprivrednika i obrtnika.

Općina sufinancira rad niza udruga, poput udruge Napredne Domaćice Molve, Udruga žena Repaš, Udruga Žena Molve Grede, Udruga hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata Repaš, Udruga obrtnika Molve, Udruga umirovljenika Molve, Udruga vinogradara i voćara Molve, Udruga žena Hrvatsko srce, Korak po korak, Molvarski likovni krug.

Najveća je stavka na strani prihoda u proračunu Općine rudna renta. Općina Molve korisnik je najviše ekološke rente od plina u Hrvatskoj. Naime, na teritoriju Općine krajem 1973. godine otkriveno je najveće plinsko polje u Hrvatskoj. Proizvodnja plina započela je 1984. godine, a iako već godinama pada i zalihe su pred iscrpljenjem, Općina je kroz nekoliko desetljeća uživala izdašne prinose. Iznosi rente bili su daleko veći od procijenjenih šteta koje nastaju proizvodnjom.⁶⁵ Zbog drastičnog rasta cijene plina prošle

⁶⁴ Vodič za građane uz prijedlog proračuna Općine Molve za 2022. godinu i projekcija za 2023. i 2024. godinu,

https://www.molve.hr/images/proracun/2022/PRORACUN_ZA_GRA%C4%90ANE_ZA_2022_I_PROJEKCIJE_ZA_2023.pdf, pristup: 24. 3. 2023.

⁶⁵ Šimunić, Z., 115 godina proizvodnje ugljikovodika u Podravini, *Podravski zbornik*, br. 21, 1995, str. 300.

godine INA je u jednom razdoblju Općini isplaćivala po dva milijuna kuna rente mjesečno, gotovo peterostruko više nego prije nastupa krize.⁶⁶ Iako je Općina ulagala u infrastrukturu i socijalne programe, demografski su pokazatelji zabrinjavajući. Prema posljednjem popisu stanovništva Općina ima tek 1767 stanovnika. To je 478 stanovnika manje nego na popisu iz 2011., kada ih je imala 2245. Radi se o padu od više od 20 %.

Općina ima problema s pronalaskom adekvatnog službeničkog kadra za obavljanje poslova. Lakše je pronaći djelatnike poput komunalnog radnika, spremačice i komunalnog izvidnika jer na tržištu rada ima više osoba adekvatne stručne spreme. S druge strane, službenike za radno mjesto pročelnika i voditelja financija najteže je pronaći jer takva radna mjesta podrazumijevaju visoku razinu odgovornosti, stručnosti, efikasnosti i snalažljivosti kod rješavanja zadataka i problema. Malen broj ljudi uopće želi raditi na tim mjestima, a velik broj mladih s fakultetskim obrazovanjem i sposobnih za takve poslove ostaje u urbanim gradskim sredinama ili u mjestima bliže većim gradovima, pa i ne uzimaju u obzir rad u manjim i udaljenijim općinama.

Općina Molve posljednjih je godina prijavila i realizirala više projekata različitih vrijednosti te povukla europska sredstva. Inicijativa je u malim općinama u rukama načelnika. O njegovoj angažiranosti, volji i sposobnosti ovisi uspjeh u „privlačenju“ sredstava. Konkretni projekti u Općini Molve vezani su uz obnovu, tj. rekonstrukciju postojeće infrastrukture, izgradnju nove infrastrukture, a neki su i socijalnog karaktera te Općina u njima sudjeluje kao partner s drugim lokalnim jedinicama. Prvi veliki projekt bila je energetska obnova Dječjeg vrtića Pčelica, čime su se najmlađim stanovnicima poboljšali uvjeti boravka u vrtiću. Slijedila je izgradnja reciklažnog dvorišta, gdje su financirane i radionice te druge aktivnosti kojima se stanovništvo nastojalo upoznati s pravilima ispravnog otpada te se općenito nastojala podignuti svijest o važnosti odvajanja otpada i očuvanja okoliša. Jedan od zanimljivih projekata bila je i rekonstrukcija nerazvrstanih cesta na području Općine, čime su se pojedina mjesta unutar Općine dodatno prometno povezala, a i smanjili su se troškovi održavanja nerazvrstanih cesta. Od manjih samostalnih projekata može se navesti rekonstrukcija društvenog doma u naselju Repaš, gdje je promijenjena vanjska stolarija, obnovljeni su podovi i napravljeni potrebni zidarski radovi, sve radi ugodnijeg i ljepšeg prostora za rad i druženje udruga, kao i općenito za potrebe mještana.

Općina je bila partner s Gradom Đurđevcom kao nositeljem obrazovno-informativnog projekta *Održive misli*, koji se odnosi na program aktivnosti povezanih s održivim gospodarenjem otpada. Također je partner u projektu *Brižne žene Podravske* s Općinom Kalinovac, gdje je cilj pomoći socijalno ugroženim i starijim osobama u svakodnevnom životu angažirajući žene (gerontodomačice) koje ih svakodnevno obilaze i pomažu u kućanskim i drugim poslovima. Općina je partner sa Samostanom Uznesenja Blažene Djevice Marije u Molvama, gdje je jedan od velikih supokrovitelja izgradnje Doma za

⁶⁶ Jutarnji list, Mala općina postaje „hrvatski Kuvajt“: prihodi od plinske rente eksplodirali, profitirat će i građani!, <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/mala-opcina-postaje-hrvatski-kuvajt-prihodi-od-plinske-rente-eksplodirali-profitirat-ce-i-gradani-15270334>, pristup: 23. 3. 2023.

starije u Molvama u sklopu projekta *Punina života*, čiji je cilj unapređenje socijalnih usluga, kao i poboljšanje života osobama treće životne dobi. Općina Molve prepoznatljiva je po vjerskom turizmu zahvaljujući župnoj crkvi Blažene Djevice Marije te kipu Čudotvorne Majke Božje Molvarske iz gotičkog razdoblja.⁶⁷ Posljednja tri navedena projekta još su uvijek u fazi provedbe, dakle sredstva su odobrena, a projekti su u fazi ostvarivanja planiranih aktivnosti. Niz je novih projekata u nekima od ranijih faza: izrađuje se projektno-tehnička dokumentacija, prijava i čekanje odgovarajućih potvrda.

Građani mogu neposredno sudjelovati u odlučivanju o lokalnim poslovima putem lokalnog referenduma i mjesnog zbora građana.⁶⁸ Kao oblici mjesne samouprave na području Općine formirani su sljedeći mjesni odbori: Mjesni odbor Molve za područje naselja Molve, Mjesni odbor Molve Grede za područje naselja Molve Grede, Mjesni odbor Repaš za područje naselja Repaš, Mjesni odbor Gornja Šuma za područje ulice Gornja Šuma, Molve Ledine i vikend-naselje Čingi-Lingi.⁶⁹ Savjetovanja sa zainteresiranom javnošću provode se od 2018. godine, i to na *web*-stranicama Općine. Dosada je provedeno 27 takvih savjetovanja, a jedno je savjetovanje trenutačno u tijeku.⁷⁰ Pritom, kada su u pitanju zatvorena savjetovanja, očitovanja građana bila su dostavljena i prilikom donošenja proračuna. Primjerice, prilikom donošenja proračuna Općine Molve za 2023. godinu i projekcija za 2024. i 2025. godinu Općinsko vijeće usvojilo je sva tri pristigla prijedloga građana. Prijedlozi su se odnosili na povećanje financijskih sredstava za košarkaški klub *Bistra*, povećanje sredstava za pokrivanje rashoda poslovanja Općinskog društva Crvenog križa Molve i uvođenje digitalne transformacije uprave, koji vodi konceptu „pametna“ općina.⁷¹

5. RASPRAVA I ZAKLJUČAK

U reformi 1992. godine teritorijalna struktura Hrvatske znatno je promijenjena. Formiran je velik broj malih lokalnih jedinica, uvedena je razlika između urbanih i ruralnih područja, a kao regionalne jedinice vraćene su županije iz razdoblja NDH. Međutim, lokalne su jedinice neravnomjerno raspoređene, među njima su prisutne velike razlike u pogledu broja stanovnika, veličine, društveno-ekonomskog razvoja i ukupnog potencijala. Radi se zapravo o pogrešnoj teritorijalnoj organizaciji. Novi se teritorijalni ustroj nije stabilizirao barem do kraja devedesetih godina. Naime, kao što je i inače slučaj s reformama, one gotovo uvijek uključuju pregovaranja, cjenkanja i konflikte između zainteresiranih aktera. Postojeća organizacijska struktura uvijek predstavlja jednim

⁶⁷ Matica, M., Održivi razvoj ruralnog prostora uz rijeku Dravu, *Podravski zbornik*, br. 31, 2005, str. 30.

⁶⁸ Statut Općine Molve, Službeni glasnik Općine Molve, broj 2/20, čl. 16.

⁶⁹ Statut Općine Molve, Službeni glasnik Općine Molve, broj 2/20, čl. 64.

⁷⁰ Općina Molve, Savjetovanje sa zainteresiranom javnošću, <https://www.molve.hr/indeks.php/opcina-molve/vazni-dokumenti/savjetovanje-sa-zainteresiranom-javnoscju>, pristup: 13. 11. 2023.

⁷¹ Obrazac izvješća o provedenom savjetovanju sa zainteresiranom javnošću o prijedlogu proračuna Općine Molve za 2023. i projekcija za 2024. i 2025. godinu, <https://www.molve.hr/index.php/opcina-molve/vazni-dokumenti/savjetovanje-sa-zainteresiranom-javnoscju/zatvorena-savjetovanja?start=5>, pristup: 14. 11. 2023.

dijelom dogovorene kompromise između političkih aktera koji su u tom trenutku najjači.⁷² Svatko u toj „novoj podjeli“ želi ostvariti svoj interes. Reforma je prilika da se prijašnji „gubitnici“ bolje pozicioniraju. Tako su na obrađenom području brzo nakon donošenja novog zakona uslijedile brojne primjedbe i amandmani za osnivanje novih jedinica lokalne samouprave, izdvajanje ili pripajanje određenog naselja drugoj jedinici. Inicijalno je iz dotadašnje Općine Đurđevac nastalo šest novih općina, a poslije se taj broj povećao na devet. Đurđevac je početno imao status općine, a poslije je dobio status grada. Dogodile su se i pogreške. Pod općinu Molve ubrojeno je i novoosnovano naselje Molvice, nastalo izdvajanjem iz naselja Batinske, a pogreška je u tome što je ono spadalo pod općinu Ferdinandovac, a ne Molve.⁷³ Zbog toga je ključno pripremljeno, promišljeno i profesionalno upravljanje reformom,⁷⁴ inače proces može dovesti do patoloških rezultata.

Male općine u Hrvatskoj imaju problema sa zadovoljavanjem kriterija ekonomsko-financijskog kapaciteta. Uključivanjem većeg teritorija i većeg broja stanovnika u jednu općinu zahvatio bi se veći broj poreznih obveznika, čime bi prihodi općine rasli. Uz to, veće lokalne jedinice obuhvaćaju veći broj stanovnika, pa je pretpostavka da se ostvaruju niži fiksni troškovi po stanovniku kada je u pitanju obavljanje javnih poslova. To omogućava financiranje složenijih i zahtjevnijih službi. Veća specijalizacija dovodi do porasta produktivnosti i u konačnici do boljih učinaka. Drugim riječima, financijska snaga općina ovisi, osim o njihovoj ekonomskoj razvijenosti, i o njihovoj veličini. Stoga bi teritorij lokalne jedinice trebalo odrediti na način da ona ima dovoljno sredstava za financiranje svojih programa, aktivnosti i institucija te da pritom što manje ovisi o financijskoj pomoći države. Ako lokalna jedinica ovisi o državnoj pomoći, tada je njezina financijska samostalnost sužena. Nije sporno da država nadzire kako su utrošena sredstava koja „podijeli“. Zbog nedostatnog financijskog kapaciteta male lokalne jedinice ovise o središnjem državnom proračunu te im je, da bi opstale, neophodna državna potpora. Povećanjem potrebe za državnom pomoći njihova se samostalnost smanjuje, a politički je i drugi utjecaj centralnog aparata veći.

Veliki je problem obrađenih općina ne samo mali broj stanovnika već i kontinuirana depopulacija. Za to nisu nužno odgovorne samo lokalne vlasti i postojeća teritorijalna struktura. Depopulacijski su procesi na ovom području prisutni posljednjih stotinjak godina. U drugoj polovini dvadesetog stoljeća taj je prostor namjerno zanemarivan jer se rijeka Drava smatrala graničnom rijekom, koja razdvaja.⁷⁵ Naime, tijekom socijalističkog razdoblja Općina Đurđevac, kojoj su pripadale današnje općine Ferdinandovac, Novo Virje i Molve, bila je jedna od malog broja pograničnih općina u Hrvatskoj s vanjskim granicama, prema Mađarskoj. Novom teritorijalnom podjelom htio se prije svega postići policentrični razvoj tog dijela Podravine. Do tada je većina gospodarskih, društvenih i kulturnih

⁷² Egeberg, M., Gornitzka, A., Trondal, J., Organization theory, u: Ansell, C., Torfing, J., (ur.) *Handbook on theories of governance*, Edward Elgar, 2022, str. 36.

⁷³ Matica, M., Lokalna..., cit. u bilj. 45, str. 55.

⁷⁴ Koprić, I., Upravljanje decentralizacijom kao nov pristup razvoju sustava lokalne samouprave, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, vol. 8, br. 1, 2008, str. 104.

⁷⁵ Matica, M., Održivi..., cit. u bilj. 67, str. 23.

institucija bila smještena u Đurđevcu kao sjedištu kojemu je taj prostor prirodno gravitirao. Ideja je bila dobiti nekoliko žarišta gospodarskog razvitka i time spriječiti ili bar smanjiti iseljavanje, kojim je taj kraj bio zahvaćen.⁷⁶ Ta se optimistična predviđanja nisu ostvarila. Naprotiv, razdoblje koje je uslijedilo bilo je obilježeno pravim egzodusom stanovništva što zbog ekonomske, što zbog demokratske krize, u kojima se hrvatsko društvo našlo tijekom devedesetih. Ulazak u EU 2013. godine također je pogodio iseljavanju zbog otvaranja granica i integracije u tržište EU-a. Ostaje za vidjeti kakve će biti posljedice za to područje nakon daljnjeg otvaranja granica, odnosno ulaska Hrvatske u Schengenski prostor.

Obrađenim općinama zajedničko je što su financijski snažno ovisne o pomoći centralne države. Općina Novo Virje prije porezne reforme 2017. godine svojim je prihodima uspijevala tek pokrivati tekuće troškove, tzv. „hladni pogon“, plaće i materijalne troškove. Četvrtina osnovnog proračuna Općine Ferdinandovac (bez sredstava EU-a) otpada na sufinanciranje redovnog rada dječjeg vrtića. Općina Molve zahvaljujući prihodu od rudne rente ima nešto veći proračun, pa među obrađenim slučajevima u najvećoj mjeri uspijeva ispuniti ulogu koju joj je namijenio zakonodavac. Općine funkcioniraju velikim dijelom zahvaljujući sredstvima iz fondova EU-a. No ona „dolaze“ s određenim uvjetima: sredstva su namjenski dodijeljena, a da bi aplicirale na natječaje, općine su u pravilu obvezne osigurati dio sredstava iz vlastitog proračuna, što im katkad predstavlja nepremostiv izazov. Uz to, proces je prijave kompleksan i konzumira sve resurse lokalne jedinice.

Percepcija je lokalnog vodstva da je općinama od strane zakonodavca nametnut velik opseg poslova, što predstavlja problem za obrađene općine. To se podudara s rezultatima ranijeg istraživanja, gdje se jedna trećina ispitanih lokalnih jedinica izjasnila kako ne želi preuzeti decentralizirane funkcije.⁷⁷ Naime, na malom broju ljudi leži velika odgovornost i zadaća kako bi se ispunile zakonske obveze. Novo Virje ima samo jednu stručnu osobu, pročelnika jedinstvenog upravnog odjela na kojemu je teret obavljanja svih upravnih poslova u općini. Molve imaju problema s pronalaskom stručnog kadra. Osim obveza koje navodi zakonodavac, djelokrug poslova općina dodatno se povećava zbog zadovoljavanja specifičnih potreba svake lokalne zajednice. Jedan od aktualnih problema malih općina jesu nekonkurentne plaće. One su manje u odnosu na plaće u nekim drugim državnim institucijama i u privatnom sektoru, a uz veliku odgovornost i opseg poslova, ne čine rad u lokalnoj upravi toliko atraktivnim. Plaće zapravo često djeluju demotivirajuće u odnosu na zadaće koje se obavljaju i nisu razmjerne odgovornostima koje službenici imaju.

Osnovna prednost malih općina jest njihov demokratizacijski potencijal. U malim općinama mogući su različiti oblici sudjelovanja građana u lokalnom upravljanju, poput zborova građana, referenduma i građanske inicijative. Među obrađenim općinama Ferdinandovac i Molve uspostavili su svoje mjesne odbore kao oblik neposrednog sudjelovanja građana u odlučivanju o lokalnim poslovima. Novo Virje ima iskustva u

⁷⁶ Matica, M., *Gospodarski razvitak...*, cit. u bilj. 56, str. 238.

⁷⁷ Đulabić, V., *op. cit.* u bilj. 30, str. 16.

sazivanju zborova građana, ali je ono vezano uz devedesete godine i proces formiranja same lokalne jedinice. Nijedna od obrađenih općina nema uspostavljen savjet mladih. Općina Molve na internetskim je stranicama objavila Vodič za građane uz prijedlog proračuna Općine Molve za 2022. godinu i projekcije za 2023. i 2024., ali tu se ne radi o participativnom budžetiranju te je općenito interes građana za sudjelovanjem u lokalnom upravljanju slab. To se vidi po interesu, odnosno dostavljenim očitovanjima kada je u pitanju provedba savjetovanja sa zainteresiranom javnošću o nacrtima općih akata. Izuzev Općine Molve, u drugim dvjema obrađenim općinama u posljednjih nekoliko godina od kada se taj postupak provodi građani se nisu očitovali ni u jednom postupku e-savjetovanja. Stoga se internetska rasprava svodi na formalnost, odnosno ispunjenje zakonske obveze uvedene 2013. Zakonom o pravu na pristup informacijama.⁷⁸ Uz to, općenito je mali broj provedenih e-savjetovanja u obrađenim općinama. Za Općinu Molve prosjek je pet savjetovanja godišnje, u Općini Ferdinandovac prosjek je nešto više od tri savjetovanja godišnje, a u Ferdinandovcu manje dva savjetovanja godišnje. To je daleko ispod nacionalnog prosjeka. On je, prema podacima za razdoblje između 2016. i 2018. godine, bio 9 savjetovanja godišnje.⁷⁹ Doduše, taj se podatak odnosi na sve jedinice lokalne samouprave, općine, gradove i županije. Uz to, sve obrađene općine kasnile su s ispunjenjem te zakonske obveze, Novo Virje i Molve provode e-savjetovanja od 2018., a Ferdinandovac tek od 2021. godine. Napokon, očito je da se, barem kada je Novo Virje u pitanju, e-savjetovanje ne provodi u svim slučajevima u kojima bi to trebalo jer u tekućoj godini nije provedena nijedna takva procedura.

Kada je riječ o političkom vodstvu, situacija je takva da iste funkcije već godinama obnašaju isti ljudi. U Općini Molve isti je načelnik na poziciji od 2013. godine, dakle deset godina. Takva situacija može potencijalno dovesti do koruptivnog i neetičnog ponašanja dužnosnika. Male općine karakterizira „blizak“ odnos birača i vlasti. To može imati i svoje prednosti. Lokalni političari osjećaju veću odgovornost prema građanima s obzirom na to da nisu samo njihovi birači već i susjedi. Takva situacija može djelovati i motivirajuće na lokalne čelnike. Uz to, i zaposlenici općine, s obzirom na to da djeluju neposredno uz načelnika i čine svojevrsan tim, predstavljaju njemu „krug bliskih ljudi“.

U dilemi treba li formirati male ili velike općine studija slučaja ovih triju općina upućuje na dva zaključka: 1) obrađene općine imaju tipične karakteristike malih općina u Hrvatskoj, a one danas zapravo predstavljaju većinu ukupnog broja lokalnih jedinica u Hrvatskoj i 2) male općine ipak imaju više problema nego prednosti s obzirom na to da demokratizacijski potencijal dovode u pitanje slaba participacija građana i općenito malo oblika sudjelovanja građana u lokalnom upravljanju te oligarhijske tendencije u lokalnom vodstvu.

⁷⁸ Zakon o pravu na pristup informacijama, NN 25/13, 85/15, 69/22, čl. 11.

⁷⁹ Đurman, P., Sudjelovanje građana u donošenju odluka u lokalnoj i regionalnoj samoupravi: Instrument e-savjetovanje s javnošću, u: Jurlina Alibegović, D., Markić Boban, A., Barbić, T. (ur.), *Prilika ili prijetnja? Reforma lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj*, Hanns-Seidel-Stiftung Ekonomski institut, Zagreb, 2022, str. 248.

SUMMARY

Problems and Dilemmas of Small Municipalities in Croatia: A Case Study of the Municipalities of Novo Virje, Ferdinandovac and Molve

This paper discusses the institutional position of small municipalities within the local and regional self-government of the Republic of Croatia. In terms of methodology, the paper was conceived as a case study based on data collected in three municipalities situated in the northern part of Croatia within Koprivnica-Križevci County: Novo Virje, Ferdinandovac, and Molve. These are typical Croatian municipalities: they are small communities of fewer than 2,000 inhabitants, they are facing economic and financial problems, they suffer from depopulation, and they are dependent on central government support. The democratisation potential of these small municipalities is also called into question. The conclusion is that the argument about the connection between size and democratisation in local governance is not valid because the democratisation potential is undermined by weak citizen participation, few forms of citizen involvement in local governance in general, and by oligarchic tendencies in the local leadership.

Keywords: local self-government, reform, small municipalities, case study, Novo Virje, Ferdinandovac, Molve

Mariza Menger, Assistant Professor at the Department of Administrative Science, University of Rijeka Faculty of Law

Iva Maderek, Secretary of Molve Primary School

PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI S POSEBNIM OSVRTOM NA KOMPARATIVNU SUDSKU PRAKSU

Pregledni znanstveni rad

UDK 347.72.036

347.51:347.72

340.5

Primljeno: 1. lipnja 2023.

Jan Petričević *

Jedno od temeljnih pravila u pravu društava ističe da članovi društava ne odgovaraju osobno za obveze društva, nego da snose samo ograničeni poslovni rizik za poslovanje, tj. da mogu izgubiti samo ono što su u društvo i uložili. Cilj je ovoga rada otvaranje rasprave o nizu slučajeva u kojima je zbog zaustavljanja zloupotrebe nužno probiti pravnu osobnost te posljedično uspostaviti direktnu osobnu odgovornost članova društva za obveze samog društva. Tako u hrvatskom zakonodavstvu postoji posebna zakonska osnova za proboj pravne osobnosti u čl. 10. st. 3., koja eksplicitno spominje zloupotrebu kao temeljnu pretpostavku za uspostavu proboja. Ta činjenica tako stvara i potpuno drugačije pravno okruženje za razvoj toga instituta od onoga u drugim državama, kao što su Njemačka, Engleska ili SAD. Navedena zakonska osnova tako implicira širu ulogu instituta od one koja je zastupljena u stranim državama, ali istovremeno ostavlja cijeli niz pitanja, kao što su potreban stupanj krivnje, pravni doseg, a i druga, otvorenima. Kroz analizu strane i domaće sudske prakse postaje evidentna neujednačena sudačka praksa te, posljedično, pravna neujednačenost i nepredvidljivost. Iz toga je razloga velik izazov nametnut hrvatskim sucima, koji dobivaju zadaću daljnjeg razvoja primjene instituta proboja pravne osobnosti.

Ključne riječi: proboj pravne osobnosti, osobna odgovornost članova društva, ograničena odgovornost članova

1. UVOD

Društva kao privatnopravna udruženja osoba nastala pravnim poslom, a vezana zajedničkim ciljem, igraju jednu od glavnih uloga u modernome okruženju, čija se kolektivna aspiracija uvelike temelji na razvoju ekonomskih djelatnosti kojima se pokušava stvoriti profit.^{1 2}

U praksi se najčešće pojavljuju trgovačka društva kapitala, dioničko društvo te društvo s ograničenom odgovornošću. Ta činjenica proizlazi iz pravno-gospodarske logike, koja se temelji na privlačnim svojstvima koja se nude kako u tim tako i u svim drugim društvima kapitala: pravni subjektivitet i režim odgovornosti za obveze. Prvo svojstvo čini trgovačko

* Vježbenik u odvjetničkom društvu Marohnić, Tomek & Gjoić d.o.o.

¹ Petrović, Siniša; Ceronja, Petar, Osnove prava društva, Deveto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2019, str. 1.

² Kapitalizam, dostupno na: <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=30315> (21. 12. 2022.).

društvo kapitala posebnom pravnom osobom, čiji je pravni subjektivitet strogo odvojen od subjektiviteta osoba koje su njegovi članovi te osoba koje djeluju kao zastupnici društva (čak i u slučajevima kada su zastupnici/članovi tijela koje vode poslove također i članovi društva), dok se drugo svojstvo očituje u činjenici da društvo bez iznimke odgovara za svoje obveze neograničeno, cijelom svojom imovinom.³

Iz gore navedenoga proizlazi da članovi snose samo ograničen poslovni rizik za poslovanje društva, tj. da oni mogu izgubiti samo ono što su u društvo i uložili. Navedenim režimom odgovornosti postiže se disperzija rizika na strani člana koji osnivanjem više društava isključuje opasnost od posljedica lošeg poslovanja društva. Međutim, izostanak te odgovornosti ne pojavljuje se kao prepreka članovima da preuzmu odgovornost pravnim poslom, primjerice ugovorom o jamstvu, davanjem garancije, pristupanjem dugu ili preuzimanjem duga.

Uz to, ograničena odgovornost nije prepreka ni za zasnivanja zajedničke solidarne odgovornosti prema trećim osobama na temelju počinjene štete iako se tu radi o odgovornosti čija je osnova drugačija, tj. potječe iz određene radnje ili određenog propuštanja.⁴

Hrabra odrednica društva kapitala o ograničenoj odgovornosti članova vuče svoju osnovu i iz protuteže koja se ostvaruje (u nekim državama) činjenicom da su društva kapitala obvezna imati temeljni kapital, koji predstavlja svojevrsnu garanciju vjerovnicima, te stoga nije nužna osobna odgovornost članova. Ta se garancija bitno očituje u odredbama o načelu unosa i održanja temeljnog kapitala.⁵ Propisivanjem nužnosti temeljnog kapitala posljedično se, s jedne strane, ostvaruje protuteža okolnosti da članovi društva ne odgovaraju za obveze, dok se, s druge strane, pokazuje vjerovnicima kolika je u određenom trenutku bila imovina društva.⁶

Činjenica ograničene odgovornosti potiče poduzetničku slobodu ulaženja u rizičnije poslove, sve u cilju maksimiziranja profita. Ta se sklonost očituje i u činjenici da se društva, kako bi postigla željene ciljeve, kreditno zadužuju te započinju svoje poslovanje enormnim investicijama. Bitno je napomenuti da sve to predstavlja uobičajene poslovne odluke, koje članovi i uprava društva donose u nadi povrata uloženog proporcionalno visini rizika. Navedene prakse time čine samo dio redovitih i sastavnih aktivnosti društava kapitala kao ekonomski najmoćnijih tržišnih igrača te ne predstavljaju nužno nezakonita djelovanja.⁷

³ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 18.

⁴ Barbić. Jakša, *Odgovornost članova za obveze društva kapitala*, Računovodstvo, revizija i financije, 2009, str. 398–403.

⁵ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 11.

⁶ *Ibid.*, str. 33.

⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *O proboju pravne osobnosti, Liber amicorum Zvonimir Šeparović: od kaznenog prava do viktimologije*, 2009, str. 144–146.

Ograničenom odgovornošću članova poslovnom se svijetu nameće cijena koja se nužno mora platiti kako bi se opći gospodarski napredak i razvoj mogli ostvariti. Zabrana zahvata vjerovnika društava u imovinu članova time predstavlja eminentnu odrednicu u mogućnosti formiranja određenih gospodarskih odnosa uopće te se nameće kao neophodno svojstvo društava kapitala.

Naravno, navedena povlastica članova da ne odgovaraju za obveze ne smije imati za posljedicu zloupotrebu te okolnosti. Iz tog su razloga bitne ranije spomenute odredbe o načelima unosa i održanja temeljnog kapitala, ali i druge odredbe o pojačanoj odgovornosti uprave društva, odredbe o prestanku društva, a posebno i norme o stečaju i likvidaciji, ali i posebice institut proboja pravne osobnosti.⁸

Tako zaštitu vjerovnika te iznimku od načela odvojenosti društva od članova predstavlja čl. 10. st. 3. i 4. Zakona o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD). Njime se, radi pojačavanja intenziteta pravne sigurnosti, utvrđuje da se onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva ne može pozivati na to da to zakonu za te obveze ne odgovara. U ovome slučaju dolazi do proboja pravne osobnosti (engl. *lifting the corporate veil*), odnosno zida pravnog subjektiviteta trgovačkog društva. Time se zanemaruje, odnosno ne uzima se u obzir, okolnost da je trgovačko društvo odvojen pravni subjekt, različit od svojih članova. U st. 4. tako se i nabrajaju situacije u kojima se smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana, tj. situacije u kojima se pretpostavlja zloupotreba članova.⁹

Iz svega navedenoga evidentno je da, usprkos postavljanju odvažne odredbe iz koje proizlazi ograničena odgovornost članova društva, postoji i znatno nastojanje zakonodavca da u brojnim navedenim odredbama pokušava postaviti parametre odgovarajuće zaštite vjerovnika društva u slučajevima zlouporabe.

U tom nizu zakonskih odredaba u kojima se nudi zaštita vjerovnicima postavlja se i pitanje najpodobnijeg pravnog sredstva te uloge instituta proboja pravne osobnosti.

Kroz analizu komparativne i domaće sudske prakse i prava tako će se pokušati doći do razjašnjenja instituta proboja te utvrđenja njegova dosega.

U provođenju istraživanja velika će pozornost biti pridodana raznim čimbenicima proboja koji još uvijek stoje pod upitnikom te će se pokušati približiti mogućim odgovorima.

2. TERMIN PROBOJA PRAVNE OSOBNOSTI

Čitanjem čl. 10. ZTD-a postaje evidentno da u njemu nema izričitog pojma „proboj pravne osobnosti“, nego da se on izvodi iz sadržaja navedenog članka. U st. 4. navode se slučajevi u kojima je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva te on tako ističe samo

⁸ Brnabić, Ratko, Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze, Doktorska disertacija, 2010, str. 9–11.

⁹ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 35–36.

neke od mogućih činjeničnih osnova na temelju kojih se može zasnivati zloupotreba povlastice neodgovornosti, a time i odgovornost članova društva.¹⁰ Istovremeno, zakonodavac čini očitim da se radi o institutu proboja pravne osobnosti bez korištenja tog izraza.

Izraz „proboja pravne osobnosti“ predstavlja prilagođeni prijevod stranog engleskog izraza na hrvatski jezik. Hrvatska inačica proizašla je iz termina *piercing the corporate veil*, ali se američki sudovi u praksi, kao i pravni teoretičari, često koriste i izrazima kao što su *lifting the corporate veil*, zatim *alter ego*, pa čak i izrazom *mere instrumentality*.¹¹

Tu je bitno napomenuti da treba biti pažljiv u korištenju tih raznih izraza, i to pogotovo u Hrvatskoj, u kojoj je zakonski predviđen te time i djelomično sistematiziran institut proboja pravne osobnosti. Razlog ovome leži u činjenici da su izrazi kao *alter ego* ili *mere instrumentality* zapravo samo slučajevi (uz to veoma bliski) u kojima je u SAD-u ispunjena pretpostavka za primjenu doktrine proboja pravne osobnosti. Tako se u prvome radi o situaciji kada se člana društva, temeljem činjenice da je nemoguće razdvojiti djelovanje njega samoga od djelovanja društva u pravnom smislu, identificira sa samim društvom, pa se i slijedom toga donosi zaključak da je on samo *alter ego* društva. U drugome se pak radi o situaciji u kojoj član društva koristi kao paravan za ostvarivanje vlastitih interesa izbjegavajući na taj način osobnu odgovornost.¹² Kako će o činjeničnim osnovama biti više riječi u drugome odjeljku, u fokusu će sada biti isključivo terminološka odrednica vezana uz njih.

Izraz *piercing the corporate veil* prvi je put uopće upotrijebio profesor Maurice Wormster sa sveučilišta Illinois u svojem članku objavljenom 1912. godine. Od tada taj se izraz postupno prihvaćao za označavanje raznovrsnih situacija kada sud odlučuje zanemariti (*disregard*) princip ograničene odgovornosti članova za obveze društva kod društva kapitala, ponajprije u slučajevima kada se primjena načela o ograničenoj odgovornosti članova društava za obveze društva protivi načelu pravičnosti (*equity*).¹³

U njemačkom pravu, koje je Republika Hrvatska izabrala za uzor na području prava društava (a i drugdje), pravni teoretičari koriste izraz *Durchgriffshaftung*. Strana literatura izriče da ovdje nije riječ o zakonom reguliranim slučajevima odgovornosti članova, već o srodnom obliku *ultima ratio* pojedinog dioničara ili člana društva.¹⁴ Uz njega se koristi i izraz *existenzvernichtender Eingriff* (engl. *existence annihilating interference*). Navedeni izraz koristi se u novijim njemačkim presudama te je za njega sporno koliko se odnosi na izvornu doktrinu proboja pravne osobnosti, a koliko na novi princip, koji je evolucijom niknuo iz ranije njemačke prakse proboja (o tome više riječi u

¹⁰ Zakon o trgovačkim društvima, NN 114/22, čl. 10.

¹¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 152.

¹² *Ibid.*, str. 150–152.

¹³ *Ibid.*, str. 153.

¹⁴ *Ibid.*, str. 153–154.

poglavlju o Njemačkoj). Tu je bitno napomenuti da se radi o izrazu koji se koristi u obrazloženjima relevantnih presuda te također ne proizlazi iz izričite zakonske norme.¹⁵

Iz njemačkog prava proizlazi činjenica da se pod tim pojmom raspravlja o međusobno različitim pitanjima te stoga nema jedinstvenog nazivlja. Odgovornost za proboj zapravo je podgrupa višeg rodnog pojma proboja (*Durchgriff*) te iz opsega pojma najčešće i proizlazi podjela na proboj u širem i užem smislu.¹⁶

U *širem smislu*, proboj obuhvaća sve slučajeve kad je povodom obveze društva nastao pravni odnos između vjerovnika društva i njegovih članova, bez obzira na pravnu osnovu toga odnosa. Tu se zanemaruje neovisnost (*Selbstständigkeit*) pravne osobe prema njezinim članovima. Pravna narav proboja jest promjena na strani subjekta odgovornosti; njihova izmjena ili kumulacija. Bitno je istaknuti da tu spadaju i slučajevi kada je odgovornost člana u svezi s obvezom društva nastala prema općim pravilima građanskog prava.

S druge strane, proboj u užem smislu označava proširivanje pravnih učinaka norme s njezina adresata – pravne osobe – na pravne subjekte koji su njegovi članovi. Takva posljedica nastaje pripisivanjem pravnih učinaka normi drugim subjektima ili odgovornosti članova za obveze društva. Tu spadaju svi slučajevi kod kojih se pravna različitost pravne osobe i njezina člana zanemaruje te dolazi do proboja prema članu.

Uz tu imamo i podjelu na pravi (izvorni) i nepravi (lažni) proboj, koja se temelji na činjenici postojanja posebne pravne osnove. U prvome bi slučaju posebna pravna osnova odgovornosti bila npr. jamstvo, dok bi u drugome slučaju bez posebne pravne osnove došlo do osobne odgovornosti člana (npr. na temelju činjenične osnove miješanja imovine).

U literaturi se navode još neke podjele, od Schmidtove podjele na metodološka pitanja provedbe proboja i na konkretne slučajeve u kojima se raspravlja o proboju,¹⁷ pa sve do podjele termina proboja pravne osobnosti u slovenskom pravu na jamčevni te pripisni proboj.¹⁸

Bitno je istaknuti da je svaka od tih podjela zapravo veoma bliska drugoj te da sve imaju isti cilj – olakšanje snalaženja u mnoštvu nedovoljno konkretnih definicija.¹⁹ Iz količine ponuđenih podjela i izraza proizlazi i zaključak o kompliciranoj prirodi navedenog pravnog pojma te o nastojanju svakog pravnog sustava usmjerenom prema njegovu razjašnjavanju.

3. KOMPARATIVNO PRAVO I PRAKSA

¹⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, Piercing the corporate veil: historical, theoretical and comparative perspectives, E W Barker Centre for Law and Business, National university of Singapore, Berkeley Business Law Journal, vol. 16:1, 2019, str. 172, dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/328469896_Piercing_the_Corporate_Veil_Historical_Theoretical_and_Comparative_Perspectives.

¹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8) str. 14.

¹⁷ *Ibid.*, str. 16–17.

¹⁸ Mayr, Vida, Proboj pravne osobnosti u slovenskom pravu, Pravo u gospodarstvu, 2009, str. 1226–1227.

¹⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 16.

3.1. Engleska

U pravu i praksi Engleske najvažniji temelj za otvaranje diskusije o proboju pravne osobnosti uopće pronalazimo u poznatom slučaju *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*

Naime, u navedenom je slučaju uspostavljena stroga odvojenost subjektiviteta članova društva i društva kao takva. Međutim, zanimljivo je napomenuti dio izjave suca *Lorda Watsona* u obrazloženju presude, u kojoj on izričito naglašava činjenicu da načelo odvojenosti društva od njegovih članova ne može biti prošireno izvan razuma i namjere zakonodavca. Kasnije se o istoj tvrdnji široko govori u presudi *Glazer v. Comm'n on Ethics for Public Employees* te se ističe već ranije spomenuta tvrdnja da je nužno odvojeni pravni subjektivitet usmjeriti u korist promocije razvoja gospodarstva i industrijskog napretka te ga spriječiti u preuzimanju svrhe koja nije u skladu s ciljevima kako pravne države tako i javnih interesa.²⁰ Činjenica da je navedena presuda donesena rane 1897. godine govori o iznimno naprednom toku razmišljanja engleskih pravnih teoretičara i sudaca.²¹ U obrazloženju presude ne spominje se doslovni izraz *piercing the corporate veil*, ali se već naziru skilske intrikacije primjene načela odvojenosti društva u svijetu u kojem zloupotreba pravno generiranih povlastica nije strana.

Glavno pitanje koje se pojavljuje u engleskim slučajevima vrti se oko činjenice je li došlo do zloupotrebe „korporativne forme“. Prije se u presudama Engleske više pozornosti davalo izrazima kao što su *sham* ili *façade* te se na njihovu pronalasku u činjeničnim osnovama slučaja temeljila uspostava proboja pravne osobnosti.

Pitanje od kojeg proizlazi najveća problematika u engleskoj praksi (poslije ćemo vidjeti, i drugdje) jest pitanje dosega doktrine proboja pravne osobnosti.

Engleski sudac *Lord Sumption* otišao je čak tako daleko da je u presudi *Prest v. Petrodel* (2013. godine) iznio mišljenje da bi se doktrina trebala ograničiti isključivo na slučajeve izbjegavanja plaćanja poreza (*evasion cases*).²² U njoj navodi i mišljenje kako se u proboju pravne osobnosti radi o ograničenoj doktrini iz razloga što će u slučajevima gdje je „test“ za proboj ispunjen najčešće zbog drugih okolnosti biti potpuno nepotrebno probijati pravnu osobnost. Na temelju toga izvodi i argument da će u slučajevima gdje iz činjeničnih okolnosti proizlazi preklapanje dvaju područja prava prednost biti dana rješenjima drugačijim od probijanja pravne osobnosti.²³

U konkretnom slučaju radilo se o osobi koja je bila samostalni vlasnik više *off-shore* društava u čijem se vlasništvu nalazio niz nekretnina, a čija je žena, od koje se razvodio, polagala prava na te nekretnine te je tvrdila da su nekretnine u prikrivenom vlasništvu njezina muža. Bitno je istaknuti da se u konkretnom slučaju radilo o primjeni posebnog

²⁰ Cheng-Han,; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 151.

²¹ Legal Case Summary *Salomon v. A. Salomon Co. Ltd.*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/salomon-v-salomon.php> (26. 12. 2022.).

²² Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 158–159.

²³ *Ibid.*, str. 154–155.

engleskog pravnog principa *concealment principle* te da je na temelju njega i donesena presuda u kojoj probijanje pravne osobnosti nije bilo nužno iz razloga što je navedeni princip već ponudio validno rješenje. Princip se praktički temelji na „gledanju iza društva te identificiranju pravog aktera koji se skriva iza društva“. Uz to se radilo i o rješenju koje je bilo moguće isključivo zbog posebnosti engleskog prava konstituiranog u postojanju instituta trusta i principa vezanih uz taj trust.²⁴

Iz svega navedenoga očita je konstatacija da u Engleskoj postoji velika pozornost pri primjeni doktrine proboja pravne osobnosti te da je praksa usmjerena na traženje alternativnih pravnih putova u cilju dolaska do istih rezultata. Međutim, evidentno je da se razlozi za navedeno pronalaze točno u posebitostima engleske pravne prakse i prava, koji često nude alternativna pravna sredstva kojima se mogu postići zadovoljavajući pravni rezultati.

U engleskoj sudskoj praksi u vezi s pitanjem proboja može se govoriti o tri moguća tumačenja, odnosno rješenja (argumenta): a) društvo kao zastupnik člana (*agency*), b) učenje o društvu kao fasadi (argument društvenog vela) i c) društvo kao zasebna gospodarska cjelina (*single economic unit*). Uz to je bitno pridodati i jednu opću kategoriju slučajeva, u kojima je nužna zaštita interesa pravednosti.²⁵

Iz prvog tumačenja proizlazi činjenica da društvo može biti nečiji zastupnik. Društvo u tom slučaju preuzima obveze u ime i za račun člana koji je obveznik iz tog pravnog odnosa i subjekt odgovornosti. Tako je, prema pravnoj konstrukciji zastupstva, društvo kći samostalan pravni subjekt, koji sveobuhvatno i trajno kontrolira društvo majka (ili vladajući član društva) radi ostvarenja vlastitih ciljeva. U toj konstrukciji društvo majka odgovara za obveze koje je preuzelo društvo kći kao njegov zastupnik, pod pretpostavkom da je ono postupalo po uputama „zastupanog“ društva. Radi se o jednom labavom tumačenju, koje je više uspjeha pronašlo u ranijim engleskim presudama te kojemu se u novijoj sudskoj praksi pristupa s rezervom. U presudi *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade & Industry* ističe se, primjerice, činjenica da vladajući položaj nije dostatan za priznanje odnosa zastupstva te da se u brojnim ranijim presudama radilo uistinu o atipičnim činjenicama, na temelju kojih je teško konstituirati široko tumačenje.²⁶

U kontekstu drugog tumačenja relevantan je predmet *Adams v. Cape Industries plc.*, u kojemu se ono izričito spominje kao mogući pravni temelj proboja, ali u kojemu nije i primijenjen. U obrazloženju je navedeno da se pravni veo ne može podizati u slučaju tuženog društva koje je član holdinga samo zbog toga što se tuženik njime koristio kako bi se izbjegla odgovornost vladajućeg društva iz razloga što je zakonski dopušteno organiziranje grupne strukture u tu svrhu. S druge strane, istaknuto je da je proboj moguć

²⁴ *Prest v. Petrodel Resources Ltd. & Others*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/prest-v-petrodel-resources.php> (26. 12. 2022.).

²⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 45–46.

²⁶ *Ibid.*, str. 47–48.

u slučaju dokazivanja izbjegavanja moguće odgovornosti za štetu.²⁷ U predmetu *Jones v. Lipman* ipak dolazi do posljedice solidarne odgovornosti tuženika za obveze iz ugovora o kupoprodaji. Tuženi je član u navedenom slučaju prenio svoju imovinu na društvo te je time izbjegao odgovornost. U samom trenutku prijenosa imovine društvo je imalo registrirano sjedište u odvjetničkom uredu i temeljni kapital od sto funti te uz to nije imalo voditelja poslova.

Korisno je istaknuti i presudu *Gencor ACP Ltd. and others v Dalby and others*, u kojoj dolazi do tzv. obrnutog proboja. Naime, član uprave koncerna prisvojio je poslovnu priliku društva te je dobit usmjerio na račun drugoga društva, koje je neposredno prije toga osnovao. To novoosnovano društvo nije imalo zaposlenike, a nije bilo ni poduzetnički aktivno.²⁸ U toj se presudi može govoriti i o činjeničnoj osnovi *alter ega*.²⁹

Zadnje tumačenje *single economic unit* jest pravna konstrukcija koja vrijedi samo za povezana društva. Prema njemu sud može zanemariti pravnu odvojenost društava koja čine koncern i time ih smatrati jednom gospodarskom cjelinom. Taj se zaključak mora temeljiti na činjenici da se radi o jednoj pravnoj i gospodarskoj cjelini, potkrijepljenoj i sa strane ekonomskih razmatranja. Sudovi su u početku prihvaćali takvu praksu (npr. u presudi *DHN v. Tower Hamlets LBC*, 1976. godine)³⁰ ali su je ubrzo počeli napuštati (npr. *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon*).³¹

Od svih tumačenja možda se kao najzanimljivije predstavlja tumačenje na temelju interesa pravednosti, za čiji je razvoj zaslužan sudac *Denning* u predmetima *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v. Inland Revenue Commissioners* i *Wallersteiner v. Moir*. Međutim, takvo široko tumačenje bilo je odbijeno u ranije spomenutoj presudi *Adams v. Cape*, ali i u presudi *Ord. v. Belhavens Pubs Ltd*.³² Očito je da interes pravednosti predstavlja široko tumačenje, koje se može predstaviti kao ogromna zamka za primjenu instituta proboja te otvoriti vrata opasnostima pravne nesigurnosti. S druge strane, iz njega se može izvesti plemenito razmišljanje suca *Denninga*, koji je tim tumačenjem potencijalno htio istaknuti činjenicu da je bitno svaki slučaj procjenjivati zasebno te da će se teško doći do rigidne predodređene strukture tog pravnog instituta.

Englesku pravnu praksu bitno je promatrati sa sviješću o razlikama pravnog okruženja, ali istovremeno iz nje izvući i pouku o ustrajnom traženju najpodobnijeg pravnog sredstva za sprječavanje zloupotrebe. Uz to, neophodno je istaknuti i veliku pozornost koja se

²⁷Adams v Cape Industries, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/adams-v-cape.php> (27. 12. 2022.).

²⁸Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 50–52.

²⁹Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 160.

³⁰DHN Food v Tower Hamlets, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/dhn-v-tower-hamlets.php> (27. 12. 2022.).

³¹Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 152–153.

³²*Ibid.*, str. 53–54.

zahtijeva pri kazuističkom tumačenju svakog slučaja te žustrom lovu na cijeli niz atipičnih činjenica, koje mogu presuditi u određenom slučaju.

Nakon izvođenja navedenih primjera sudske prakse nameće se zaključak o diskutabilno neujednačenoj sudskoj praksi, koja se temelji na različitim inačicama obrazloženja presuda, u kojima na kraju prevladava slobodna ocjena suca, uvjetovana s jedne strane činjeničnim okolnostima, a s druge strane vlastitim tumačenjem ranijih obrazloženja presuda.

3.2. SAD

Institut proboja pravne osobnosti, diskutabilno, najrazvijeniji je i najzastupljeniji u američkom pravu i praksi, što to pravo i praksu ujedno čini i potencijalno najreferentnijim izvorom analize. Američki se sudovi njime bave od početka 20. stoljeća, a sporadično se mogu pronaći i ranije presude. Postoji cijeli niz sudskih odluka u čijim se obrazloženjima može pronaći gotovo neiscrpan izvor analiza i rasvjetljavanja pitanja kada je pravno opravdano podići pravni veo te posegnuti za osobnom odgovornosti člana društva. Jedna od najvažnijih naznaka pri analizi tog pitanja u praksi i pravu SAD-a jest činjenica da američki federalni propisi ne reguliraju taj institut te da je iz tog razloga primjena instituta ovisna o slobodnoj ocjeni suda te dostupnoj sudskoj praksi.³³

Američko zakonodavstvo, jednako tako, za razliku od, recimo, njemačkog, pa tako i hrvatskog, pravno ne regulira odnose između povezanih društva te se, sukladno tome, institut proboja pravne osobnosti predstavlja kao jedan od osnovnih pravnih instrumenata za zaštitu vjerovnika u slučajevima potkapitalizacije društva kćeri ili korištenja društva kćeri u cilju izigravanja vjerovnika, ali mu se velika pozornost posvećuje općenito u slučajevima povezanih društava.³⁴

Uz to, bitno je napomenuti i činjenicu da se u velikom broju američkih država zakonski ne propisuje najniži iznos temeljnog kapitala potreban za osnivanje trgovačkog društva te da će se iz istog razloga u navedenim situacijama potkapitalizacije često posezati za instrumentom proboja pravne osobnosti. Međutim, dokazana činjenica potkapitalizacije, tj. u slučajevima gdje je utvrđeno da društvo s obzirom na svoj kapital nije imalo realnu šansu za opstanak (tako se često tumači pojam potkapitalizacije u američkom pravu), neće biti dovoljna za uspostavu temelja proboja. Za uspostavu će tako biti potrebni i drugi čimbenici.³⁵

U SAD-u se kao dva najvažnija tumačenja i doktrine proboja pravne osobnosti pojavljuju *instrumentality doctrine* i *alter ego doctrine*.³⁶

³³ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 146–147.

³⁴ *Ibid.*, str. 156–157.

³⁵ *Ibid.*, str. 160–161.

³⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 160.

Prva je doktrina najbolje prikazana u slučaju *Lowendahl v. Baltimore & O. R. Co.* Naime, u navedenom je slučaju istaknuto kako je bitno uspostaviti „potpunu kontrolu (*domination*)“, i to ne samo financija, nego i poslovnih praksi, koje sve upućuju na činjenicu da pravni entitet uopće nije imao vlastitu volju. Uz to, bitno je da se ta „potpuna kontrola“ koristila u svrhu počinjenja „prijevare pozitivne pravne dužnosti – zloupotrebe (*fraud or wrong, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty*)“. Na kraju, uz tu potpunu kontrolu usmjerenu na počinjenje prijevare, bitan je i posljedičan nastanak određenog oštećenja ili gubitka.

Doktrina *alter ego* bliska je prvoj te stoga postoji i argument da između njih dvije ne postoji prava značajna razlika kako obje vode do istih pravnih rezultata. Iz istog se razloga ističe i činjenica da su njih dvije praktički izmjenjive.³⁷

Od ta dva gore navedena elementa potpune kontrole i zloupotrebe drugi se, pravnom logikom, nameće kao važniji, ali je zanimljivo istaknuti da se u praksi SAD-a zapravo puno veća pozornost posvećuje uspostavljanju indikatora potpune kontrole.

Naime, indikatori za kojima se traga u uspostavljanju tog elementa svode se na širok raznovrstan popis nedostatka raznih formalnih zahtjeva: zajednički uredi, nedostatak izbora direktora, vođenja korporativne dokumentacije, ali jednako tako i preklapanje direktora, zaposlenika, vlasništva društava, adresa i telefonskih brojeva, znatna potkapitalizacija, postupanje pojedinih članova s imovinom korporacije kao vlastitom, upitna količina poslovne diskrecije u društvu pod potpunom kontrolom, korištenje imovine drugog društva te, generalno, propusti u organiziranju društva.³⁸

Dok se u nekim člancima govori o vrlo kvalitetnom i iscrpnom američkom modelu,³⁹ u drugima se postavlja i provokativno pitanje o njegovim brojnim manjkavostima.⁴⁰

Cijeli niz odrednica za kojima američki suci tragaju (od kojih ranije nisu spomenuti: iznošenje lažnih činjenica ili lažnog predstavljanja, utvrđivanje činjenične osnove *alter ego*, korištenje društva kao *pukog sredstva*) svodi se na diskutabilno neiscrpan popis, koji k tome još nije ni zatvoren.⁴¹

Iz ovoga razloga nameće se zaključak o već prije spomenutom, opetovanom prijeko potrebnom vaganju interesa važnosti zaštite ograničene odgovornosti članova te zaštite nastavka razvoja gospodarstva i formiranja kapitala.

Suci bi se u tim okolnostima, po mišljenju profesora prava na Kalifornijskom sveučilištu u Los Angelesu (UCLA) *Stephena Bainbridgea*, počeli oslanjati na prije spomenuti popis te

³⁷ *Ibid.*, str. 160–161.

³⁸ *Ibid.*, str. 161–162

³⁹ Lazarušić, Marko, *Proboj pravne osobnosti, Računovodstvo, revizija i financije*, 2010, str. 132.

⁴⁰ Bainbridge, Stephen M., *Abolishing LLC veil piercing*, University of California, Los Angeles (UCLA) – School of Law, 2004, str. 99–102, dostupno na: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2005/1/Bainbridge.pdf>.

⁴¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 159–160.

bi posljedično tražili raznorazne testove i prečace kojima bi provjeravali postojanje osnove za probijanje pravne osobnosti. Međutim, kako rigidni i provjereni, a konkretni testovi koji bi ujednačili pravnu praksu u SAD-u ne postoje, okrenuli bi se vlastitoj maglovitoj intuiciji, koja bi katkad nužno donijela i krive rezultate, te time otvorila vrata pravnoj nesigurnosti.⁴²

Tako se u presudi *Bonner v. Bruson* naglašava arbitrarnost svih odrednica koje suci traže. Na kraju se potraga svela na ispitivanje bilo kakvih dokaza koji upućuju na to da je tuženik *Bruson* zloupotrijebio pravni subjektivitet društva bilo miješanjem vlastite imovine s imovinom društva bilo miješanjem sfere poslovanja društva s vlastitim poslovima. U ovoj je presudi, prema mišljenju profesora *Bainbridgea*, naglašena i pretjerana „fetišizacija“ američke sudske prakse u potrazi za nedostatkom zakonskih formalnosti.⁴³

Još neki od poznatih „testova“ za uspostavu pretpostavke proboja pravne osobnosti na koje su se oslanjali američki suci mogu se pronaći u slučajevima *Laya v. Erin Homes, Inc.* te *Van Dorn Co. v. Future Chemical and Oil Corp.*

U prvom slučaju sud navodi dva ponovno granično definirana zahtjeva: postojanje jedinstva osobe i društva, koje rezultira zanemarivanjem odvojenog subjektiviteta, te uvjet da se njime uzrokuje nepravda, odnosno čini prijevara. U drugom se pak slučaju naglašava uvjet pojačane potkapitalizacije u kombinaciji s prije spomenutim zanemarivanjem zakonskih formalnosti u osnivanju i provođenju poslova društva. Isti su testovi bili primijenjeni, a po sudskoj prosudbi i ispunjeni, i u slučajevima *Kinney Shoe Corp. v. Polan i Sea – Land services, Inc. v. The Pepper source*.⁴⁴

Nakon analize navedenih testova nameće se zaključak da svaki od njih predstavlja pokušaj američkih sudaca da olakšaju primjenu doktrine proboja pravne osobnosti, ali istovremeno, činjenično, vodi do nesigurne polivalentnosti.

O problematici primjene doktrine proboja pravne osobnosti u američkoj praksi svjedoči i jedan od najpoznatijih slučajeva *Walkovszky v. Carlton*. U navedenom je slučaju tužitelj kao oštećenik stradao u prometnoj nezgodi koju je prouzročio taksist. On ustaje tužbom i traži naknadu štete od taksi-kompanije, koja je osnovana s neznatnim temeljnim kapitalom, a bila je osigurana u slučaju nezgode samo do visine 10 000 američkih dolara. S obzirom na utvrđenu činjenicu da ne postoji imovina iz koje bi se oštećeni mogao namiriti, tužitelj pred sud iznosi tvrdnju u kojoj navodi da je tuženo taksi-društvo kao štetnik jedno od čak 10 trgovačkih društava čiji je osnivač jedna te ista osoba *William Carlton*. Oštećenik također navodi da je osnivač sve to učinio s namjerom izbjegavanja odgovornosti za moguću štetu. Slijedom navedenog tužitelj traži od suda da probije pravnu osobnost te da mu se pretrpljena šteta nadoknadi iz imovine svih društava koja

⁴² Bainbridge, Stephen M., *op. cit.* (bilj. 40), str. 97–98.

⁴³ *Ibid.*, str. 88

⁴⁴ Allen, William T.; Kraakman, Reinier, *Commentaries and cases on the law of business organization*, Fifth edition, 2016, str. 124, 129.

su, po njegovu sudu, zapravo jedan poslovni subjekt.⁴⁵ Navedeni slučaj završava odbijanjem tužbenog zahtjeva s obrazloženjem da tužitelj nije uspješno uspostavio odrednice na temelju kojih bi se opravdano zaključilo da su *William Carlton* i njegovi suradnici vodili svoje poslovanje na način da su zanemarivali pravni subjektivitet društva vađenjem i umetanjem imovine društva ili vlastite imovine. Iskazano je da su istaknuti samo argumenti potkapitalizacije i oskudnog miješanja, koji se nisu predstavili kao dovoljni. Ističe se da nije prijevarno postupanje osiguravanje taksi-vozila na minimalni iznos od 10 000 dolara te da bi drugačija presuda pokrenula domino-efekt presuda u sličnim situacijama. Bitno je istaknuti da sud izričito napominje da bi odgovornost bilo koga drugoga osim samog vlasnika vozila mogla proizaći jedino na temelju principa *respondeat superior* te da bi jedino po toj osnovi oštećenik mogao držati odgovornim cijeli poslovni subjekt.⁴⁶

Iz ovoga proizlazi da sud praktički odbija argumentaciju za proboj pravne osobnosti, ali istovremeno upućuje na drugo pravno sredstvo kojim bi se postigao isti cilj.

U kontekstu navedenog slučaja korisno je spomenuti i mišljenje suca *Keatinga*, koji se žestoko protivi presudi te navodi da se radi o jasnoj zloupotrebi odvojene pravne osobnosti društva te tuženikovu skrivanju iza te osobnosti. Također ističe da bi svi članovi trebali biti osobno odgovorni za počinjenu štetu te naglašava da odredba o minimalnom osiguranju taksi-vozila sigurno nije svoj *ratio* pronalazila u zaštiti pojedinaca koji bi namjerno osnivali bezbroj društava kako bi izbjegli odgovornost za štetu.⁴⁷

U navedenom se slučaju radi o situaciji u kojoj je zahtjev za probojem pravne osobnosti proizašao s naslova izvanugovorne odgovornosti te stoga i predstavlja poseban primjer, koji otvara široku raspravu o dosegu i ulozi navedene pravne doktrine. Očito je da je sud ovom presudom htio poslati poruku tužitelju da je korištenje pravnog sredstva proboja pravne osobnosti sklizak teritorij te da iste rezultate može polučiti i alternativnim pravnim putem.

Međutim, ono što je definitivno sporno u konkretnoj presudi jest činjenica da sud nije smatrao da se tvrdnja o zloupotrebi korporativne forme konkretno dokazala, usprkos svim navedenim okolnostima, koje jasno upućuju na vještu manipulaciju zakonski postavljenih ograničenja. Navedena se presuda iz tih razloga može smatrati upitno utemeljenom te, diskutabilno, još jednim proizvodom oskudne maglovite intuicije sudaca.

U ovom kontekstu potrebno je spomenuti i neke od američkih presuda u kojima je pak došlo do posljedice osobne odgovornosti, i to putem proboja pravne osobnosti, ali za koje je upitno je li točno taj put bio i najpodobniji.

⁴⁵ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 157–158.

⁴⁶ Klein, William A.; Ramseyer, J. Mark; Bainbridge, Stephen A., *Business associations – cases and materials on agency, partnerships, LLCs, and corporations*, Tenth Edition, 2018, str. 200–201.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 201–203.

Tako se, primjerice, u presudi *Gorill v. Icelandair/Flugleider* probija pravna osobnost na temelju doktrine *instrumentality* (doktrina pukog sredstva) te se istovremeno navodi da se odrednica zloupotrebe ispunjava protupravnim raskidom radnih odnosa. Tim bi se tumačenjem doseg doktrine proboja pravne osobnosti ponovno pretjerano proširio te bi se zanemarilo drugo pravno rješenje. Isti problem širokog tumačenja pojavljuje se i u presudama *Carte Blanche Pte. Ltd. v. Diners Club International* i *Sabine Towing & Transp. Co., Inc. v. Merit Venture, Inc* (obje vezane uz kršenje/povredu ugovora).⁴⁸

Iz navedenoga se nameće zaključak kako se u američkoj pravnoj praksi vodi duga i iscrpna polemika o ulozi i dosegu doktrine proboja pravne osobnosti. Primjenjuje se cijeli niz različitih testova, na temelju kojih se pokušava uspostaviti temelj za probijanje pravne osobnosti, ali se istovremeno, zbog nejasnoća i manjka specifičnosti u tim testovima, velik dio slučajeva svodi na subjektivnu procjenu sudaca. Kao rezultat se, s jedne strane, pojavljuje neujednačena sudska praksa, ali, s druge strane, i rudnik zlata analize primjene doktrine proboja. Kako je već spomenuto u početku samog odlomka, doktrina proboja pravne osobnosti ne temelji se na zakonsko propisanoj osnovi, a iz toga logično proizlazi i dinamična i raznolika sudska praksa, koja još uvijek pokušava pobliže definirati doktrinu.

Praksu SAD-a iz tog razloga treba tumačiti pedantno i specifično te svaku presudu uzimati sa zrnom soli. Međutim, u njoj treba biti sposoban pronaći veliku vrijednost u različitim pristupima te raznovrsnim pokušajima definiranja testova na temelju kojih bi se utvrdile pretpostavke proboja pravne osobnosti.

3.3. Njemačka

3.3.1. Učenja o proboju pravne osobnosti

Njemačka se sudska praksa s probojem pravne osobnosti prvi put susrela 1920-ih godina, dok je prva sustavna obrada pojma u literaturi izvršena tek 1955. godine od strane *Sericka*. U njemačkoj se pravnoj znanosti razvio ogroman broj dogmatskih i metodoloških pokušaja objašnjenja pojma proboja sve dok se sudska praksa u brojnim presudama hrvala sa samim pojmom.⁴⁹

Jedna od najznačajnijih podjela učenja o proboju svodi se na tri najzastupljenija učenja: a) učenje o zloupotrebi, b) učenje o primjeni norme, tj. o cilju ili svrsi norme, te c) mješovita učenja.

Njemački autor *Serick*, osim za prvu sistematizaciju sudske prakse o proboju, zaslužan je i za uspostavu prvog učenja na temelju kojeg se proboj treba dopustiti ako se pravna osoba zloupotrijebi da bi se izigrao zakon, povrijedila ugovorna obveza ili pak prijevarno

⁴⁸ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 164–167.

⁴⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 35–36.

oštetili treći. Uz to, on zahtijeva i namjeru osobe da se zloupotrijebi pravna osoba. Time se i konstituiralo učenje o subjektivnoj zloupotrebi, ali je brzo kao odgovor nastalo i učenje o objektivnoj zloupotrebi, koje je pak teret dokaza prebacilo na samog počinitelja.⁵⁰ Iz obje varijante proizlazi posljedično zanemarivanje pravne samostalnosti društva prema njegovim članovima te stoga predstavlja teorijski upitno prekoračenje postavaka ograničene odgovornosti.

Učenje o cilju, odnosno primjeni pravne norme koje razvija *Muller-Feienfels* temelji se na rješenju koje se traži u ciljnom, tj. teleološkom tumačenju norme, koja odgovara konkretnim okolnostima slučaja. Time se pitanje proboja praktički svodi na primjenu konkretne pravne norme. To se tumačenje naziva i izvornim tumačenjem zato što se radi o antitezi prema proboju te se stoga problemi slučajeva na koje bi se primjenjivala neka „posebna metoda proboja“ rješavaju samo primjenom činjenično i pravno relevantne norme u skladu s njezinim ciljem.⁵¹ Na taj se način izbjegava nužnost formiranja posebnih i novih osnova odgovornosti te se rješenje traži u postojećem pravnom okviru.

Neki autori (*Ehricke, Altmeyden, Schmidt i Wilhelm*) u novije vrijeme negiraju potrebu za posebnim učenjem o proboju te umjesto toga predlažu odgovarajuću primjenu propisa o odgovornosti za štetu. Od posebnih autora mješovitih tumačenja bitno je istaknuti i njemačkog pravnog teoretičara *Schanze*, koji se među prvima usprotivio stajalištu o potrebi posebnog učenja zastupajući učenje o cilju, ali uz malenu izmjenu. Naime, *Schanze* se zalagao za pripisivanje odvojeno od proboja, na temelju kojeg bi se tumačili pozitivnopravni propisi prema svojem cilju, ali sve to bez zadiranja u pravnu osobnost društva.⁵² Na taj bi se način izbjegla teorijska polemika o prekoračenju jedne od najtemeljnijih postavki prava društva konstituirane u činjenici ograničene odgovornosti članova društva.

Iz proučavanja njemačke sudske prakse proizlazi činjenica o važnosti svih tih tumačenja te o različitim odgovorima vezanim uz primjenu proboja pravne osobnosti. Bitno ih je navesti prije izlaganja prakse iz razloga što će u praksi biti vidljiv smjer razvoja tumačenja proboja.

3.3.2. Pravo i praksa

Njemačko pravo, kao i hrvatsko, a za razliku od prava SAD-a i Engleske, za registraciju društva s ograničenom odgovornošću *GmbH* zahtijeva temeljni kapital. To je jedna od važnijih naznaka i općih razlika između navedenih prava, iz koje proizlazi činjenica da će u državama s cijelim nizom odredaba vezanih uz načela unosa i održanja temeljnog kapitala, od zahtijevanja temeljnog kapitala pa sve do odredaba o nedopuštenim primanjima i isplatama, biti znatno manje potrebna alternativna i dopunska zaštita

⁵⁰ *Ibid.*, str. 36–37.

⁵¹ *Ibid.*, str. 37–38.

⁵² *Ibid.*, str. 39.

vjerovnika društva.⁵³ To, naravno, ne isključuje potrebu za doktrinom proboja pravne osobnost, ali je reducira u određenim slučajevima potkapitalizacije društva.

Zanimljivo je napomenuti da je starija njemačka sudska praksa u slučajevima potkapitalizacije neusklađena te da je u raznim, poprilično sličnim predmetima donosila diskutabilno različite presude. Ono što je sigurno jest to da je čak i u tim starijim presudama bilo istaknuto da ispunjenje jedino pretpostavke potkapitalizacije nije dovoljno za primjenu doktrine proboja.⁵⁴ Novija će pak sudska praksa biti iskazana u sljedećim paragrafima.

Druga naznaka vezana uz njemačko pravo odnosi se na to da se radi o kontinentalnom pravnom sustavu, u kojem sudovi nisu vezani svojim prethodnim presudama, ali za koji je, s druge strane, sudska praksa više nego bitna za razvoj pravnih instituta te za formiranje pravnog okruženja ujednačene sudske prakse.

Važnost sudske prakse pronalazi se i u činjenici da institut proboja pravne osobnosti u Njemačkoj ne pronalazi konkretnu zakonsku osnovu u obliku odredbe slične onoj u Hrvatskoj, nego u puno apstraktnijim i više nego općim odredbama. Iz ovoga je razloga veliku pozornost bitno posvetiti obrazloženjima njemačkih sudskih presuda.⁵⁵

U Njemačkoj su najrelevantnije činjenične osnove u kojima se otvara rasprava o mogućnosti proboja pravne osobnosti: potkapitalizacija društva, vladajući položaj te miješanje imovine člana s imovinom društva. Bitno je napomenuti da nijedna nije odvojena cjelina te da se stoga sve moraju tumačiti skupno.

Jedna od najrelevantnijih ranih presuda njemačkog Vrhovnog suda jest presuda *Autokran*, u kojoj se radi o tuženiku koji je jedini član sedam društava s ograničenom odgovornošću, kojima i sam upravlja. Naime, tužitelj je s tim društvima sklopio ugovor o *leasingu* 39 autodizalica te je, sukladno tome, tražio isplatu dospjelih obroka naknada za *leasing* u ukupnom iznosu od 700 000 DEM. Ovrha se nije mogla provesti jer su društva bila bez imovine te je tužitelj stoga od jedinog člana tih društava zahtijevao isplatu dugovanog iznosa.⁵⁶ U ovoj presudi II. građansko vijeće njemačkog Vrhovnog suda zauzima stajalište da se odgovornost za proboj (shvaćena kao osobna odgovornost člana društva) u društvu s ograničenom odgovornošću treba rješavati u sklopu prava koncerna, tj. konstrukcijom odgovornosti člana koji se izjednačava s poduzećem. Na taj se način na člana društva primjenjuju odredbe o dužnosti pokrivanja gubitaka ovisnog društva te iz toga proizlazi osobna vanjska odgovornost člana temeljem analogije u primjeni odredbe o dužnosti vladajućeg društva da pruži osiguranje vjerovnicima ovisnog društva, odnosno da podmiri obvezu ovisnog društva kad je očito da je ono više ne može ispuniti.⁵⁷ Navedena presuda svjedoči o širini stvaralačke interpretacije njemačkih sudova putem analogije te

⁵³ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 173–175.

⁵⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 163–165.

⁵⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 176.

⁵⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 192.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 194.

pokazuje samo jednu pravnu osnovu pod koju bi se proboj pravne osobnosti takvim tumačenjem mogao podvesti.

Sljedeća relevantna presuda u razvoju njemačke sudske prakse jest presuda *Video* iz 1991. godine, u kojoj se znatno proširuje mogućnost primjene konstrukcije odgovornosti u kvalificiranom faktičnom koncernu. U toj se presudi formira postojanje oborive pretpostavke da vladajuće društvo ne vodi računa o interesima ovisnog društva ako je većinski ili jedini član društva istovremeno i jedini član uprave. Ta se presuda žestoko kritizira u literaturi iz razloga što olako dovodi do zanemarivanja načela odvojenosti člana i društva.⁵⁸ Iz toga razloga predstavlja promašeni pokušaj olakšavanja tereta dokaza u sličnim slučajevima.

Međutim, zanimljivo rješenje olakšavanja tereta dokaza tužitelju pruža presuda *TBB*, u kojoj se u području presuda kvalificiranog faktičnog koncerna pojavljuje načelo premještanja tereta dokaza s tužitelja na tuženika. Prema tom načelu, kada tuženik ne može potkrijepiti svoje tvrdnje, olakšava se teret dokaza tužitelju ako postoje i dodatne činjenice, tj. dodatni pokazatelji iz kojih se može zaključiti da je ovisno društvo oštećeno mjerama vladajućeg društva. Dokazivanjem dodatnih pokazatelja efektivno se prebacuje teret dokaza na tuženika.⁵⁹ Navedena je presuda bitna i zato što se tuženikovu suprugu utvrdilo kao povjerenika tuženika te se na temelju toga zaključilo da je tuženik jedini faktički član društva.⁶⁰ Presuda je prikazala zanimljivo rješenje olakšanja tereta dokaza koje se spominje u literaturi, ali je uz nju nužno i postaviti pitanje mogućnosti primjene takva prebacivanja u drugim slučajevima s različitim činjeničnim supstratom.

Bitno je istaknuti i činjenicu da je pretpostavka trajne i sveobuhvatne kontrole „vladajućeg društva“ u presudama *Video* i *TBB* bila utjelovljena u fizičkoj osobi koja je posjedovala tu kontrolu te da se stoga, uz minimalne dodatke, obje mogu podvesti pod grupu slučajeva kvalificiranog faktičnog koncerna.⁶¹

Sljedeća značajna etapa u razvoju njemačke sudske prakse u kontekstu proboja pravne osobnosti aktivirala se presudom *Bremer Vulkan* 2001. godine. Na temelju nje formirala se odgovornost za nedopušteni zahvat u imovinu društva, koji za posljedicu ima propast društva, tj. već spomenuti *existenzvernichtender Eingriff* (engl. *existence annihilating interference*). Ovime se mijenja i dotadašnji smjer sudske prakse u svezi s odgovornošću u koncernu. Vrhovni sud navodi novo polazište – zaštitu ovisnog društva protiv zahvata njegova jedinog člana ne proizlazi iz sustava odgovornosti u d. d. koncernu, već je ograničena na održavanje temeljnog kapitala i zaštitu opstojnosti društva, što uvažava i samostalni interes ovisnog društva.⁶² Tu je bitno istaknuti činjenicu da će se novi

⁵⁸ *Ibid.*, str. 196–197.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 111–112.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 197.

⁶¹ Ahl, Bjorn; Zhen Qu, Charles, Lowering of the corporate veil in Germany: a case note on BH 16 July 2007 (Trihotel), Oxford University Comparative Law Forum, 2008, str. 5, dostupno na: <https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/42148>.

⁶² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 210, 212.

konstrukt odgovornosti primjenjivati isključivo supsidijarno, tj. samo ako se učinci vraćanja zahvaćene imovine ne budu mogli postići primjenom odredaba vezanih uz unos i održanje temeljnog kapitala (prvenstveno odredbe o nedopuštenim primanjima).⁶³

U predmetu *L – Kosmetik* dodatno se razvija spomenuta odgovornost time što se negira nužnost ispunjenja subjektivnih pretpostavaka odgovornosti (krivnja člana). U njemu se u kombinaciji primjenjuju odgovornost za nedopuštene isplate za jedan dio tražbine te odgovornost za zahvat za drugi dio tražbine.⁶⁴

Za uvod u sljedeću veću etapu korisno je spomenuti i predmet *KBV*, u kojem je sud odgovornost članova temeljio ne samo na ranije spomenutoj odgovornosti za nedopušteni zahvat nego i na novom temelju – čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika. U navedenom predmetu tužitelj je protiv društva *KBV GmbH* presudom zbog izostanka stekao zahtjev za isplatu 82 000 DEM. To su isto društvo dva člana (udjeli 60 % i 40 %) odlučila okončati bez provođenja likvidacije te su potom osnovali novo društvo, koje preuzima prava i obveze prvog društva u iznosu 822 000 DEM, ali ne preuzima i obveze prema tužitelju. Oba društva ostaju bez imovine te se stoga ne može provesti stečajni postupak, a tužitelj ustaje s tužbom usmjerenom na članove. Iz obrazloženja navedene sudske presude kao pravni temelj odgovornosti proizlazi zlouporaba oblika društva, koja ima za posljedicu gubitak povlastice neodgovornosti članova za obveze.⁶⁵ Međutim, ono što je najzanimljivije istaknuti jest činjenica da sud presudu temelji i na spomenutom čl. 826., koji se uspostavlja kao iznimno važan za sljedeću etapu.

Tako dolazimo do presude *Trihotel* iz 2007. godine, u kojoj Vrhovni sud Njemačke ponovno uvodi novi temelj odgovornosti. Vrhovni je sud u obrazloženju naveo da ranije presude smatra upitnima s doktrinarne perspektive zato što su rezultirale direktnom osobnom vanjskom odgovornošću članova. Sud iskazuje mišljenje da je to neopravdano zato što su sve dužnosti bile prekršene u odnosu na samo društvo te da su gubici vjerovnika bili isključivo reflektivne prirode.⁶⁶ U ranijim presudama, u kojima su se pokušavale kombinirati odredbe o načelu unosa i održanja kapitala i primjeni odgovornosti za nedopušteni zahvat u imovinu društva koji za posljedicu ima propast društva, tako je, po mišljenju suda, bila sakrivena doktrinarna kontradikcija. Prvo spomenuto sredstvo za posljedicu je imalo unutarnju odgovornost, dok je drugo za posljedicu imalo vanjsku.

Iz novog rješenja proizlazi činjenica da će se time aktivirati unutarnja odgovornost, tj. odgovornost člana prema društvu, a ne direktna odgovornost člana prema vjerovniku, te da će se na taj način pomiriti dva sredstva i razriješiti navedene nejasnoće. U praksi to bi značilo da će u slučajevima stečaja društva zahtjeve postavljati stečajni upravitelji, a ne

⁶³ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 61), str. 4.

⁶⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 214.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 215–216.

⁶⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 175–176.

vjerovnici izravno.⁶⁷ Na temelju uspostave unutarnje odgovornosti rješava se problematika „utrke vjerovnika“ te se i uspostavlja ravnomjerno namirenje svih vjerovnika.⁶⁸ Bitno je ponovno napomenuti da se u navedenom rješenju ne radi o deliktu počinjenom prema vjerovniku, koji bi onda aktivirao vanjsku odgovornost (a tako i problem „utrke vjerovnika“), nego o deliktu počinjenom prema društvu, a samo posljedično reflektivnu štetu počinjenu vjerovniku.

Vrhovni sud na taj način nije isključio odgovornost koja je vladala u prethodnoj etapi, nego je istaknuo činjenicu da će članovi još uvijek moći odgovarati za *annihilating interference*, ali na temelju deliktne odgovornosti, koja proizlazi iz ranije spomenutog čl. 826.

Čl. 826. Njemačkog građanskog zakona odnosi se na *namjerno oštećenje suprotno javnom poretku/javnom moralu (contrary to public policy)* te iz njega proizlazi da će *osoba koja na način suprotan javnom poretku drugome namjerno nanese štetu odgovarati toj drugoj osobi za naknadu štete*.⁶⁹ Radi se o apstraktnoj klauzuli, koja ima široki spektar primjene – od slučajeva zlorporabe prava, korištenja moći monopola, pa do dobivanja sudskih presuda putem prijevare. Za uspostavu odgovornosti na temelju navedenog članka tužitelj mora dokazati četiri elementa: da je pretrpio štetu, da je šteta uzrokovana od strane tuženika, da je šteta počinjena *contra bonos mores* (protivnost moralu) te da je tuženik namjerno htio prouzročiti navedenu štetu.⁷⁰ Bitno je napomenuti da je sud u presudi *Trihotel* naveo da će biti dovoljno dokazati i samo *dolus eventualis*, odnosno neizravnu namjeru, iz koje proizlazi da je član bio svjestan da je njegovo ponašanje bilo detrimentalno za financijsko stanje društva, tj. da je bio svjestan da će njegovo ponašanje onemogućiti društvo u ispunjavanju obveza prema vjerovnicima.⁷¹

Na temelju te novouspostavljene odgovornosti član bi stoga odgovarao u slučajevima kada član oduzme imovinu društva bez primjerene protučinidbe, što ima za posljedicu insolventnost društva.⁷²

Neki autori opravdano kritiziraju navedenu novu konstrukciju odgovornosti ističući da se njome efektivno oduzima vjerovnicima aktivna legitimacija te da se posljedično, nakon razdoblja jačanja zaštite vjerovnika i veće spremnosti sudova u zanemarivanju povlastice neodgovornosti članova za obveze društva, nameće razdoblje u kojemu će zaobilaženje načela odvojenosti društva od člana opet predstavljati rijetku iznimku, a ne pravilo. Također se iskazuje i gruba naznaka da ta najnovija konstrukcija odgovornosti zasigurno neće biti široko prihvaćena ni u sudskoj praksi ni u literaturi.⁷³ S druge strane, pojavljuju se i autori koji smatraju da nova konstrukcija odgovornosti pruža sigurniji i stabilniji oblik

⁶⁷ *Ibid.*, str. 177.

⁶⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 158–159.

⁶⁹ German civil code section 826. BGB, dostupno na: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/\(2.1.2023.\)](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/(2.1.2023.)).

⁷⁰ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 70), str. 5.

⁷¹ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 178.

⁷² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 224–225.

⁷³ *Ibid.*, str. 225.

doktrinarnog integriteta iz razloga što se raščičavaju prethodne nejasnoće te se istovremeno uspostavlja odgovornost članova, a da se ne narušava princip ograničene odgovornosti. Isti autori govore o novom smjeru prava društava, u kojemu će ti temeljni principi biti zanemareni isključivo u situacijama u kojim je apsolutno nemoguće pronaći rješenje alternativnim pravnim putovima. Uz to, navode i zanimljivu naznaku o tome kako se čl. 826. generalno smatra sposobnim zaštititi ne samo interese društva nego i interese vjerovnika te da se čak može otvoriti diskusija o činjenici da vjerovnici na temelju tog članka mogu i direktno tužiti društvo.⁷⁴

Zadnja naznaka predstavlja i savršen uvod za zadnju njemačku presudu koja će biti izložena u ovom poglavlju – presudu *GAMMA* iz 2008. godine. U navedenoj presudi radilo se o „društvu pepeljuzi“, tj. društvu u kojemu su članovi svoj utjecaj koristili na načine pogubne za interese vjerovnika te su stoga i prouzročili insolventnost društva. Uz to, članovi društva uvjerali su cijeli niz radnika zaposlenih u drugim povezanim društvima da se prebace u društvo koje je ostalo bez imovine, što se pokazalo temeljnom činjenicom u navedenom predmetu.

Naime, u presudi *Trihotel* bila je prethodno naglašena unutarnja odgovornost članova, ali je u toj presudi sud na temelju čl. 826. utvrdio vanjsku odgovornost članova prema vjerovnicima društva (u ovom slučaju zaposlenicima) te ju je obrazložio na način da je iskazao kao najbitniju činjenicu da su članovi društva počinili delikt, direktno prema zaposlenicima, tako što su ih naveli da promijene društvo zaposlenja, a da ih nisu upoznali s financijskom situacijom društva u koje se sele.⁷⁵

Na temelju toga se i opravdava ranije navedena naznaka da se na temelju čl. 826. može uspostaviti i direktna zaštita vjerovnika društva te se na temelju toga uspostavlja i zaštita vjerovnika koja je prividno bila reducirana presudom *Trihotel*. Iz te presude proizlazi zaključak da direktni zahtjev vjerovnika na temelju vanjske odgovornosti može biti iskorišten, ali samo u slučajevima gdje je delikt počinjen direktno prema vjerovnicima društva.⁷⁶

Međutim, bitno je napomenuti da činjenica postojanja opcije aktivacije direktne vanjske odgovornosti članova društva putem čl. 826. još uvijek, diskutabilno, ne uspostavlja onakvu zaštitu kakva je postojala u ranijim etapama razvoja njemačkog prava.

Naime, njemački *Sittenwidrigkeit* (protivnost moralu, koja se zahtijeva u čl. 826.) u njemačkoj se sudskoj praksi tumači široko (već npr. uspostavom da je osoba zahvatila u imovinu društva koja je mogla biti iskorištena za namirenje vjerovnika), ali je bitno napomenuti činjenicu teškog dokaza namjere, tj. neizravne namjere, koju članak također zahtijeva te koja se, sukladno tome, nameće kao najveća zapreka u ostvarivanju direktne zaštite vjerovnika. Uz to je bitno napomenuti i činjenicu da će kroz ranije spomenutu

⁷⁴ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 70), str. 8–9.

⁷⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 179.

⁷⁶ *Ibid.*, 180.

reflektivnu štetu vjerovnici moći doći samo do dijela naknade za koju su zakinuti, kako će se ona odnositi samo na štetu društvu koja je prouzročila ili barem produbila insolventnost.⁷⁷

3.3.3. Zaključak o njemačkom pravu i praksi

Kao što je već navedeno, njemački su sudovi već od rane 1920. godine preispitali mogućnosti osobne odgovornosti članova u situacijama u kojima je društvo postalo insolventno kao posljedica djelovanja tih istih članova. Međutim, pretpostavke za navedenu odgovornost mijenjale su se kroz etape razvoja njemačkog prava i prakse. Tako je razdoblje između 1980-ih i 2000-ih bilo ispunjeno nadom za nezadovoljne vjerovnike koji su zahtijevali osobnu odgovornost članova, ali je ubrzo uslijedilo i novo razdoblje, koje je ponovno otvorilo pitanje adekvatne zaštite vjerovnika društva.⁷⁸

U njemačkoj sudskoj praksi evidentna je snažna tendencija prema pronalasku najpodobnijeg temelja za prouzročenje odgovornosti člana društva. Zanimljiv je razvoj prakse, koji je nakon navedene presude *Trihotel* uzeo i pomalo neočekivani smjer te je napustio prethodnu struju u kojoj su vjerovnici društva pronalazili sigurno utočište od svakojakih zlouporaba članova društva. Prikazana je široka i iznimno stvaralačka praksa Njemačke, koja je raščestljala cijeli niz raznoraznih rješenja u kontekstu proboja pravne osobnosti.

Krenula je od presude *Autokran*, u kojoj je započeta praksa širokog analogijskog tumačenja i primjene odredaba o koncernu. Zatim je preko presuda *Video* i *TBB* nastavila ojačavati doseg primjene doktrine proboja pravne osobnosti uspostavom konstrukcije oborive pretpostavke da vladajuće društvo ne vodi računa o interesima ovisnog u slučajevima u kojima je većinski ili jedini član društva istovremeno i jedini član uprave, ali i uspostavom načela prebacivanja tereta dokaza s tužitelja na tuženika, koji je znatno olakšao dokazivanje relevantnih činjenica.

Međutim, onda je presudom *Bremer Vulkan* implementirala supsidijarnu ulogu novog konstrukta odgovornosti u odnosu na načela unosa i održanja temeljnog kapitala, ali istovremeno ga nije u potpunosti oslabila time što je još uvijek bila negirana nužnost uspostave subjektivne pretpostavke.

Na kraju je presudama *Trihotel* i *Gamma* praksa zauzela ponovno novi smjer, kojim je zaštita vjerovnika uhvaćena na prepad iz razloga što se novi temelj odgovornosti uvelike odnosio na članak koji sustavno uređuje širok broj slučajeva deliktne odgovornosti te koji za uvjet provedbe traži i *dolus*, tj. *dolus eventualis*, a time i znatno otežava dokazivanje.

⁷⁷ Jonkers, A. L., Insider guarantees in corporate finance, PhD thesis, Centre for the Study of European Contract Law, 2020, str. 264–265, dostupno na: <https://dare.uva.nl/search?identifier=87b16503-8c17-4540-b629-46173d806889> (5. 1. 2023.).

⁷⁸ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 175.

Prikazani razvoj njemačke prakse govori o dubini i silnim mogućnostima ranije spomenutog tumačenja o cilju i svrsi norme, o cijelom nizu rješenja koja se mogu pronaći teleološkim, ali i granično stvaralačkim načinom interpretacije navedenih zakonskih okvira. S druge strane, priča i priču o mogućim opasnostima u konstantnom nastojanju razvoja primjene određene doktrine, koje posljedično uzrokuje i široke promjene u konstrukcijama raznih osnova, a time, diskutabilno, i nepostojanje pravne sigurnosti.

Hrvatska iz bogate njemačke sudske prakse može izvući dug popis pouka, od kojih je interesantno ponovno istaknuti i inicijalno traženje rješenja u drugim pravnim sredstvima. Međutim, kako hrvatsko zakonodavstvo nudi zakonsku osnovu za proboj, postavlja se i pitanje primjerenog stupnja preuzimanja njemačke prakse i prava, koje je u tom pitanju potpuno drugačije te ne nudi tu zakonsku osnovu.

Uz to, nužno je izvući i pouku o širokom spektru atipičnih činjenica, koje mogu biti presudne u odluci o primjerenom pravnom sredstvu za zaštitu te o inspirativnim metodama olakšavanja tereta dokaza.

4. HRVATSKA

4.1. Zakonska osnova

Kao što je već navedeno, Hrvatska u čl. 10. ZTD-a nudi izričitu zakonsku osnovu na temelju koje dolazi do proboja pravne osobnosti. U st. 2. prvo se navodi da članovi d. o. o-a, d. d.-a i komanditori u komanditnom društvu ne odgovaraju za obveze izuzev kada je to određeno zakonom te se zatim u st. 3. navodi da se *onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva ne može pozivati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze.*⁷⁹ Zatim se u st. 4. navodi da se *smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva iz st. 3. naročito u situacijama gdje se 1) koristi društvo za to da bi se postigao cilj koji mu je inače zabranjen, 2) koristi društvo da bi se oštetilo vjerovnike, 3) protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina te 4) u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.* Na kraju se u st. 5. navodi da *će u slučajevima u kojima je otvoren stečajni postupak, zahtjeve protiv osoba iz stavka 3. za vrijeme trajanja stečajnog postupka moći ostvarivati samo stečajni upravitelj.*⁸⁰

Evidentno je da je Hrvatska tom odredbom napravila hrabar iskorak u primjeni doktrine proboja pravne osobnosti time što joj je ponudila direktnu zakonsku osnovu te je njome i stvorila konturu ovog pravnog instituta. Njemačka, kao i druge prije spomenute države, doktrinu proboja različitim su tumačenjima vukle iz drugih pravnih osnova i općenito sudske prakse te se na taj način Hrvatska znatno izdvaja od njih. Međutim, Hrvatska je na taj način preuzela određene zaključke njemačke sudske prakse i dijela njemačke literature

⁷⁹ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 10. st. 2, 3.

⁸⁰ *Ibid.*, st. 4, 5.

te je dala općenitu definiciju odgovornosti za proboj.⁸¹ Bitno je, doduše, napomenuti kako je hrvatsko zakonodavstvo na taj način otvorilo vrata sudskoj praksi koja se u bitnome razlikuje od njemačke sudske prakse, koja svoj hir uzima nakon presuda *Trihotel* i *Gamma*, a koja se i nameće kao najnovija.

Iz ovoga proizlazi naznaka da je hrvatski zakonodavac smatrao potrebnim proširiti zaštitu vjerovnika te da je procijenio da već postojeće odredbe o načelima unosa i održanja kapitala, o pojačanoj odgovornosti uprave, propisima o prestanku društva, o stečaju i o likvidaciji,⁸² jednako kao i alternativni putovi deliktne odgovornosti, ne pružaju adekvatnu zaštitu vjerovnicima društva.

Na taj se način Hrvatska kao takva, uz još neke države (Slovenija,⁸³ Kina⁸⁴ itd.), izdvojila u manjinsku grupu, koja je procijenila da uvrštavanje posebne zakonske osnove za provedbu proboga ne znači prekomjerno narušavanje temeljnih principa prava društava te da je ono potrebno.

Uz to je Hrvatska zaknutim vjerovnicima provođenje doktrine proboga omogućila jednom širokom otvorenom klauzulom, iz koje se kao temelj nameće „zloupotreba neodgovornosti za obveze društva“ te u kojoj su navedene prije spomenute četiri točke samo primjeri u kojima se taj temelj i ispunjava.

Gore navedena činjenica nameće se kao još hrabriji istup hrvatskog zakonodavstva u odnosu npr. na Sloveniju, koja je slučajeve proboga ograničila taksativnim nabrojanjem točaka uvelike sličnih gore spomenutim hrvatskim.⁸⁵

Iz istog se razloga izdvaja i kao hrabrija od kineske odredbe, iz koje proizlazi svojevrsni test koji se mora zadovoljiti da se institut proboga može primijeniti. Naime, radi se o četverodijelnom testu, koji se sastoji od uspostave 1) zlouporabe društva kao pravne osobe, 2) činjenica da je svrha zlouporabe da se izbjegne vraćanje dugova vjerovnicima društva, 3) da mora doći do ozbiljnog oštećenja interesa vjerovnika te 4) da postoji kauzalna veza između djelovanja člana i oštećenja.⁸⁶ Evidentno je da je Kina na taj način pokušala specificirati područje primjene instituta, ali opet na jedan vrlo apstraktan i granično definiran način.

Uz to, iz uvida u st. 4. proizlazi i namjera hrvatskog zakonodavca u vezi sa smjerom u kojem bi se primjena instituta proboga trebala kretati. Vidljiv je pokušaj apstraktnog normiranja slučajeva u kojima je prije navedena strana sudska praksa pronalazila osnovu za probijanje pravne osobnosti.

⁸¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 258.

⁸² *Ibid.*, str. 287.

⁸³ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1231.

⁸⁴ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 186.

⁸⁵ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1233, 1235.

⁸⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 186–187.

Tako se, primjerice, u četvrtoj točki tog stavka nameće usporedba s njemačkom presudom *Trihotel* i s konstrukcijom odgovornosti o prije spomenutom egzistencijalnom uništenju društva, tj. odgovornosti za nedopušteni zahvat u imovinu društva koji je prouzročio propast društva.⁸⁷

S druge strane, iz analize zakonske odredbe ne proizlazi točan smjer predviđen za razvoj hrvatske sudske prakse iz razloga što se na mnoga pitanja ne daje konkretan odgovor.

Iz toga je vidljiva činjenica da je Hrvatska svojom zakonskom odredbom ostavila širok prostor za tumačenje dosega navedene pravne doktrine te je iz istog razloga i postavila najveći izazov pravosudnom sustavu.

4.2. Pravna narav odgovornosti člana

Najvažnije je istaknuti da pravni odnos iz kojega nastaje obveza za koju član odgovara ne postoji između vjerovnika i člana društva, nego između vjerovnika i društva, da društvo, preuzimajući obvezu, ne djeluje u ime člana, nego u svoje ime, te da je stoga riječ o odgovornosti člana društva za tuđu, a ne za vlastitu obvezu.⁸⁸

Iz istog se razloga na tu odgovornost primjenjuju odredbe o solidarnom jamstvu iz ZOO-a (a ne o solidarnim dužnicima). Jedina je razlika u tome što je odgovornost propisana zakonom, a ne preuzeta pravnim poslom, te činjenica da se određene odredbe po svojoj naravi (kao npr. ugovorni nastanak jamstva, odredbe o pisanom obliku izjave kojom se jamstvo preuzima itd.) jednostavno neće primjenjivati.⁸⁹

S obzirom na okolnost da član društva odgovara vjerovnicima društva, a ne samom društvu, radi se o vanjskoj odgovornosti.

Uz to, radi se o akcesornoj odgovornosti, koja prestaje ako je prestala i obveza društva. Članovi odgovaraju primarno, a ne supsidijarno, što se očituje i u činjenici da članovi ne mogu prigovoriti da je vjerovnik dužan prvo od društva zahtijevati ispunjenje obveze (stoga nije potrebno bezuspješno pokušati provesti ovrhu nad imovinom društva). Što se tiče drugih prigovora, članovi društva mogu isticati sve prigovore društva koji nisu strogo osobne naravi (npr. nedospjelost, prestanak, obveza nije valjana nastala, vjerovnik nije ispunio svoju obvezu itd.), ali i svoje osobne prigovore (npr. prigovor prijeboja vlastite tražbine s tražbinom za koju vjerovnik zahtijeva da se podmiri itd.).⁹⁰

Što se tiče pitanja tko je točno subjekt odgovornosti za proboj, odgovor se nalazi u zakonu te se iščitava kao onaj tko zlouporabi okolnost da po zakonu ne odgovara za obveze društva. To se stoga odnosi na članove gore navedenih društava te je bitno dokazati

⁸⁷ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1237.

⁸⁸ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 430–431.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 430–432.

⁹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 262–264.

njihovu zlouporabu. Malo je spornije pitanje u vezi s članovima koji su „pristali“ na takvu zlouporabu i neizravnim članovima društva koji su posredno, preko trećeg (povjerenika, npr. supruga), u faktičnom članskom položaju. U literaturi se ističe to da bi i oni trebali odgovarati iz razloga što se šutnja s obzirom na pravne posljedice zloupotrebe može smatrati pristankom (član je mogao npr. podići *actio pro socio*) te iz razloga što je fokus pravno logički pridodan faktičnom članskom položaju, a ne formalnopravnom shvaćanju članstva.⁹¹ Uz to, bitno je napomenuti da će za obveze društva moći odgovarati i pravne osobe, tj. da će trgovačko društvo majka, ako je zlouporabila propis da ne odgovara za obveze društva kćeri, odgovarati za obveze društva kćeri.⁹² Također se navodi i to da zakonom nije određeno u koje vrijeme netko mora biti članom društva te da iz toga proizlazi i zaključak da se tužiti može i osoba koja je bila član prije podizanja tužbe, ali više nije u vrijeme kada se tužba podizala.⁹³

Što se tiče toga tko može postaviti zahtjev s naslova odgovornosti za proboj, odgovor je da ga mogu postaviti svi vjerovnici društva, osim onih koji su znali ili su mogli znati za okolnost da društvo najvjerojatnije neće moći ispuniti svoje obveze, ali su svjesno preuzeli taj rizik.⁹⁴

Uz to je bitno ponovno spomenuti i stavak peti, u kojemu se za vrijeme trajanja stečajnog postupka aktivna legitimacija za postavljanje zahtjeva daje isključivo stečajnom upravitelju. Na taj se način eliminiraju opasnosti „utrke vjerovnika“, koja bi sigurno nastupila s obzirom na to da se radi o vanjskoj odgovornosti, a ne o unutarnjoj odgovornosti, koja se zadnja nametnula kao pravno rješenje u Njemačkoj te se time na jedan način približava tom rješenju.

Zanimljivo je napomenuti kako se u komparativnoj sudskoj praksi, koja također predviđa izričitu zakonsku osnovu za proboj, točnije u Sloveniji, sudska praksa jasno ogradila od mogućnosti postavljanja zahtjeva od strane stečajnog upravitelja te je to opravdala izričajem da bi ostvarivanje proboja preko stečajnog vjerovnika značilo djelovanje proboja u korist svih vjerovnika, a da bi se onda potpuno ukinula nužnost individualne prosudbe njegovih pretpostavaka.⁹⁵

Bitno je dalje istaknuti to da će član društva odgovarati za sve obveze društva bez obzira na njihovu vrstu i pravni temelj. Odgovarat će za obveze društva koje proizlaze iz pravnog posla, ali i na temelju zakona, za javnopravne i za privatnopravne obveze, uključujući i porezne obveze društva (o kojima će još riječi biti u posebnom odjeljku).⁹⁶ Ta zadnja

⁹¹ *Ibid.*, str. 258–259.

⁹² Kos, Josip, Proboj pravne osobnosti – odgovornost članova društava kapitala za obveze društva, *Pravo i porezi*, 9, 2000, str. 217.

⁹³ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 428.

⁹⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 261.

⁹⁵ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1239–1240.

⁹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 261.

odrednica, uz činjenicu o pretpostavkama koje se moraju dokazati (tj. postojanje zloupotrebe), čine institut proboja pravne osobnosti iznimno specifičnim.

4.3. Teret dokaza i pitanje o potrebnom stupnju krivnje

Teret dokaza da je riječ o zloupotrebi jest na vjerovniku – tužitelju. On mora dokazati činjenice na kojima se temelji odgovornost člana društva, tj. činjenice na kojima se temelji zloupotreba člana društva da ne odgovara za obveze društva. O samim činjenicama koje će potencijalno upućivati na zloupotrebu više riječi bit će u sljedećem odjeljku.

U literaturi se govori kako će dokazivanje tih činjenica biti puno teže u dioničkom društvu nego u društvu s ograničenom odgovornošću (posebice onima koja imaju samo jednog člana ili mali broj članova i u kojima se podudara svojstvo člana društva i člana/predsjednika uprave), što je bilo evidentno i u navedenoj stranoj sudskoj praksi. To, naravno, proizlazi iz činjenice da je mogućnost utjecaja dioničara na donošenje poslovnih odluka u d. d.-u formalno neusporedivo manja nego u d. o. o.-u, u kojemu skupština može neposredno utjecati na poslovne odluke uprave, koja mora postupati po uputama skupštine.⁹⁷

Također se navode i razni putovi u dokazivanju zloupotrebe. Tako se navodi da će se do uspostave zloupotrebe doći uvidom u ugovore među društvima koja u tome sudjeluju, ili pak uvidom u druge postupke društva, posebice ako se radi o poslovnim konstrukcijama bez opravdane poslovne logike i prividnim poslovima iza kojih se krije namjera ugovornih strana da izigraju vjerovnike. Navodi se da te činjenice nije lako utvrditi te da se u svrhu ostvarivanja zloupotrebe koriste brojne sofisticirane metode, pa čak i odluke sudova koje se ishode ishitrenim parnicama, sudske nagodbe, sporazumi sklopljeni u obliku javnobilježničke isprave i sl.⁹⁸

U kontekstu tereta dokaza nameće se i pitanje potrebnog stupnja krivnje, tj. uopće pitanje o tome radi li se o subjektivnoj ili objektivnoj odgovornosti člana.

U dijelu literature ističe se da bi se uvjetovanjem dokazivanja zloupotrebe postojanjem namjere u potpunosti onemogućilo vjerovnike u probijanju pravne osobnosti iz razloga što bi taj dokaz bilo nemoguće izvesti. Tako se nudi rješenje da se usvoji pravilo da član društva odgovara vjerovniku za obveze društva ako je društvo postupalo običnom nepažnjom.⁹⁹

Uz to se nudi i još strože rješenje, po kojemu bi član odgovarao za obveze društva po pravilu objektivne ili kauzalne odgovornosti, tj. na temelju činjenice da vjerovnik ne može naplatiti dospjelu tražbinu od društva. To bi aktiviralo odgovornost člana društva u svim

⁹⁷ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 426–427.

⁹⁸ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, Društva kapitala, Sedmo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, 2020, str. 21.

⁹⁹ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), str. 214.

slučajevima u kojima društvo ne podmiri dospjele obveze svojim vjerovnicima. Navodi se da zloupotreba i objektivna odgovornost člana društva koji zlouporabi okolnost neodgovornosti nisu u kontradikciji.¹⁰⁰ Za to je rješenje, međutim, bitno napomenuti da bi ono efektivno pretvorilo odgovornost člana u supsidijarnu obvezu, ali i da bi navedeni institut (kao i prvo rješenje) otvorilo široj primjeni te ga zasigurno usmjerilo pri češćoj upotrebi.

U drugom se pak dijelu literature, uz oslanjanje na stranu (točnije, njemačku) praksu, dolazi do zaključka da bi se ispunjavanje subjektivne pretpostavke dokazivanja zloupotrebe temeljilo na uspostavi namjere ili barem eventualne/neizravne namjere (*dolus eventualis*). To je već prije spomenuta konstrukcija psihičkog stanja štetnika (člana društva) kada on ne želi uzrokovati štetu, već olako drži da će se izbjeći predvidive opasnosti poslovanja društva te stoga on zna da može nastati šteta i na nju pristaje.¹⁰¹ Priklanjanjem tome rješenju otežalo bi se dokazivanje zloupotrebe u odnosu na prije spomenuta rješenja te bi ono stoga iziskivalo i dodatnu nadopunu. Iz toga se razloga i predlaže sistem olakšavanja tereta dokaza gdje bi vjerovnik morao samo učiniti vjerojatnim postojanje pretpostavki odgovornosti, pa bi onda tuženik morao dokazati i pokazati sve činjenice i okolnosti od značaja za odgovornost koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate.¹⁰²

Navedeno se rješenje temelji na prije spomenutoj njemačkoj presudi *TBB*, u kojoj je to prebacivanje tereta dokaza bilo i primijenjeno. U literaturi se navodi i primjer takva dokaza u obliku dokaza o prijenosu imovine društva članu npr. iskazom člana uprave. Član bi, za razliku od vjerovnika društva, u pravilu mogao dokazati da nije došlo do prijenosa dijelova imovine društva u imovinu člana.¹⁰³

Bitno je napomenuti da se tu radilo o predmetu vezanom uz područje kvalificiranog faktičnog koncerna, čija bi se presuda, diskutabilno, znatno promijenila u kasnijoj etapi razvoja njemačke sudske prakse.

S druge strane, navedenim bi se rješenjem otklonila nužnost priklanjanju prije spomenutim ekstremnijim alternativama te bi se ostvarila više nego potrebna ravnoteža u dokazivanju zloupotrebe.

Kada bi se hrvatska praksa priklonila rješenjima njemačkog predmeta *TBB*, navedeni rezultat svakako bi bio uvjetovan daljnjim razvojem prakse u pogledu traženja podobnih „dodatnih pokazatelja“, na temelju kojih bi se prebacio teret dokaza, te razvojem individualizacije i sposobnosti prepoznavanja tih pokazatelja u svakom zasebnom predmetu, koji bi se znatno razlikovali u pogledu temelja na kojima bi počivale činjenice zloupotrebe.

¹⁰⁰ *Ibid.*, str. 215.

¹⁰¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 260.

¹⁰² *Ibid.*, str. 260.

¹⁰³ *Ibid.*, str. 111–112.

Alternativno, diskutabilno jednako kvalitetno rješenje, bilo bi da se uspostavom određenih činjenica aktivira objektivna odgovornost¹⁰⁴ članova te da se na taj način izbjegne nužnost dokazivanja stupnja krivnje. Dokazane bi činjenice trebale nesporno upućivati na zloupotrebu te bi se radilo o kombinaciji raznih činjeničnih osnova. Tu je, doduše, bitno napomenuti da bi se tim konstruktom diskutabilno dokazala i prije navedena neizravna namjera s obzirom na to da bi se radilo o poprilično jasnim okolnostima.

4.4. Zloupotreba neodgovornosti za obveze društva

4.4.1. Općenito o zloupotrebi

Spomenuta odredba čl. 10., na temelju koje se i konstituira proboj pravne osobnosti, zapravo je primjena načela o zabrani zloupotrebe prava iz čl. 6. Zakona o obveznim odnosima na pitanje odgovornosti za obveze društava kapitala.¹⁰⁵ U teoriji se govori o dvije osnovne i pretežno prihvaćene vrste zloupotrebe. Jedna je tzv. institucionalna te se u njoj radi o izvršavanju prava protivno cilju koji je zakonom ustanovljen ili priznat, a druga je individualna, po kojoj ostvarivanje prava nije izašlo izvan okvira samog instituta, ali u okvirima tog instituta predstavlja povredu moralnog pravila, najčešće načela savjesnosti i poštenja.¹⁰⁶

Jednako se tako govori i o subjektivnoj zloupotrebi, o kojoj je riječ kada se društvo koristi s namjerom da se postignu ciljevi koje članovi inače ne bi sami mogli postići i koji su im redovito zabranjeni, te o objektivnoj zloupotrebi, o kojoj je pak riječ kada se pravna osoba objektivno koristi suprotno njezinu cilju (tu se, međutim, moraju ispuniti pretpostavke koje bi u objektivnom smislu upućivale na to da se radi o takvoj primjeni pravne osobe).¹⁰⁷

U literaturi se govori i o stvarnom problemu zloupotrebe prava, koji je više nego istaknut u primjeni instituta proboja pravne osobnosti. Naime, navodi se da je taj problem pronalaženje ispravnih kriterija, pri čijoj prisutnosti pravni poredak mora uskratiti svoju zaštitu izvršavanja prava (u ovom slučaju neodgovornost članova za obveze društva) te se naglašava činjenica da točno zbog tog postavljenog zahtjeva pravo temelji pronalazak zloupotrebe na generalizirajućim i apstraktnim opisima u zakonskim normama.¹⁰⁸ Iz ovoga i proizlazi bitna uloga suda, koja se iskazuje u pomnom i upornom nastojanju pronalaska zloupotrebe u pravu.

¹⁰⁴ *Ibid.*, str. 115.

¹⁰⁵ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Treće, izmijenjeno izdanje, Organizator, 2008, str. 299–300.

¹⁰⁶ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), str. 210.

¹⁰⁷ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 300.

¹⁰⁸ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), Josip Kos, str. 209.

Bitno je napomenuti i činjenicu da zloupotreba prava često počiva na objektivnoj povredi određenih mjerila te da ta povreda ne mora imati karakter protupravnosti, mada se protupravnost često pojavljuje.¹⁰⁹

Iz gore navedenih teorija napokon se nameće i pitanje o kojoj se točno vrsti zloupotrebe tu radi te, naravno, koje će biti temeljne pretpostavke za njezino dokazivanje.

Zanimljivo je napomenuti da njemački pravni teoretičar *Karsten Schmidt* zaključuje kako se sistematika odgovornosti za proboj temelji na pretpostavkama odgovornosti za svaku skupinu slučajeva te da se u taj sustav ne uklapa zloupotreba instituta kao opći dogmatski temelj odgovornosti.¹¹⁰

Međutim, kako se u srcu hrvatske zakonske odredbe, iz koje i proizlazi institut proboja pravne osobnosti, nalazi točno termin „zloupotreba“, ističe se kako bi sistematika odgovornosti za proboj pravno logički trebala biti podložna točno tom terminu. Iz toga proizlazi da će svaka činjenična osnova praktički biti usmjerena dokazivanju postojanja navedene zloupotrebe.

Iz toga se razloga pri tumačenju i analizi cijelog niza činjeničnih osnova velika pozornost treba posvetiti tome da su te određene činjenične osnove u tim drugim stranim pravnim sustavima bile podložne jednoj drugoj potrazi, tj. da su sudovi u njima tražili druge ranije navedene pretpostavke, a da stoga nisu najveću pozornost davali mjerilu zloupotrebe.

Iz istoga razloga ne treba pretjerano i nepažljivo tražiti uzor u stranim sudskim presudama. Međutim, istovremeno treba imati na umu da se u određenim predmetima potencijalno mogu pronaći činjenične osnove koje bi konstituirale i hrvatski postavljenu pretpostavku zloupotrebe.

4.4.2. Potkapitalizacija kao moguća činjenična osnova na kojoj se temelji zloupotreba

U početku dodatne razrade činjeničnih osnova koje bi mogle predstavljati osnovu za probijanje pravne osobnosti u Hrvatskoj bitno je istaknuti činjenicu kako je doslovna „podjela“ činjeničnih osnova diskutabilno i nepotrebna s obzirom na to da će se u svakom slučaju za dokazivanje zloupotrebe gledati na kombinaciju svih činjenica te će se stoga najčešće raditi o međusobnom isprepletanju.

Kao što je već prije uspostavljeno, čimbenik potkapitalizacije u kontekstu proboja pravne osobnosti od puno je veće važnosti u državama kao što je SAD nego, primjerice, u Njemačkoj ili Hrvatskoj. To proizlazi iz prije spomenute činjenice da SAD, za razliku od većine europskih država, ne propisuje najniži zakonski iznos temeljnog kapitala potreban

¹⁰⁹ *Ibid.*, str. 212.

¹¹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 278.

za osnivanje trgovačkog društva te se stoga doktrina proboja nameće kao više nego potrebno sredstvo zaštite vjerovnika.¹¹¹

S potkapitalizacijom društva ne treba miješati insolventnost, tj. nesposobnost plaćanja, gdje društvo ne može ispunjavati svoje dospjele novčane obveze (što može biti razlog za otvaranje stečaja),¹¹² ali ni prezaduženost, tj. situaciju kada imovina društva ne pokriva njegove postojeće obveze (što također može biti razlog za otvaranje stečaja).¹¹³

Što se tiče samog pojma potkapitalizacije, valja razlikovati nominalnu i materijalnu. O prvoj je riječ kada se potreba za vlastitim kapitalom zadovoljava uzimanjem kredita. Međutim, tu zakon putem članaka 217. (zabrana povrata plaćenog i plaćanja kamata na ulog te povrat zajma kojim se nadomješta kapital) i 408. (zajam kojim se nadomješta kapital)¹¹⁴ postavlja zaštitu vjerovnika tako što sprječava da članovi na ime povrata kredita izvuku sredstva iz društva dajući tako prednost podmirenju vjerovnika.¹¹⁵

O materijalnoj potkapitalizaciji riječ je kada članovi uopće nisu pokrili financijske potrebe društva, tj. društvo nema nijedan izvor financiranja, uključujući i vanjski kapital (a ne samo vlastiti). Društvo se tako smatra materijalno potkapitaliziranim ako je njegov kapital nedostatan za pokrivanje srednjoročnih ili dugoročnih financijskih obveza društva (a društvo ne može dobiti ni kredit), s obzirom na vrstu i opseg očekivane ili stvarne poslovne aktivnosti te metode financiranja društva.¹¹⁶

Kao što je već navedeno u odjeljku o komparativnoj sudskoj praksi, prema dominantnom stajalištu američkih sudova smatrat će se da društvo nije potkapitalizirano u slučaju kada je društvo s obzirom na osnivački kapital kojim je raspolagalo imalo realne šanse za opstanak (*gives a business a reasonable chance*).¹¹⁷

Tako dolazimo i do središnjeg pitanja uređenja materijalne potkapitalizacije, koje se ostvaruje u činjenici da nije jednostavno odrediti pretpostavke takva stanja imovine društva. Naime, u literaturi se navodi cijeli niz metoda, koje uključuju kombinaciju procjene kreditne sposobnosti, pa posljedično i utiliziranje stava kreditnih institucija, s postavkama mikroekonomije, pomoću kojih se traga za „optimalno kapitaliziranim“ društvom te se na taj način dolazi bliže konkretnoj definiciji potkapitaliziranog društva. Nažalost, dolazi se do zaključka da se ni kombinacijom navedenih metoda ne može doći do jedinstvene pravne definicije, koja nudi adekvatne standarde određenosti.¹¹⁸

¹¹¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 161.

¹¹² Stečajni zakon, NN 36/22, čl. 4.

¹¹³ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹¹⁴ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 217., 408.

¹¹⁵ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹¹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 126–127.

¹¹⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 161.

¹¹⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 129, 132, 136, 138.

Također se postavljaju i pitanja o tome bi li se u slučaju potkapitalizacije trebalo raditi o unutarnjoj ili vanjskoj odgovornosti člana budući da je dužnost unosa primjerenog kapitala obveza člana prema društvu, a ne člana prema vjerovniku.¹¹⁹

Najvažnije je možda istaknuti prije spomenuti st. 4. čl. 10., koji se diskutabilno može klasificirati u slučajeve materijalne potkapitalizacije iz razloga što se u njemu predviđa odgovornost članova za obveze društva ako su u svoju korist ili u korist nekog drugog umanjili imovinu društva iako su znali ili su morali znati da društvo neće moći podmiriti svoje obveze.¹²⁰ Međutim, diskutabilno je bi li se pravnoteorijski taj stavak mogao podvući pod pojam materijalne potkapitalizacije ili pak pod slučaj u kojemu se jednostavno traži pretpostavka prouzrokovanja insolventnosti društva (ranije je navedena nužnost razlikovanja insolventnosti i potkapitalizacije).¹²¹ Usprkos tome, nedopušteni zahvati u imovinu društva na temelju kojih se potencijalno može uspostaviti pretpostavka zloupotrebe, a tako i otvoriti vrata proboju, bit će analizirani u sklopu činjenične osnove potkapitalizacije.

Zahvatom se smatra svako ponašanje člana kojim se izvlači imovina društva bez protučinidbe ili uz nedostatnu protučinidbu.¹²² Umanjenje imovine društva u pravilu nije dopušteno kada dovodi do pasivnog izvješća o financijskom položaju društva te će stoga od velikog značaja biti financijska izvješća o položaju društva.¹²³

Pojavni oblici nedopuštenog zahvata u imovinu društva mogu se podijeliti na izravne i na neizravne. Tako se od izravnih ističu primjeri poduzimanja rizičnih poslova (samo kada članovi prelaze zamišljenu granicu odgovornog upravljanja društvom), ali i zahvati u poslovne mogućnosti društva (samo one poslovne prilike koje s visokom vjerojatnošću dovode do dobitka pošto se jedino one mogu izjednačiti sa slučajem kada se bez primjerene protučinidbe preuzima zahtjev koji društvo ima prema trećima). Uz njih se navode i primjeri prijenosa klijentele društva (kako se radi o utjecaju na tržišnu vrijednost društva) te prijenos na društvo poslova koji donose gubitak (koji se mogu izjednačiti s prijenosom obveza na društvo).

Od neizravnih se ističu bilančno neutralne mjere (neutralne promjene u aktivi društva), koje su osobito štetne jer nisu obuhvaćene odredbama o zabrani nedopuštenih primanja članova društva. Tu se radi o situacijama u kojima društvo daje zajam članu kojemu je bilanca negativna (a stoga i ne može vratiti zajam) te situacijama zasnivanja osiguranja u korist članova društva (gdje predmet osiguranja društvo više ne može koristiti).¹²⁴

¹¹⁹ *Ibid.*, str. 146.

¹²⁰ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹²¹ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1240.

¹²² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 229.

¹²³ Širola, Nina, *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, no. 5, 2011, str. 1690.

¹²⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 230–237.

Uz to se mogu navesti i drugi primjeri prijenosa za poslovanje društva važnih patenata na člana, nelojalno konkuriranje društva, izvlačenje iz društva ključne radne snage,¹²⁵ besplatno korištenje dijelova imovine društva, traženje zaposlenika da uklone određeni kvar u privatnom stanu itd.¹²⁶

U literaturi se navodi kako zahvat može dovesti do gubitka privilegija načelne neodgovornosti člana za obveze društva samo ako predstavlja težak slučaj zloupotrebe osobne neodgovornosti članova za obveze društva te se ističe kako će jedino taj nedopušteni zahvat koji sud ocijeni kao zloupotrebu prouzročiti proboj pravne osobnosti. Ranije spomenuti st. 4. navodi jedine slučajeve u kojima se neće morati dokazivati zloupotreba, nego u kojima će ona biti pretpostavljena. Međutim, tu je bitno navesti da će još uvijek biti govora o dokazivanju uzročno-posljedične veze. Također se navodi i to da će se vjerovnici za proboj u slučajevima nedopuštenog zahvata u pravilu odlučiti samo u iznimnim situacijama iz razloga što je dokazivanje te zloupotrebe teško.¹²⁷ Tu veliku pozornost treba ponovno posvetiti odlučnoj ulozi suda u procjeni ispunjenja pretpostavke zloupotrebe. Naravno, postavlja se i samo pitanje najpodobnijeg pravnog sredstva za zaštitu vjerovnika. S druge strane, u literaturi se navodi čak i to da se u slučajevima u kojima se traži subjektivna pretpostavka namjere ne bi radilo o nesavladivoj preprieci, već da bi se samo trebale ispitati sve činjenice zloupotrebe te istaknuti one indicije koje upućuju na namjeru člana.¹²⁸

Uz to je bitno napomenuti da bi navedeni argument o teškoćama dokazivanja zloupotrebe bio znatno reduciran kada bi sudska praksa pristala na prije spomenutu konstrukciju prebacivanja tereta dokaza ili kada bi usvojila neko drugo, još blaže rješenje, u kontekstu dokazivanja subjektivne pretpostavke. Kako ZTD ne daje eksplicitni odgovor o potrebnim subjektivnim pretpostavkama u odnosu na stupanj krivnje, pitanje o najpodobnijem pravnom sredstvu u slučaju zahvata u imovinu društva, ali i u drugim činjeničnim osnovama, ostaje otvoreno.

Iz svega proizlazi kako se proboj pravne osobnosti može temeljiti na potkapitalizaciji društva, posebice u slučajevima nedopuštenog zahvata u imovinu društva (po uzoru na njemačku sudska praksu). Međutim, kako u navedenim slučajevima postoji cijeli niz alternativnih pravnih sredstava te kako na problem o teškoćama u dokazivanju zloupotrebe ne postoji jedinstven i konkretan odgovor, pravni doseg instituta proboja pravne osobnosti ostaje u potpunoj kontroli sudaca.

¹²⁵ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), 1689–1691.

¹²⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 99, 104.

¹²⁷ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1719–1720.

¹²⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 247.

4.4.3. Vladajuće i ovisno društvo

Kao što je već navedeno, problem proboja pravne osobnosti razmatra se i u slučajevima gdje je član i samo društvo, tj. pravna osoba koja može imati posredno ili neposredno prevladavajući utjecaj na pravno samostalno (ovisno) društvo. Odmah je na početku bitno napomenuti da samostalna činjenica da je riječ o vladajućem društvu ne daje oslonca za proboj pravne osobnosti. Kao i u svakoj drugoj činjeničnoj osnovi, za odgovornost člana koji ima vladajući položaj u društvu za obveze društva potrebno će biti da on taj položaj i zloupotrebljava.

Vladajuće društvo može utjecati, pa i presudno, na vođenje poslova ovisnog društva ako su među njima sklopljeni ugovor o vođenju poslova društva ili ugovor o prijenosu dobiti, ili ako nema takvih ugovora, a radi se o tzv. kvalificiranom faktičnom koncernu, u kojemu se ostvaruje stalan prevladavajući utjecaj na vođenje poslova ovisnoga društva. Za te se slučajeve propisuje obveza pokrivanja gubitaka (i to bez nužnosti ispunjavanja subjektivne pretpostavke), ali ne i odgovornost vladajućeg društva (a kamoli samih članova) prema vjerovnicima ovisnog društva.¹²⁹ Tu zakon propisuje odgovornost u unutarnjem odnosu, a ne prema trećima, te se stoga razlikuje od odgovornosti za proboj.¹³⁰

Prevladavajući utjecaj može se ostvariti i na temelju društvenog ugovora (pravo na imenovanje uprave, imenovanje člana nadzornog odbora, pravo na davanje uputa kod vođenja poslova društva i sl.), zatim međusobnom povezanošću osoba koje su imenovane u organima vladajućeg i ovisnog društva, ugovorima o vezivanju glasova i sl. Uz to se govori i o posrednom utjecaju kad jedno vladajuće društvo ima većinsko sudjelovanje u ovisnom društvu, a to ovisno društvo ima većinski položaj u nekom drugom ovisnom društvu.¹³¹

Iznimka od pravila da vladajuće društvo ne odgovara vjerovnicima ovisnog društva za obveze ovisnog društva u nas je propisana glede priključenog društva, u kojemu glavno društvo odgovara vjerovnicima priključenog kao solidarni dužnik s ovisnim društvom, i to za obveze toga društva nastale prije i nakon priključenja.¹³² Doduše, nije riječ o proboju kako se ponovno ne traži ispunjenje subjektivne pretpostavke te je dovoljna okolnost da je posrijedi priključenje.¹³³

Ako je sklopljen ugovor o vođenju poslova, temeljno je pravo vladajućeg društva davanje upravi ovisnog društva upute glede tog vođenja poslova društva te se stoga zaštita vjerovnika nameće kao ozbiljna briga. Upravi se mogu davati i upute koje su štetne za ovisno društvo ako služe interesima vladajućeg društva ili društava koja su s njime i s ovisnim povezana u koncern. Uz to, uprava ne smije odbiti postupiti po dobivenim

¹²⁹ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 479, čl. 475.

¹³⁰ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 303–304.

¹³¹ *Ibid.*, str. 177–178.

¹³² Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 506.

¹³³ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 413.

uputama ako smatra da one ne služe tim interesima, osim ako je očito da te upute uistinu ne služe tim interesima. Kao protuteža tome, propisuje se obveza vladajućeg društva da pokrije svaki godišnji gubitak ako ga ono ne pokrije iz ostalih rezervi u koje se unosila dobit. Tako je i u kvalificiranom faktičnom koncernu, u kojemu moć podvrgavanja vođenja poslova ovisnog društva vladajućem proizlazi iz samog položaja vladajućeg u odnosu prema ovisnom (koncern nastaje faktičnim putem, a ne putem ugovora).¹³⁴

Kako hrvatska sudska praksa nije bila toliko odvažna, poput njemačke, u širokom analogijskom tumačenju odredaba o dužnosti vladajućeg društva da pruži osiguranje vjerovnicima ovisnog društva te kako na temelju toga nije nastojala uspostaviti vanjsku odgovornost člana, u ovom će se kontekstu kao potrebna nametnuti zaštita putem instituta proboja pravne osobnosti. Ponovno će u središtu pozornosti, naravno, biti uspostava subjektivne pretpostavke zloupotrebe.

Iz svega navedenog proizlazi da će za odgovornost člana morati nastati povreda interesa ovisnog društva, na temelju koje će se uspostaviti ta zloupotreba. Tako se u literaturi navode potencijalni primjeri u situacijama kada vladajuće društvo utječe na ovisno društvo koje je ostalo bez imovine tako da ne ističe dospjeli zahtjev prema drugom ovisnom društvu, što za posljedicu ima da prvo spomenuto društvo više ne može ispuniti svoje obveze prema vjerovnicima. Zatim primjer provođenja restrukturiranja ovisnog društva, kojim se ono dovodi u kompletno ovisan položaj, iz kojeg proizlazi da više neće moći opstati nakon prestanka koncerna. To se može postići i prepuštanjem uspješnog proizvoda drugom društvu koncerna bez primjerene naknade, ali i sklapanjem ugovora koji je štetan za ovisno društvo (npr. višegodišnji ugovor o opskrbi ili ugovor o prijenosu poslova koji dugoročno donosi gubitak ovisnom društvu). U tom je kontekstu, naravno, bitan i indicij vođenja kadrovske politike u koncernu, iz koje može biti evidentna povreda interesa npr. otpuštanjem radne snage, koja je nužna za ostvarenje nekog projekta kojim bi ovisno društvo ostvarilo dobit, ili pak prepuštanjem visokokvalificiranih radnika vladajućem društvu.¹³⁵

Iz navedenih je primjera očita i povezanost činjeničnih osnova te njihovo isprepletanje. Tako će se u primjerima gdje će se zloupotreba temeljiti na prevladavajućem utjecaju najčešće pojavljivati i elementi drugih činjeničnih osnova.

To je možda najbolje vidljivo u slučajevima kada su društvu već pri osnivanju pridodani svi poslovni rizici, dok dobit pripada drugom društvu (tzv. društvo pepeljuga, npr. prije spomenuta presuda *GAMMA*). Takva raspodjela rizika, naravno, najčešće nastaje u koncernu. Time je navedeno ovisno društvo osuđeno na propast budući da, s jedne strane, snosi poslovni rizik svih društava koncerna, a s druge strane, ne ostvaruje dobit, pa ne može pokriti nastali gubitak. Situacija izvlačenja sredstava društva, u kombinaciji s

¹³⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 181–184.

¹³⁵ *Ibid.*, str. 204–206.

oduzimanjem poslovnih mogućnosti i prevladavajućim utjecajem, naziva se još i „d. o. o. štafeta“.¹³⁶

Valja spomenuti i slučajeve tzv. vlastite blokade računa društva, u kojima se vrši namjerna blokada računa društva kako bi se onemogućilo namirenje njegovih vjerovnika. Naime, jedno društvo dogovorno blokira račun drugoga u visini iznosa koji omogućuje stalan odljev sredstava s blokiranog računa u drugo društvo i poslovanje društva kojeg je račun blokiran tako da ostali vjerovnici ne mogu podmiriti svoje tražbine čak i kada pravnoj osobi koja obavlja poslove platnog prometa dostave valjane naloge za plaćanje. Tu se sredstva koja tako pritječu koriste za podmirenje onih obveza društva kojeg je račun blokiran za koje se oba društva dogovore.¹³⁷

Poveznica s nedopuštenim zahvatom, a u kojoj je također riječ o zloupotrebi, pronalazi se u primjerima izvlačenja sredstava iz društva tako da se iz njega „isisa“ imovina i dovede ga se u stanje da se vjerovnici nemaju iz čega namiriti ili to jedva mogu učiniti. U praksi je to poznato kao „tuneliranje“ te se obično događa u društvima unutar koncerna, kao što je to prije i spomenuto. Tu se radi o situacijama gdje se sredstva jednog društva koriste za potrebe drugog; pokretnine ili nekretnine, pa čak i tražbine jednog društva, koriste se radi osiguranja za podmirenje obveza drugog, a da za to nema gospodarskog opravdanja ni odštete. Tako se navodi i primjer kada se sredstva jednog društva koriste za stjecanje udjela njegova člana u drugome društvu.¹³⁸ U svemu navedenome prisutno je i miješanje imovine o kojemu će više riječi biti u sljedećem odjeljku.

Bitno je napomenuti da je izvlačenje sredstava iz društva moguće i u situacijama kada nije riječ o koncernu. Koriste se društva iz inozemstva, tj. *off shore* društva, za koja se praktično ne može utvrditi (ili se iznimno teško može utvrditi) tko je u njima član. Tu se spominju uobičajene metode naručivanja poslova koji se obično ne obave ili se samo prividno obave, kao što su marketinška istraživanja, izrada studija i dr., ali se zato uredno plate.¹³⁹ Na taj se način efektivno vadi imovina iz jednog društva, sve uz privid primjerene protučinidbe, koja uopće nije stvarna. Kako je u tim situacijama iznimno teško dokazati da se radi o istim članovima, samo će se iznimno najpodobnije pravno sredstvo pronaći u institutu proboja.

Kao što je navedeno, kao eminentna se nameće uspostava zloupotrebe na navedenim indicijama. U kontekstu toga korisno je inspiraciju tražiti u brojnim navedenim stranim presudama, u kojima se u raznim testovima (*Laya*, *Van Dorn* i sl.) i doktrinama (*alter ego* i *mere instrumentality*) može pronaći cijeli niz potencijalnih indicija koji su iščekivanju sudačke prosudbe o postojanju zloupotrebe. Iz toga se razloga bitno na stranu praksu fokusirati kao na bogat izvor tih mogućih indicija, na kojima se može temeljiti zloupotreba,

¹³⁶ *Ibid.*, str. 205, 237–238.

¹³⁷ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 414–415.

¹³⁸ *Ibid.*, str. 416.

¹³⁹ *Ibid.*, str. 416–417.

ali je istovremeno bitno zloupotrebu tražiti i u drugim kombinacijama činjeničnih okolnosti.

4.4.4. Miješanje imovine društva i imovine člana društva

O miješanju imovine člana i društva govori se tada kad se za pojedine ili za sve predmete koji ulaze u imovinsku masu ne može jasno i sigurno odrediti pripada li pravo glede njih u imovinu društva ili u imovinu člana. To su slučajevi kada se, u poslovnim knjigama ili inače, imovina društva jasno ne prikazuje tako da se točno odvaja od imovine člana.¹⁴⁰

U navedenoj zakonskoj odredbi čl. 10. kao primjerena se izdvaja t. 3. st. 4., u kojoj se navodi: „upravljanje imovinom društva od strane člana kao da je to njegova imovina“. Međutim, bitno je napomenuti da je miješanje imovina kao skupina slučajeva proboja u bliskoj vezi sa svim primjerima zloupotrebe navedenima u Zakonu, a tako i s onima koji nisu nužno navedeni u zakonu.¹⁴¹

Bitno je razlikovati vertikalno miješanje, tj. miješanje imovina između društva i člana, kao i između društva majke i društva kćeri, te horizontalno miješanje, gdje se više ne može odvojiti imovina dvaju društava sestara.¹⁴²

Jedan od glavnijih uzroka sveobuhvatnog i konačnog miješanja imovina jest neuredno knjigovodstvo, iz kojeg proizlazi da stručna treća osoba uvidom u poslovne knjige ne može zaključiti o poslovnim događajima i položaju društva za određeno vremensko razdoblje, a sukladno tome ni koji imovinski objekti pripadaju društvu.¹⁴³ Tu je bitno istaknuti i razliku između knjigovodstvenog i stvarnog razgraničenja, iz razloga što prvo ne uvjetuje drugo, tj. činjenica da imovina nije knjigovodstveno razgraničena ne znači nužno da nije stvarno razgraničena. Iz zadnje naznake proizlazi činjenica da neuredno knjigovodstvo nije dostatan dokaz o miješanju imovina te da stoga ono ne može biti samostalan uzrok odgovornosti za proboj. To je bitno i iz razloga što neuredno knjigovodstvo kao takvo može prouzročiti i odgovornost članova uprave za povredu dužne pozornosti i odgovornosti članova uprave, o čemu će poslije još biti riječi.¹⁴⁴

Dalje, bitno je napomenuti i bliskost s ranije spomenutim izvlačenjem sredstava društva od strane njegovih članova, na temelju kojeg dolazi do izostanka konkretnog razgraničenja imovine stvarnim prijenosom dijelova imovine društva. Izvlačenje sredstava društva ne mora nužno značiti da je došlo do miješanja imovine zato što se često može raditi o knjigovodstveno neutralnim radnjama, ili jednostavno o tome da se knjigovodstvo uredno vodilo te da stoga nema miješanja (u tom će se slučaju točno zbog

¹⁴⁰ Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 300–301.

¹⁴¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 73.

¹⁴² *Ibid.*, str. 78.

¹⁴³ *Ibid.*, str. 92–93.

¹⁴⁴ *Ibid.*, str. 94–96.

urednog knjigovodstva moći istaknuti precizan zahtjev za povratom nedopuštenih isplata).¹⁴⁵

Tako se kao primjeri miješanja u literaturi navode situacije u kojima članovi društva sredstvima društva plate troškove obnove svojih kuća, a da to nije knjigovodstveno evidentirano, zatim kada član koji vodi poslove društva povodom obveza društva optereti imovinu društva i svoju privatnu imovinu, a da ne navede je li riječ o njegovoj privatnoj imovini ili o imovini društva, onda kada se, primjerice, dizalicom koristi više društava u koncernu, a da za to ne plaćaju naknadu itd.¹⁴⁶

Iz analizom odjeljka u kojem se detaljnije govorilo o izvlačenju sredstava iz imovine društva evidentna je prije spomenuta bliska povezanost svih činjeničnih osnova te nužnost za skupno tumačenje u pronalasku zloupotrebe.

Iz navedenoga proizlazi da će se za uspostavu proboja u slučajevima stvarnog miješanja imovine najčešće raditi o činjenici da je neuredno vođeno knjigovodstvo, ali i da je došlo do određenog prijenosa imovine društva.¹⁴⁷

Uz to se u literaturi navodi i to da će biti potrebno uspostaviti i činjenicu da društvo, zbog toga što je član izvlačio sredstva iz društva, više nema dostatnih sredstava za podmirenje neke svoje obveze prema vjerovniku.¹⁴⁸

Tu je bitno istaknuti da nužnost spomenutog dokaza proizlazi isključivo iz analize strane sudske prakse u slučajevima miješanja imovine te da zakonska osnova za njega u hrvatskom pravu ne postoji. Taj bi dokaz uz to znatno otežao dokazivanje te bi ograničio institut proboja na slučajeve u kojima je nastupila insolventnost društva. Uz to, otvorila bi se vrata drugim malverzacijama, koje bi precizno ciljale sprječavanje uzrokovanja stečaja, ali bi istovremeno produbile nerazmjerne obveze društva te time oštetile samo društvo. Iz tih bi razloga rješavanje problema teškog dokazivanja uzročne veze prebacivanjem tereta dokaza, a ostavljanje nužnosti dokaza o nastanku stečajnog razloga, u ovim slučajevima bilo diskutabilno.

Odgovornost člana prema vjerovnicima mogla bi se zasnovati i miješanjem sfera društva i člana tako da se odvojenost tih dvaju subjekata dovoljno jasno ne istakne. Tako se, primjerice, netko (kao trgovac pojedinac ili inače) tko je jedini član društva i njegov član uprave, služeći se istom adresom, poslovnim pismom, pa i imenom u tvrtki društva, obavljajući isti predmet poslovanja kao i društvo, ne bi mogao jednom pozivati na to da je sklopio posao u svoje ime, a drugi put da je to učinio u ime društva.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 96, 102.

¹⁴⁶ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 420–421.

¹⁴⁷ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 76–77.

¹⁴⁸ *Ibid.*, str. 105.

¹⁴⁹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 419.

U ovom je kontekstu bitno i povući paralelu s prije spomenutim slučajevima „društva pepeljuge“, ali i drugim prije spomenutim primjerima u kojima se izigravaju vjerovnici raznim metodama prebacivanja sredstava ili dogovaranja nerazumnih poslovno neopravdanih posredovanja.¹⁵⁰

Bitno je naznačiti da i samo zastiranje, tj. zamagljivanje konkretnog razgraničenja imovina društva i člana, dovodi do miješanja imovina, koje bi moglo biti pretpostavka proboja. Međutim, tu treba paziti na situacije u kojima društvo nema izravan posjed te je određeni dio imovine (npr. stroj) u posjedu člana, ali na valjanom pravnom temelju (npr. ugovor o zakupu).¹⁵¹ Tu će biti od velike važnosti utvrđivanje plaćanja zakupnine te će presudno biti utvrđenje jednakosti činidbi (umjesto da ispadne da je npr. zakupnina očito niža).

Kako proces miješanja imovine društva s privatnom imovinom člana ima očite ozbiljne imovinskopravne posljedice za društvo i njegove vjerovnike, koje se očituju u narušavanju poslovnog razvoja društva, ali i općenito u smanjivanju sposobnosti društva za ekonomski napredak, nužno je postaviti odgovarajuće okvire za zaštitu vjerovnika, a posljedično i samog društva. Institut proboja pravne osobnosti u ovim primjerima može dosegnuti i slučajeve koji nisu obuhvaćeni u sklopu zaštite drugih pravnih sredstava te se stoga i nameće kao potreban.¹⁵² Međutim, zbog određenih otvorenih pitanja, slično kao i u drugim činjeničnim osnovama, on se predstavlja kao znatno zagonetan, a stoga i diskutabilno pravno nepredvidljiv. Iz tog bi se razloga i u tim okolnostima, usprkos tome što hrvatski pravni sustav ne nameće hijerarhiju pravnih sredstava, prvo trebalo posegnuti za alternativnim pravnim sredstvima te bi se trebalo posezati za probojem samo u određenim teškim slučajevima, ili pak u slučajevima u kojima se adekvatna zaštita ne može postići tim drugim sredstvima.

4.5. Alternativna pravna sredstva

Institut proboja pravne osobnosti nije jedino pravno sredstvo za zaštitu vjerovnika društva u navedenim različitim činjeničnim okolnostima. Kako detaljna obrada svakog zasebnog alternativnog pravnog sredstva nije tema ovoga rada, cilj će biti usmjeren na kratak prikaz ostalih putova te potencijalnih izazova koje bi svaki mogao postaviti, a time će se i ponuditi djelomično razgraničenje u pogledu pravnog dosega u odnosu na institut proboja.

Jedno od alternativnih pravnih sredstava koja se nameću jest zaštita vjerovnika putem čl. 273. ZTD-a, kojim se propisuje odgovornost za štetu na temelju iskorištavanja utjecaja u društvu.¹⁵³ Navedeni će članak biti bitan u okolnostima u kojima dolazi do nedopuštenog zahvata u imovinu društva. Međutim, vjerovnici mogu sa zahtjevom protiv člana ustati jedino u slučajevima kada ne mogu podmiriti svoju tražbinu od društva te se na taj način

¹⁵⁰ *Ibid.*, str. 420.

¹⁵¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 89–90.

¹⁵² *Ibid.*, str. 80–82.

¹⁵³ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 273.

u startu ograničava ponuđena zaštita. Iz tog se razloga radi o zahtjevu koji se izvodi iz zahtjeva društva za naknadu štete, a ne o samostalnom zahtjevu, kao što je to u slučaju proboja.¹⁵⁴ Uz to, naknada štete u navedenom slučaju ovisi o konkretnoj šteti koju je zahvat nanio društvu, tj. o šteti koju je društvo pretrpjelo. Tako opseg naknade ovisi o tome u kojoj je mjeri nastala šteta mjerljiva ili utvrdiva te se i na taj način znatno ograničava zaštita vjerovnika u odnosu na prije spomenuti široki opseg naknade u slučaju provedenog proboja. Jednako tako, u slučaju iskorištavanja utjecaja nesporno se traži ispunjenje subjektivne pretpostavke krivnje (izravna ili neizravna namjera)¹⁵⁵ te se ne nudi nikakav potencijalni oblik prije spomenutog olakšavanja tereta dokaza. Uz to se ne nude ni zakonski navedeni slučajevi, za koje se navodi da se smatra da je subjektivna pretpostavka ispunjena.

Bitno je spomenuti i čl. 217. i 408., kojima se zabranjuje povrat uplaćenog uloga i povrat zajma kojim se nadomješta kapital, te čl. 407., kojim se zabranjuju isplate članovima društva iz imovine društva vrijednosti koja odgovara iznosu temeljnog kapitala.¹⁵⁶ U svakom navedenom članku radi se o ograničenoj zaštiti s obzirom na to da se štiti samo određeni dio imovine društva. Primjerice, zabranjene su isplate kada imovina (aktiva) više ne pokriva obveze, rezervacije i temeljni kapital te ako bi dovele do prezaduženja društva, ili bi već prezaduženo društvo dodatno iscrpile.¹⁵⁷ Jednako tako, zahtjev za povrat nedopušteno primljenog (čl. 407.) ide za povrat one imovine koja je iz društva nedopušteno izvučena¹⁵⁸ te je stoga ponovno znatno ograničena u odnosu na opseg povrata. Navedeni članci stoga ponovno predstavljaju samo ograničenu zaštitu vjerovnika. Uz to, odredbe o održanju kapitala ne štite društvo, a posredno i vjerovnike, od sekundarnih šteta koje nastaju kod stečaja društva.¹⁵⁹

U literaturi se spominje i zaobilazno ostvarenje tražbina vjerovnika društva putem čl. 224. st. 2., na temelju kojeg vjerovnici dioničkog društva mogu od dioničara tražiti da vrati društvu sve isplate koje je od njega primio protivno odredbama tog zakona i tako postići plaćanja društvu.¹⁶⁰ Na taj bi način vjerovnici mogli tražbinu društva prema članu koju ono ima iz spomenutog naslova zahvatiti u ovrsi koju vode protiv društva radi prisilnog ostvarenja svojih tražbina prema društvu te bi tako ostvarili naplatu zaobilaznim putem. Tu bi se u određenim okolnostima trebali koristiti i dvjema tužbama i jednom ovrhom, ali bi zapravo efektivno postigli ostvarenje tražbine protiv društva od samih dioničara.¹⁶¹ U navedenoj se odredbi ne traži dokazivanje zloupotrebe, ali je put ostvarenja evidentno isprepleten i zahtjevan u odnosu na proboj. Uz to, ponovno se traži uvjet ovrhe te se stoga zaštita opet ograničava. Okolnost koja još dodatno može otežati situaciju jest činjenica da knjigovodstvo društva nije uredno. Zbog toga ne bi bilo jasno na koje se oduzimanje

¹⁵⁴ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 413.

¹⁵⁵ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1715–1716.

¹⁵⁶ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 217., 407., 408.

¹⁵⁷ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1699.

¹⁵⁸ *Ibid.*, str. 1700.

¹⁵⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 241.

¹⁶⁰ Zakon o trgovačkom društvu, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 224.

¹⁶¹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 419.

imovine, tj. na koje se točno to pojedinačne isplate odnosi zahtjev za povratom te se stoga on ne bi mogao ni isticati.¹⁶²

U svezi s iskorištavanjem utjecaja u društvu vrijedi spomenuti i obvezu lojalnog postupanja. Tako društvu, primjerice, u slučajevima nedopuštenog zahvata u imovinu društva na raspolaganju stoje dvije pravne osnove s naslova odgovornosti za naknadu štete – pored iskorištavanja utjecaja stoji i povreda obveze lojalnosti. U literaturi se čak spominje i to da posebno zakonsko propisivanje odgovornosti za iskorištavanje utjecaja nije bilo prijeko potrebno s obzirom na to da su članovi društva mogli za štetu odgovarati i s naslova povrede članske obveze lojalnog postupanja. Navodi se i to da je konkurencija pravnih temelja bez prave praktične važnosti jer zahtjev s naslova povrede obveze lojalnosti nije moguće primijeniti šire od zahtjeva s naslova čl. 273. te da se pretpostavke odgovornosti predviđene u tom članku trebaju primjenjivati i pri odlučivanju o zahtjevu zbog povrede lojalnog postupanja.¹⁶³

Dalje je bitno spomenuti i čl. 252., kojim se određuje da su članovi uprave dužni voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te kojim se uspostavlja pravilo poslovne prosudbe (*business judgment rule*), na temelju kojeg ne dolazi do kršenja navedenog članka ako član uprave pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Bitno je istaknuti da je teret dokaza primjene dužne pozornosti na članovima uprave, ali se istovremeno propisuje to da vjerovnici ponovno mogu postaviti zahtjev jedino ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva.¹⁶⁴ Tu se ponovno radi o unutarnjoj odgovornosti te tek o refleksnoj šteti prema vjerovnicima te bi tako čak i dokazivanjem povrede pravila poslovne prosudbe, koje se često predstavlja kao izazovan zadatak, vjerovnici imali opet samo zaobilazan put, a ne izravan zahtjev prema članovima. Uz to, radi se i o članku koji se prvenstveno odnosi na članove uprave te za koji je mogućnost primjene odredaba o odgovornosti člana uprave na člana društva dvojben.¹⁶⁵

Valja istaknuti da se zaštita vjerovnika ostvaruje i kroz stečajni postupak, odnosno kroz dužnost prijave nastanka stečajnih razloga, iz koje proizlazi da je član uprave dužan podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka jer je nastao stečajni razlog (najkasnije dvadeset i jedan dan nakon nastanka nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti). Tu je zaštita najviše istaknuta prema novim vjerovnicima, kojima je član uprave dužan nadoknaditi stvarnu štetu u punom iznosu. Međutim, usprkos tome što se iz navedene odgovornosti smanjuje potreba za korištenjem pravnog sredstva proboja kod primjera materijalne potkapitalizacije društva, zaštita se pruža samo u teoriji. Iz tog je

¹⁶² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 108–109.

¹⁶³ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1711–1712.

¹⁶⁴ Zakon o trgovačkim društvima, čl. 252.

¹⁶⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 153.

razloga bitno istaknuti da će se u stečajnom postupku vjerovnici uspjeti samo djelomično namiriti.¹⁶⁶

Na kraju je bitno spomenuti već prije navedenu činjenicu da u hrvatskom pravu ne postoji hijerarhija pravnih sredstava te da je iz tog razloga bilo kakav odnos supsidijarnosti sredstava negiran. U njemačkom pravu postoji odnos konkurencije između odgovornosti za proboj i odgovornosti za izvanugovorno nanošenje štete koja proizlazi iz činjenice da ne postoji konkretna zakonska odredba kojom se određuje mogućnost proboja (kao čl. 10. u RH).¹⁶⁷

Jednako tako, kao što je već prije istaknuto, u hrvatskom pravu ne postoji odredba o izvanugovornoj naknadi štete slična onoj iz čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika, koja pomiruje oba čimbenika odgovornosti za naknadu štete i odgovornosti članova prema vjerovnicima društva te na temelju koje može doći do unutarne, ali i vanjske odgovornosti prema vjerovnicima.¹⁶⁸ Točno iz tog razloga uključivanje čl. 10. u ZTD bilo je razborita odluka hrvatskog zakonodavca.

4.6. Opći porezni zakon

Do odgovornosti članova društva za obveze društva može doći i na temelju Općeg poreznog zakona, po kojemu članovi ispunjenjem određenih zakonski propisanih pretpostavki postaju porezni jamci u slučaju nemogućnosti plaćanja obveze društva iz porezno-dužničkog odnosa. U Zakonu se tako postavlja i pravilo da za podmirenje obveza društva, ali najviše do visine ostvarene koristi, supsidijarno odgovaraju i povezane osobe u čiju je korist poduzeto raspolaganje na štetu društva, što ima kao posljedicu neispunjavanje obveze iz porezno-dužničkog odnosa.¹⁶⁹ Tako se prvo u čl. 30. diskutabilno nepotrebno ponavljaju odredbe čl. 10. ZTD-a te se onda u čl. 31. posebno navode dodatni slučajevi, za koje se smatra da su u njima ispunjene pretpostavke odgovornosti.¹⁷⁰ Ponovno se radi o odredbi koja slučajeve navodi primjerno, a ne taksativno, te se tako spominje: prividno ili besplatno prenošenje imovine na trgovačko društvo koje su osnovali sami ili s drugim osobama, ili na drugi način cijelu ili dio imovine prividno prodaju, opterete bez odgovarajuće protučinidbe, ili je besplatno ustupe povezanim osobama, oštete je, unište ili učine neupotrebljivom, zatim zakluče prividni pravni posao, ili priznaju nepostojeću tražbinu osobama iz gore navedene točke, te kada u suprotnosti s urednim i savjesnim gospodarenjem umanje imovinu ili prikriju imovinsko stanje, ne podnesu zakonom propisana godišnja izvješća, bez odgađanja najkasnije dvadeset i jedan

¹⁶⁶ *Ibid.*, str. 160–162.

¹⁶⁷ *Ibid.*, str. 245.

¹⁶⁸ *Ibid.*, str. 249.

¹⁶⁹ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 26.

¹⁷⁰ Opći porezni zakon, NN 114/22, čl. 30–31.

dan od nastanka razloga koji poseban zakon određuje kao razlog za pokretanje stečajnog postupka ne zatraže da se takav postupak pokrene.^{171 172}

Navedene osobe odgovaraju kao porezni jamci tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje njihove odgovornosti te se donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje. Postupak utvrđivanja zloupotrebe uređen je odredbama čl. 172.-177. OPZ-a te se provodi po službenoj dužnosti.¹⁷³ Cilj je postupka provjera i utvrđivanje činjenica koje upućuju na postupanje koje ima obilježje zloupotrebe prava, a koje za posljedicu ima nemogućnost podmirenja obveza. Tako se postupak provodi jedino u slučaju nemogućnosti naplate poreznog duga od poreznog obveznika primjenom svih mjera prisilne naplate.¹⁷⁴

U postupku se utvrđuje zloupotreba pronalaskom prije navedenih činjenica, ali i činjenica oštećenja poreznog tijela. Zakonom se propisuje i to da postupak može obuhvaćati i one činjenice koje nisu u vezi s gospodarskom djelatnošću osobe nad kojom se postupak provodi, jednako kao i provjeru odnosa bitnih za oporezivanje između člana društva i samog društva.¹⁷⁵

Kako do poreznog jamstva dioničara dolazi i u slučaju povezanih društava, čl. 46. OPZ-a ponavlja rješenja iz ZTD-a te određuje što su povezana društva, a čl. 47. određuje i što su ovisna i vladajuća društva.¹⁷⁶ Zanimljivo je spomenuti i čl. 48., kojim se određuje pojam „kontrole“, koji je u smislu Zakona definiran kao odnos vladajućeg i ovisnog društva ili odnos između fizičke i pravne osobe kojim se ostvaruje isti ili sličan utjecaj kakav postoji u odnosu između vladajućeg i ovisnog. Zatim se navode i uvjeti od kojih barem jedan mora biti ispunjen kako bi se smatralo da kontrola postoji.¹⁷⁷ Uza sve to, Zakonom se određuju i povezane osobe na temelju kojih može posredno doći do odgovornosti člana društva.¹⁷⁸

Iz svega navedenog proizlaze i temeljna razgraničenja u odnosu na proboj po ZTD-u. Prvo je u činjenici da se za nastupanje poreznog jamstva mora ispuniti pretpostavka nemogućnosti namirenja poreznih obveza od strane društva, a drugo u činjenici da se radi o odgovornosti za obveze isključivo iz porezno-dužničkog odnosa društva (a ne za sve obveze – ugovorne, izvanugovorne i dr.).¹⁷⁹

Evidentan je pokušaj detaljnijeg i konkretnijeg normiranja navođenjem dodatnih specifičnih okolnosti (čl. 31.), ali je neophodan zaključak o pravnom sredstvu koje pruža

¹⁷¹ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 26–27.

¹⁷² Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 31.

¹⁷³ Gadžo, Stjepan; Žunić Kovačević, Nataša, *Retroaktivna primjena pravila o proboju pravne osobnosti u poreznim stvarima: analiza upravnosudske i ustavnosudske prakse*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 40, br. 1, 2019, str. 351.

¹⁷⁴ Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 172.

¹⁷⁵ *Ibid.*, čl. 175.

¹⁷⁶ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 27.

¹⁷⁷ Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 48.

¹⁷⁸ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 28.

¹⁷⁹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 428.

ograničenu i specifičnu pravnu zaštitu vjerovnicima društva te koje ne doseže do svih relevantnih pravnih situacija. Dalje je bitno napomenuti da su slučajevi navedeni u čl. 31. teleološki obuhvaćeni u čl. 30., koji je identičan čl. 10. ZTD-a te se stoga otvara i pitanje nepotrebnog dodatnog propisivanja. Namjera se zakonodavca tako u donošenju OPZ-a te propisivanju, tj. graničnom prepisivanju odredbi o proboju pravne osobnosti, može protumačiti jedino kao pokušaj dodatnog privlačenja pozornosti na važnost sprječavanja zloupotrebe u slučajevima u kojima određeni članovi društva izbjegavaju plaćanje poreza. Tim se načinom uspostavlja i izvor prava u kojemu se sve relevantne odredbe nalaze na jednom mjestu.

Međutim, kako se gotovo identične odredbe nalaze u ZTD-u, i to u uvodnim odredbama Zakona, iz čega proizlazi njihova važnost, nameće se zaključak o suvišnom dodatnom propisivanju već postojećih odredaba.

4.7. Pravna praksa RH

Evidentno je iz prikazanoga da određeni dijelovi primjene instituta proboja pravne osobnosti, od kojih se posebice moraju naglasiti specifičnosti tereta dokazivanja (pitanje stupnja krivnje), ali i opća problematika potrebnih pretpostavaka na temelju kojih se dokazuje zloupotreba, još uvijek ostaju pod upitnikom.

Za početak je možda najkorisnije pozornost posvetiti presudama kojima se pokušavaju pobliže definirati specifičnosti tereta dokazivanja. Tu se kao interesantna nameće presuda Visokog trgovačkog suda RH (dalje: VTSRH) iz koje proizlazi sentenca da se „za odgovornost zbog navedene zloupotrebe odgovara po kriteriju dokazane krivnje, osim u zakonski navedenim slučajevima (čl. 10. st. 4), u kojima se presumira krivnja člana“.¹⁸⁰ Jednako se tako i u novijoj presudi (2021.) Županijskog suda u Varaždinu navodi da „direktor trgovačkog društva zbog zloupotrebe odgovara osobno po kriteriju dokazane krivnje“.¹⁸¹ Za suprotno stajalište u pogledu prirode tereta dokaza interesantno je istaknuti presudu Visokog trgovačkog suda iz 2021. godine, u kojoj sud ističe da, „suprotno žalbenim navodima, odgovornost na temelju čl. 10. nije odgovornost za štetu i krivnja člana društva nije relevantna“, te se izričito ističe da je „zloupotreba prava (čl. 6. ZOO-a) neovisna o krivnji ovlaštenika prava, jer je riječ o objektivnoj povredi interesa drugoga“, te da „ne mora postojati nakana ili neki stupanj neopreznosti da se drugom nanese šteta“.¹⁸²

¹⁸⁰ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 23. 9. 2003., donesenoj u predmetu Pž-1522/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B1522S03D20030923?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸¹ Županijski sud u Varaždinu u odluci od 28. 9. 2021., donesenoj u predmetu Gž 328/2021-2, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE716B328S2021P2D20210928?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸² Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 19. 11. 2021., donesenoj u predmetu Pž 1820/2020-3, dostupno na:

U spomenutim je presudama prisutna neusklađenost sudske prakse u navedenom pravnom pitanju te se nameće zaključak da pitanje konkretnih odrednica tereta dokaza ostaje otvoreno.

Dalje je bitno istaknuti i presude iz kojih proizlazi da određene činjenice kao jedina osnova za proboj, kao što su neisplata plaće radniku od strane društva,¹⁸³ ili činjenica postojanja odnosa ovisnog i vladajućeg društva,¹⁸⁴ jednostavno neće biti dovoljne za dokazivanje zloupotrebe, pa tako ni za aktivaciju instituta proboja pravne osobnosti.

U kontekstu dokazivanja zloupotrebe bitno je istaknuti i nekoliko presuda u kojima je, usprkos prilaganju nekoliko dokaza te njihovu kombiniranju, bila odbijena primjena instituta proboja pravne osobnosti.

Tu se tako ističe presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, u kojoj se navodi da činjenica „da je tuženik kao član trgovačkog društva osnovao novo društvo koje je djelomično registrirano za jednake djelatnosti te posluje s nekim istim dobavljačima i kupcima“ nije dovoljna za uspostavu temelja za proboj. U istoj se presudi ističe i to da nije zabranjeno osnivanje novog trgovačkog društva te da tužiteljev navod o blokiranom računu spomenutog društva za vrijeme osnivanja novog nije istinit (blokiran je sedam dana nakon osnivanja društva).¹⁸⁵

Zanimljivo je istaknuti i još jednu presudu istoga suda, u kojoj se, usprkos činjenicama da je društvo u trenutku sklapanja ugovora o djelu s tužiteljem bilo nelikvidno te da je prezaduženost nastupila početkom godine sklapanja ugovora (2010.), i to uslijed ovršnih postupaka koji su počeli još i godinu prije, nije odlučio probijati pravnu osobnost. U istom je predmetu prvotuženik u početku bio jedini član i direktor društva te ga je tuženik optužio, zajedno s drugotuženikom, za olako preuzimanje obveza u ime i za račun društva usprkos očitim okolnostima nemogućnosti njihova namirenja. Sud je ovdje naveo kako nije istaknuto dovoljno dokaza te da činjenica oštećenja tužitelja neplaćanjem računa nije dovoljna.¹⁸⁶

Probijanje pravne osobnosti jednako tako nije dopušteno, tj. potvrđena je presuda prvostupanijskog suda, i u predmetu u kojemu je bilo uspostavljeno da je tuženik za

<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80c82c12&q=67+P%C5%BE-1820%2F2020-3>.

¹⁸³ Županijski sud u Splitu u odluci od 4. 12. 2019., donesenoj u predmetu Gž R 805/2019-2, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE714B805S2019P2D20191204?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸⁴ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 15. 4. 2003., donesenoj u predmetu Pž-1760/02, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B1760S02D20030415?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸⁵ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 17. 2. 2020., donesenoj u predmetu Pž 3950/2017-4, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B3950S2017P4D20200217>.

¹⁸⁶ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 9. 6. 2022., donesenoj u predmetu 81 Pž-2083/2022-2, dostupno na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80d4e9eb&q=81+P%C5%BE-7668%2F2016-3>.

direktora društva postavio osobu koja je prethodno radila kod njega, zatim da su sjedišta tuženika i društva bila na identičnoj lokaciji, da je tuženik faktično vodio knjigovodstvo relevantnog društva, da je tuženik osnovao to drugo društvo s minimalnim kapitalom te da je u vrijeme osnivanja tog drugog društva tuženik imao blokiran račun. Bitno je napomenuti i da je prvostupanjski sud inicijalnu tužbu odbacio kao nedopuštenu te je time utvrdio da u slučajevima proboja tužbeni zahtjev mora glasiti na utvrđivanje činjenica zloupotrebe.¹⁸⁷

Interesantna je i presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, u kojoj je definirano da dokaz postojanja naloga društva majke društvu kćeri „da prihod od najamnine po svim osnovama distribuirana na njezin žiroračun odakle bi se trebala vršiti prioritetna plaćanja prema uputama Upravnog odbora”, budući da nije dokazano da to iz tih novčanih sredstava nije učinjeno, ne predstavlja sam po sebi zadovoljavajući dokaz zloupotrebe na temelju kojega se može provesti proboj. Isti je sud u drugoj presudi istaknuo da, kada tuženik kao jedini član društva poslodavca tužiteljice i kao jedini osnivač tog društva raspoređuje radnike na rad u novoosnovano društvo na koje nije prenio imovinu, to ne znači da je utvrđeno na strani tuženika postojanje svijesti o zloupotrebi okolnosti da kao član društva ne odgovara za svoje obveze. Objе su presude donesene 2011. godine.¹⁸⁸ Iz navedenih presuda, pogotovo zadnje, proizlazi strogo stajalište po pitanju proboja pravne osobnosti.

Međutim, rezervirano stajalište u probijanju pravne osobnosti iskazano u gore navedenim presudama nije apsolutno. Tako je, primjerice, u jednoj presudi VTSRH utvrđena zloupotreba, a time i dopušten proboj temeljem činjenice da je tuženik osnovao šesnaest trgovačkih društava u sklopu tuženika kao holdinga u odnosu majke i kćeri, nad kojima je tuženik zadržao potpunu ingerenciju u poslovanju, da je sve zaposlenike, uključujući i tužiteljicu, rasporedio na rad u jedno od novoosnovanih društava, da je na ta društva prenio imovinu u neznatnom iznosu, kao i da je tužiteljicu, bez njezine suglasnosti, rasporedio na novo radno mjesto.¹⁸⁹ Tu se radi o presudi od naročito značaja zato što su radnici takvih društava te njima ovisnih društava dio kruga vjerovnika koji su u posebice nepovoljnom položaju jer najčešće nemaju pregovaračku snagu kakvu imaju ostali pravni subjekti koji posluju s tim društvima.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 268–269.

¹⁸⁸ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 412.

¹⁸⁹ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 14. 2. 2006., donesenoj u predmetu Pž-9137/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B9137S03D20060214?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 272.

Zatim, u jednoj drugoj presudi isti je sud utvrdio postojanje zloupotrebe na činjenici da je član trgovačkog društva naručivao robu od istog prodavatelja koristeći pečat društva i pečat istoimenog obrta. Tu sud ističe važnost potpisa na ugovorima, a ne samog pečata.¹⁹¹

U sljedećoj je presudi VTSRH utvrdio postojanje odgovornosti člana društva (društva osnivača) za obveze društva koje je ono osnovalo (društva kćeri) za obveze prema vjerovnicima na temelju toga što je došlo do miješanja imovine dvaju društava te se za pojedine predmete i prava nije moglo utvrditi u čiju imovinu pripadaju. Do utvrđenja miješanja imovine došlo je u poslovanju društava u stečaju jer su iste osobe vodile poslove oba društva, u istim poslovnim prostorijama, imale su ista sredstva rada, bili su u blokadi žiro-računi oba društva te ni knjigovodstvena evidencija imovine društva nije bila uredna i čista.¹⁹²

Dalje, u ranije spomenutoj presudi, u kojoj je istaknuto da krivnja člana društva nije relevantna u kontekstu čl. 10., VTSRH je također utvrdio zloupotrebu te je dopustio proboj. To je učinjeno na temelju činjenice da je tuženik umanjio imovinu društva iako je znao ili je morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze. Naime, prijenosom imovine (poslovnih udjela u društvu I. R. d. o. o. K.) društva I. d. o. o. K. na tuženikovu kćer N. B. na način da je naknada za poslovne udjele nominalne vrijednosti 15 447 400,00 kn utvrđena u visini od 3 905 872,57 kuna i da je takva niža cijena eventualno podmirena zatvaranjem dijela obveze društva I. d. o. o. K. prema I. R. d. o. o. K. upućuje na to da je iz društva I. d. o. o. K., i to novog društva gotovo identične tvrtke koja obavlja isti predmet poslovanja i prebacivanjem cjelokupnog poslovanja na to novo društvo, po mišljenju suda, poslovanje prebačeno radi zloupotrebe prava i sprječavanja da dužnik I. d. o. o. K. poslovanjem prikupi sredstva potrebna za podmirenje dugova.¹⁹³ U navedenoj presudi vidi se i značaj prije spomenute činjenične osnove izvlačenja sredstava iz društva u kontekstu proboja.

U presudi Vrhovnog suda od 12. ožujka 2007. navodi se pak kako prvostupanjski sud nije ispravno zaključio kako u konkretnom slučaju nema mjesta proboju pravne osobnosti prema drugotuženici. Odluku o ukidanju presude i vraćanju predmeta prvostupanjskom sudu temelji na činjenici da je tužitelj upozorio na zloupotrebu koja proizlazi iz činjenice da je drugotuženica dopisom tražila od tužitelja izdavanje garancije uz njezinu obvezu naknadnog dostavljanja dokumentacije o instrumentima osiguranja, što nakon izdavanja garancije nije učinila. Istaknula je kako joj je to potrebno iz razloga što joj je za zasnivanje

¹⁹¹ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 7. 4. 1998., donesenoj u predmetu Pž-1008/98, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudskapraksa/SE500B1008S98D19980407?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹² Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 17. 2. 2004., donesenoj u predmetu Pž-6369/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudskapraksa/SE500B6369S03D20040217?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹³ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 19. 11. 2021., donesenoj u predmetu Pž 1820/2020-3, dostupno na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80c82c12&q=67+P%C5%BE-1820%2F2020-3>.

hipoteke na obiteljskoj kući roditelja drugotuženice te za cesiju tražbine temeljem veleprodaje potrebna navedena garancija. Po mišljenju suda, točno iz tog razloga ima govora o zloupotrebi.¹⁹⁴

Posebno je interesantna i presuda VTSRH od 11. rujna 2007. godine u kojoj je zloupotreba utvrđena prema jedinom osnivaču i jedinom članu uprave društva S d. o. o. na temelju toga što je tužitelj predlagao promjenu (odgodu) roka plaćanja duga od 549 000 kuna te sklapanje aneksa, ali da navedeni dug nije platio ni nakon tog prolongiranog roka.¹⁹⁵ U toj je presudi vidljivo iznimno strože postupanje prema članovima društva koji su jedini osnivač te jedini član uprave, iz čega proizlazi zaključak da je za dokazivanje zloupotrebe u tim slučajevima potrebno puno manje indicija.

Za kraj se ističe i presuda VTSRH u kojoj je, još jednom, utvrđena zloupotreba u odnosu na tuženika, društvo M d. d., te je određeno da je ono dužno platiti tužitelju MCP d. d. iznos od 324 587,86 kuna sa zakonskom zateznom kamatom. Navodi se kako je tuženik osnovao društvo M – J d. o. o. koje je organiziralo proizvodnju za inozemne naručitelje pod nazivom projekt “E” te koji je bio uređen Protokolom kojim je određen način poslovanja iz kojeg proizlazi da su svi računi dolazili na društvo M – J d. o. o., a da ih je podmirivalo društvo M d. d. Sud navodi da iz toga proizlazi da se član koristio poslovanjem društva M – J d. o. o. da bi mogao postići koristi stvarajući obveze za to društvo, a prihode za sebe. Tako je društvo M – J d. o. o. bilo terećeno troškovima projekta, koje je onda tuženik podmirivao sa šifre projekta nakon što su bili potpisani računi od strane odgovornih osoba. Sve navedeno proizlazi iz iskaza direktora M – J d. o. o.-a, S. M.-a.¹⁹⁶ U navedenoj je presudi vidljiva i spremnost suda da dopusti proboj prema članu u višečlanim društvima.

U kontekstu raznih presuda u Hrvatskoj zanimljivo je spomenuti i one slučajeve koji se nisu pojavili u domaćoj pravnoj praksi, nego u stranoj, a za koje je upitno kako bi bili riješeni u tuzemstvu. Tako bi bilo zanimljivo analizirati hrvatsko sudsko rješenje, npr. u predmetu *Walkovszky v. Carlton*, koje bi zasigurno uvelike definiralo smjer razvoja prakse instituta proboja. Usporedni bi primjer bio i u pomorskoj pravnoj praksi i poslovanju brodarskih društava koja posjeduju više brodova, s tim da se za operativno korištenje svakog broda osniva posebno trgovačko društvo po sistemu „jedan brod – jedno društvo“ (*one ship companies*).¹⁹⁷ Na taj se način stvaraju brojna brodarska društva koja su „papirnati vlasnici“ samo po jednog broda, dok je zapravo cjelokupna kontrola nad poslovanjem, odnosno iskorištavanjem svih brodova tih društava, u rukama društva majke, koja drži 100 % udjela u svakom od društava kćeri. Takvo poslovanje uzrokuje znatne teškoće vjerovnicima tih malih društava iz razloga što je jedno od najbitnijih sredstava zaštite vjerovnika privremena mjera zaustavljanja broda, koja može zahvatiti

¹⁹⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 274.

¹⁹⁵ *Ibid.*, str. 275

¹⁹⁶ *Ibid.*, str. 276.

¹⁹⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 158.

isključivo one brodove koji su u vlasništvu dužnika.¹⁹⁸ Iz tog bi razloga i u takvim slučajevima, kao i u prije navedenom, bila iznimno važna odluka hrvatskih sudova o postojanju, tj. nepostojanju zloupotrebe.

U svim priloženim presudama evidentna je jedna promjenjiva i granično nepredvidljiva sudska praksa u vezi s pitanjem proboja. Očito je da su sudovi spremni probijati pravnu osobnost, ali doseg primjene instituta, kao i njegove specifične pretpostavke te priroda dokazivanja tih pretpostavki, još uvijek nisu razjašnjeni. Tako se u dokazivanju zloupotrebe koristi raznim kombinacijama činjeničnih okolnosti, koje su na kraju podložne slobodnoj ocjeni suda, koja je nekada različita čak i u gotovo jednakim činjeničnim osnovama.

5. ZAKLJUČAK

Trgovačka se društva u modernom svijetu nameću kao jedni od najvažnijih gospodarskih aktera, koji time posljedično uvjetuju i ekonomski razvoj kako poduzetništva tako i samih država. Bit privlačnih svojstava društava objedinjuje se u ograničenoj odgovornosti članova tih društava, koja omogućuje rizične poduzetničke pothvate, a time i nekad prividno nedostižni gospodarski cilj.¹⁹⁹

Međutim, povlastica članova da ne odgovaraju za obveze ne smije imati za posljedicu zloupotrebu te okolnosti te je stoga bitno uspostaviti primjerenu zaštitu tih istih vjerovnika, a tako i protutežu ograničenoj odgovornosti članova.²⁰⁰

Zaštita vjerovnika tako se postiže cijelim nizom prije spomenutih odredbi načela unosa i održanja kapitala, zatim generalno odredbama o izvanugovornoj odgovornosti, o pojačanoj odgovornosti uprave, ali i odredbama o stečaju i likvidaciji.²⁰¹ Iz analize je evidentno da alternativna sredstva pružaju zaštitu vjerovnicima, ali da je ta zaštita ograničena i specifična te stoga i proširena (najviše s obzirom na opseg naknade) uključivanjem instituta proboja. Tu se nameće i proboj propisan Općim poreznim zakonom, koji, međutim, opet pruža samo specifičnu i ograničenu zaštitu, a i kod kojeg je upitna potreba propisivanja. Tako se kao posebno pravno sredstvo zaštite ističe institut proboja pravne osobnosti propisan ZTD-om, koji time u Hrvatskoj ima i vlastitu zakonsku osnovu. Propisivanjem te iste osnove zakonodavac je napravio hrabar iskorak u odnosu na većinu stranih država (čast iznimkama) te je otvorio vrata diskutabilno češćem probijanju pravne osobnosti. U zakonu se kao temeljna nameće subjektivna pretpostavka zloupotrebe neodgovornosti članova, oko koje se pojavljuju brojne nejasnoće u dokazivanju, te se zatim otvorenom klauzulom navode i slučajevi u kojima se pretpostavlja zloupotreba (ali ne i uzročno-posljedična veza). Međutim, kako se u tim

¹⁹⁸ Marin, Jasenko; Proboj pravne osobnosti u pomorskom pravu, Poredbeno pomorsko pravo, 40, 2001, str. 91-92.

¹⁹⁹ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 18.

²⁰⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 9.

²⁰¹ *Ibid.*, str. 10.

točkama navode pojmovi koji imaju nekonkretizirane definicije, pa tako nemaju ni jasne konture postojanja, pronalazak tih slučajeva ograničen je na slobodnu ocjenu suda, uvjetovanu kombinacijom pravno relevantnih činjenica te njihove vlastite intuicije. Time je efektivno i pronalazak zloupotrebe u činjeničnim okolnostima svakog pojedinog slučaja također u ruci sudaca.

Činjenične osnove iz kojih potencijalno proizlazi zloupotreba mogu se ugrubo svesti na situacije miješanja imovine, vladajućeg i ovisnog položaja, te situacije potkapitalizacije društva. Tu je bitno napomenuti da je ta podjela ograničena u tome što će se uspostava zloupotrebe temeljiti na različitim isprepletenim kombinacijama brojnih atipičnih činjenica. Usprkos tome, određene činjenice, kao što su mogućnost provođenja utjecaja u društvu, nedopušteni zahvat u imovinu društva, neuredno knjigovodstvo, uspostava „društva pepeljuge“ te brojne druge prije navedene, nametnut će se kao bitni indiciji usmjereni prema uspostavi zloupotrebe. U hrvatskim je presudama tako vidljiva spremnost suda da probija pravnu osobnost, ali s obzirom na različite presude donesene u sličnim činjeničnim okolnostima doseg primjene instituta na određene činjenične supstrate ostaje pod upitnikom.

U kontekstu zloupotrebe pojavljuju se upitnici i u odnosu na prirodu tereta dokaza te nužnost postojanja određenog stupnja krivnje. Tako se u literaturi javlja cijeli niz mogućih rješenja, od kojih se najviše ističu model odgovornosti na temelju dokazane krivnje, tj. namjere/neizravne namjere, uz mogućnost prebacivanja tereta dokaza (po uzoru na predmet *TBB* iz njemačke sudske prakse),²⁰² ili pak bez, te model objektivne odgovornosti, u kojemu se navodi da je zloupotreba prava neovisna o krivnji ovlaštenika prava jer je riječ o objektivnoj povredi interesa drugoga. Radi se o diskutabilno polarnim rješenjima, iz kojih proizlaze različiti budući smjerovi razvoja sudske prakse. Za prvi se model kao presudno nameće uključivanje olakšavanja tereta dokaza s obzirom na to da bi alternativa uzrokovala ogromne teškoće u dokazivanju. Na taj bi se način balansiralo između olakog dokazivanja u drugom modelu te teškog dokazivanja u prvom (bez prebacivanja tereta dokaza). Drugi bi model potencijalno rezultirao uvelike neujednačenom sudskom praksom, koja bi bila pretjerano podložna upitnoj intuiciji sudaca, ali koja bi jednako tako postavila i stroži odnos sudstva prema zloupotrebi društva kao ekonomskih aktera. U izloženim je presudama evidentno da će smjer razvoja prakse, koja je trenutačno neujednačena, i po tom pitanju tek biti određen.

Po pitanju aktivne legitimacije u središtu je pozornosti vjerovnik društva s obzirom na to da se radi o vanjskoj odgovornosti. Međutim, u slučajevima trajanja stečajnog postupka zakon aktivnu legitimaciju daje isključivo stečajnom upravitelju te se na taj način rješava negativnih posljedica vanjske odgovornosti u pogledu različitih neujednačenih pozicija vjerovnika.

²⁰² *Ibid.*, str. 260.

Iz analize komparativne sudske prakse proizlazi i zaključak o znatno različitom pravnom okruženju (čak i u Njemačkoj), u kojemu se kao najbitnija razlika ističe nepostojanje zakonske osnove za proboj te koja stoga aktivira još veće polemike o njegovoj ulozi. Dok je u SAD-u proboj nešto češći, u Engleskoj i Njemačkoj sustavno se približava iznimnoj primjeni instituta te ustrajnom traženju alternativnih pravnih sredstava. Praksa SAD-a tako se nameće kao bogat izvor činjeničnih okolnosti specifičnih slučajeva, u kojima se potencijalno može pronaći i hrvatska pretpostavka zloupotrebe, ali i kao izvor cijelog niza različitih testova i potencijalnih pokazatelja koji su u potrazi za situacijama u kojima je zaštita vjerovnika nužna.

U Njemačkoj je vidljiv razvoj prakse koji je nakon presude *Trihotel* uzeo i pomalo neočekivani smjer napuštajući prethodnu struju u kojoj su vjerovnici društva pronalazili sigurno utočište od svakojakih zloupotreba članova društva.²⁰³ Prikazana je široka i iznimno stvaralačka praksa Njemačke, koja je raščešljala cijeli niz raznoraznih rješenja u kontekstu proboja pravne osobnosti te na kraju utočište pronašla u čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika, koji pomiruje oba čimbenika odgovornosti za naknadu štete i odgovornosti članova prema vjerovnicima društva, na temelju kojih može doći do unutarne, ali i vanjske odgovornosti prema vjerovnicima društva.²⁰⁴

Kako slične odredbe u hrvatskom zakonodavstvu nema te kako je teško očekivati da će hrvatska sudska praksa preuzeti široka tumačenja njemačke stoljetne prakse i preskočiti godine razvoja, zakonodavac je bio primoran tražiti rješenje u propisivanju novog instituta.²⁰⁵ Sudbina tog instituta, bilo u vezi s potrebnim stupnjem krivnje bilo u vezi s dosegom primjene na određene činjenične osnove, nameće se kao upitna i granično jasna. Smjer razvoja sudske prakse, učestalost probijanja pravne osobnosti te uspostava pretpostavke zloupotrebe ostaje u rukama sudaca, kojima se na taj način nameće velika odgovornost u slobodnoj ocjeni, koja iziskuje velik napor u kazuističkoj procjeni cijelog niza atipičnih činjenica.

²⁰³ *Ibid.*, str. 225.

²⁰⁴ *Ibid.*, str. 249.

²⁰⁵ *Ibid.*, str. 299.

SUMMARY

A Breakthrough of Legal Personality with Special Reference to Comparative Case Law

The general rule of corporate law states that the members of capital commercial companies are not personally liable for the obligations of the said company. Their accountability is usually limited by the stakes they are obliged to invest in the company. This article opens a discussion of cases where the corporate veil of the company is pierced and, consequently, the members themselves become personally liable for the debts of the company. There is a specific statutory provision for the piercing of the corporate veil in the Commercial Companies Act of Croatia in Article 10 Section 3 that mentions abuse of law (or “abuse of corporate form”) as the number one legal requirement for such piercing to commence. This creates a substantially different legal environment than that created by other foreign law and judicial practices such as those in Germany, England or the USA. The said provision implies a broader role for the doctrine but also fails to answer significant open questions regarding the legal reach and the required nature of burden of proof that would then constitute the grounds for veil piercing. The analysed foreign and domestic judicial cases paint a picture of questionably unreliable judicial practice which results in legal uncertainty. Given that there are many unanswered questions in the application of the institute in Croatia, great responsibility is given directly to the judicial system, explicitly to the judges themselves. Hence, they are called upon to undertake the great task of piercing the corporate veil.

Keywords: piercing the corporate veil, personal shareholder liability, limited liability

Jan Petričević, Associate at the Law Firm Marohnić, Tomek & Gjoić LLC

PRIKAZI

**VLADAVINA PRAVA U REPUBLICI HRVATSKOJ:
OSVRT NA OKRUGLI STOL O VLADAVINI PRAVA
(PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U ZAGREBU, 4. STUDENOGA 2022.)**

Prikaz

UDK 340.131(497.5)(047)

321.01:34](497.5)(047)

Primljeno: 20. studenog 2022.

Dr. sc. Davor Petrić *

1. UVOD

Povodom obilježavanja 246. obljetnice i Dana Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 4. studenoga 2022. održan je Okrugli stol o vladavini prava. Na njemu su sudjelovali predsjednici nekoliko hrvatskih sudova (Trgovački sud u Zagrebu, Visoki upravni sud i Županijski sud u Sisku) te profesori i asistenti Pravnog fakulteta s katedri za ekonomsku politiku, europsko javno pravo, kazneno procesno pravo, upravno pravo, upravnu znanost i ustavno pravo. Okrugli stol otvorio je dekan Pravnog fakulteta prof. dr. sc. Ivan Koprić pozdravnim govorom i kratkim uvodom u temu. Okrugli stol vodila je i moderirala prodekanica Pravnog fakulteta prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas.

Sudionici su otvorili brojne teme manje ili više povezane s vladavinom prava u Republici Hrvatskoj. U ovom prilogu namjera mi je osvrnuti se samo na neke od problema koji su bili istaknuti, a koji su mi se učinili najvažnijima i najzanimljivijima. Također, čitatelj će primijetiti da se ne navode, izravno ili neizravno, konkretni komentari koji bi se povezali s imenima govornika i sudionika, što je često slučaj u ovakvim prikazima i osvrtima.¹ Razlog je za to jednostavan: smatram da uvijek postoji mogućnost da sam nečiju izjavu ili poantu pogrešno razumio ili protumačio. Stoga želim izbjeći nepotpuno ili netočno prenošenje misli kolegica i kolega i fokusirati se na pojmove i probleme oko kojih nemam dvojbi da su na neki način bili predmetom rasprave.

Nastavak teksta podijeljen je u tri cjeline posvećene sljedećim temama: (1) organizaciji sudskog sustava, (2) kvaliteti sudskih odluka i (3) vladavini prava u komparativnoj perspektivi.

* Poslijedoktorand-predavač na Katedri za europsko javno pravo, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

¹ Vidi, primjerice, Svan Relac, 'Međunarodna konferencija "Jurisprudence in Central and Eastern Europe: Work in Progress 2018", Pravni fakultet u Zagrebu, 13.–14. rujna 2018.' (2018) 7 Zagrebačka pravna revija 91.

2. ORGANIZACIJA SUDSKOG SUSTAVA U HRVATSKOJ

Velik dio problema spomenutih tijekom okruglog stola odnosi se na učinkovito funkcioniranje sudova. Uzrok tih problema često se predstavlja kao *eksteran* u odnosu na hrvatske suce i sudove. Primjerice, Okvirnim mjerilima za rad sudaca, koja propisuje ministar pravosuđa i uprave temeljem čl. 79. st. 1. Zakona o sudovima, određuje se broj odluka koje su suci dužni donijeti tijekom kalendarske godine. Te norme u praksi navodno dovode do preopterećenosti velikog broja sudaca, zbog čega se produžuje trajanje sudskih postupaka. S druge strane, suci koji bi stigli ispuniti normu prije roka nemaju motiv za to jer time samo riskiraju da im predsjednik njihova suda dodijeli dodatni broj predmeta koje trebaju riješiti. Dakle, u slučaju okvirnih mjerila imamo problem za koji je primarno odgovorna izvršna vlast, tj. Ministarstvo pravosuđa i uprave. Slično tome, zakonski rokovi također pridonose preopterećenosti sudaca, što je pak stvar zakonodavca.² Zakonodavnoj se vlasti prigovara i na prečestom mijenjanju zakona. To onemogućava sucima ustaljivanje prakse u pogledu određenih zakonodavnih rješenja te ih iznova vraća na početak i zahtijeva učenje zakona 'od nule'.³

Nadalje, hrvatsko se sudstvo suočava s nizom tehnoloških izazova. Posebno se ističu ograničen pristup javnosti sudskim odlukama u bazama sudske prakse te nedostatak informacija o praksi Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava, čije presude postaju sve relevantnije u mnogim sudskim postupcima. Dakako, ti i slični problemi nisu nešto što bi sudovi mogli samostalno riješiti, već i tu u određenoj mjeri ovise o suradnji s drugim granama vlasti, koje bi im trebale omogućiti odgovarajuće resurse i uvjete za rad.

Konačno, vjerojatno najveći problem u perspektivi za hrvatsko sudstvo tiče se ljudstva. U korijenu tog problema nizak je standard plaća u pravosuđu. To dovodi do odlaska pomoćnog osoblja na bolje plaćene poslove u drugim branšama. Istovremeno, sudske i druge pravosudne dužnosti postaju neprivačne mladim i nadarenim pravnicima te priljev kvalitetnog kadra postaje ograničen. Stoga je potencijalna potkapacitiranost sudova, kojoj ćemo svjedočiti u budućnosti, dvostruka: administrativna i tehnička s jedne te intelektualna i stručna s druge strane. No ni na pitanje plaća ili uvjeta rada sudovi ne mogu samostalno utjecati.

Kao što je vidljivo, prethodno navedeni problemi odnose se na faktore koji su normativne (okvirna mjerila, rokovi), tehnološke (dostupnost sudske prakse) i ljudske (pomoćno i stručno osoblje) naravi. Stoga ih je teško – a moguće je da to i nije potrebno ni korisno – karakterizirati kao probleme povezane s vladavinom prava, barem u smislu u kojem se

² Zanimljiva misao koja se mogla čuti na okruglom stolu jest da se pristup zakonodavne i izvršne vlasti pitanju uređenja funkcioniranja pravosuđa temelji samo na 'batinama', ne i 'mrkvama'. Drugim riječima, postavljaju se samo određeni zahtjevi i predviđaju sankcije za suce koji ih prekrše, a ne i nagrade za suce koji ih prije vremena ili iznimno kvalitetno ispune, ili čak nadmaše.

³ Treba reći i da su sami suci često ti koji se zalažu za izmjene zakona i rješenje vide u neprestanim intervencijama u tekst zakona, a ne u kreativnom i usklađenom tumačenju zakona, što je također bilo spomenuto tijekom okruglog stola.

taj pojam uobičajeno koristi.⁴ Oni se više čine pitanjima organizacije i resursa. Što napraviti da bi sudovi imali više vremena za smislen rad na predmetima? Napredniju tehnologiju? Brojniji i kvalitetniji kadar na raspolaganju?

Promatrani na taj način, spomenuti problemi ne čine se kao specifičnost hrvatskog pravosudnog sustava. Naprotiv, vjerojatno se radi o sveprisutnom načelnom problemu uređenja i vođenja države. Sličnu situaciju nedavno smo mogli vidjeti i u zdravstvu. Prilikom pandemije bolesti COVID-19 mnogi problemi u zdravstvenom sustavu isplivali su na površinu. Između ostalog, govorilo se o preopterećenosti bolnica, nedostatku kadra, kreveta i respiratora itd. Međutim, u stvarnosti problem nije bio toliko u nedostatnim kapacitetima koliko u njihovoj lošoj mobilizaciji, organizaciji i koordinaciji.⁵ Ranije spomenute probleme povezane s organizacijom sudskog sustava u Hrvatskoj stoga je bolje promatrati ne kao pitanja vladavine prava, već kao odraz društveno-političke kulture, odnosno njezinih manjkavosti.

3. PITANJE KVALITETE SUDSKIH ODLUKA

Nasuprot tome, jedna od stvari koja je više puta bila spomenuta tijekom okruglog stola znatno je važnija u kontekstu vladavine prava. Radi se o sljedećem scenariju: kao što je već rečeno, zbog niza razloga hrvatski su sudovi preopterećeni.⁶ Suci nemaju dovoljno vremena kvalitetno se posvetiti određenim predmetima i spisima. Istovremeno, ne žele riskirati razvlačenje postupaka unedogled ili sankcije za slučaj da ne poštuju propisane norme i rokove. Suci su stoga često primorani 'prelomiti'⁷ i napisati kakvu-takvu odluku samo da bi riješili stvar. Dakle, kompromis se radi na štetu materijalne (ponekad i formalne) kvalitete sudskih odluka.

Taj scenarij nije nepoznat u akademskom svijetu, ne samo na pravnim fakultetima. Mnogi profesori i znanstvenici zatrpáni su nastavnim, istraživačkim i projektnim obvezama. Pritisnuti rokovima, obećanjima, zahtjevima znanstvene produktivnosti, kvartilima i kategorizacijama radova, prilikom provođenja istraživanja i pisanja znanstvenih radova često moraju praviti slične kompromise nauštrb kvalitete. U tom smislu pravnici na fakultetima u potpunosti razumiju pravnike iz sudstva. Mnogi kolege iz akademske zajednice također su svjesni da će rijetko, vjerojatno nikada, uspjeti napisati savršen tekst. Ali na nekoj stranici i u nekom trenutku moraju se zaustaviti da bi na vrijeme ispunili

⁴ O tome će više govora biti u nastavku teksta; vidi dio 3.

⁵ Vidi, primjerice, Sanja Despot i Gabrijela Galić, 'Hrvatsko zdravstvo je pred slomom' (*Faktograf*, 9. studeni 2020.) <https://faktograf.hr/2020/11/09/hrvatsko-zdravstvo-je-pred-slomom/>.

⁶ Aktualni podaci kažu sljedeće: hrvatski su sudovi među najopterećenijima u Europskoj uniji u pogledu broja novih predmeta i broja predmeta u postupku (tj. neriješenih predmeta) po stopi stanovnika. Ti se brojevi nisu bitno promijenili s recentnim povećanjem korištenja elektroničkih sredstava komunikacije. Vidi Komunikacija Europske komisije, *Izvešće o vladavini prava za 2021. – Poglavlje za Hrvatsku*, SWD(2021) 713 (Bruxelles, 20. srpanj 2021.), dio 1. 'Pravosudni sustav'; i Komunikacija Europske komisije, *Pregled stanja u području pravosuđa u EU-u ('EU Justice Scoreboard 2022')*, COM(2022) 234 (Bruxelles, 19. svibanj 2022.), dio 3.1 'Učinkovitost pravosudnih sustava'.

⁷ Koristim izraz koji se ponavljao na okruglom stolu.

brojne prethodno spomenute zahtjeve. Međutim, u tom trenutku znanstvenik zna ili bi trebao znati da s kompromisom napravljenim na račun kvalitete teksta riskira negativnu reakciju svojih 'vršnjaka', tj. kolegica i kolega koji se bave istom temom. Za takav će tekst možda dobiti loše recenzije ili neće uspjeti pronaći ugledan znanstveni časopis koji bi ga objavio. A čak i ako ga uspije objaviti negdje, možda isprovocira nekog drugog autora da napiše rad koji će tvrditi suprotno i uvjerljivo pobiti sve njegove argumente i izložiti ih kritici itd.

Isto vrijedi i za suce koji se odlučuju 'prelomiti' stvari. Ako napišu i objave sadržajno ili formalno lošu presudu, izlažu se višestrukim negativnim posljedicama. Prvo i osnovno, riskiraju da žalbeni sud njihovu presudu sruši i vrati im predmet na ponovno odlučivanje. Upravo je to čest razlog predugog trajanja sudskih postupaka i dovodi do problema s učinkovitošću pravosuđa i suđenjem u razumnom roku. Naravno, dio odgovornosti leži i na višim sudovima, koji, čini se, nemaju ništa protiv beskonačnog vraćanja predmeta nižem sudu, a da sami ne odluče o meritumu stvari. Takav 'začarani krug' feleričnih prvostupanjskih i pilatovskih žalbenih odluka odavno je prepoznat kao jedna od najvećih boljki domaćeg postupovnog prava te ju je i Europski sud za ljudska prava ocijenio suprotnom pravu na pravično suđenje.⁸

Ta praksa može se smatrati odrazom socijalističke pravne kulture, koja i više od trideset godina nakon promjene društveno-političkog uređenja ostaje iznenađujuće otporna. Neke od glavnih karakteristika te pravne kulture, kako ih je opisao profesor Alan Uzelac,⁹ a relevantne su za ovu raspravu, jesu: pretjerani formalizam sudova, tj. traženje isključivo formalnih razloga za odluku kako bi se izbjegao ulazak u meritum problema, što je zapravo refleksija podređenosti sudstva komunističkoj partiji i izbjegavanje odlučivanja o važnim društvenim i političkim temama, odnosno prepuštanje svih odluka političkim elitama; fiksacija sudova na sporedna, društveno irelevantna činjenična umjesto na pravna pitanja; dostupnost višestrukih pravnih sredstava kojima se odgađa izvršnost sudskih odluka, a koja se (zlo)upotrebljavaju da bi se postupak odužio kroz neprestano vraćanje na ponovno suđenje, sve da bi se izbjegla konačna odluka.

Ovom 'ping-pongu' između prvostupanjskih i žalbenih sudova nerijetko možemo svjedočiti i danas. Takva je praksa jedan od glavnih razloga predugog trajanja postupka. Ona dovodi do srozavanja pravne sigurnosti i predvidljivosti, vrijednosti koje predstavljaju temeljne zahtjeve vladavine prava, s obzirom na to da pojedinci ne mogu biti sigurni kada će (i hoće li uopće) njihova subjektivna prava ili interesi biti pravomoćno zaštićeni pred sudovima. To pak vodi tome da su sudovi u Hrvatskoj institucije koje ulijevaju jako malo povjerenja u građane. Stoga ne iznenađuje što je u konačnici povjerenje građana u hrvatsko pravosuđe daleko najniže u cijeloj Europskoj uniji i što je

⁸ Vidi Alan Uzelac, 'Accountability and Transparency in Civil Justice: Some General Remarks and a View from Croatia' (2021) 3 Revija Kopaoničke škole prirodnog prava: časopis za pravnu teoriju i praksu 121, 134–136.

⁹ Vidi raspravu u Alan Uzelac, 'Survival of the Third Legal Tradition?' (2010) 49 Supreme Court Law Review 377.

u konstantnom padu u posljednjih nekoliko godina.¹⁰ I ne samo građana, već i poslovnog sektora, što rezultira lošom investicijskom klimom, koja koči gospodarski napredak. Pritom su razlozi tog nepovjerenja koji se najčešće spominju uplitanje izvršne vlasti u rad sudova, pritisak političara i vladajućih struktura na sudove te podlijevanje sudova raznim gospodarskim ili drugim partikularnim interesima.

Kvaliteta je sudskih odluka, dakle, jedan od temeljnih zahtjeva vladavina prava, iako se kod nas ponekad ne doživljava takvom. Povezana je s dužnošću sudova da navedu razloge zbog kojih su odlučili na određeni način i ponude prikladno opravdanje za svoje odluke. Ta je ideja jasno iskazana u presudi Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Planned Parenthood protiv Casey* u većinskom mišljenju koje su zajednički napisali suci Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy i David Souter – da se odluka bez principijelnog i dosljednog opravdanja uopće ne bi mogla smatrati sudskim aktom.¹¹ Dužnost sudova da navedu razloge i opravdaju odluke proizlazi iz načelne obveze da izvršavanje javne vlasti mora biti opravdano i zakonski utemeljeno. U odnosu na pojedince ta obveza podrazumijeva da imaju pravo znati razloge zbog kojih su njihova prava i obveze o pojedinim situacijama uređeni na određeni način.¹² Kao takva, ta dužnost sudova može se smatrati i dijelom subjektivnog prava pojedinaca na pristup sudu i učinkovit pravni lijek, kako proizlazi iz prakse nekih europskih sudova.¹³

Sadržajno manjkave odluke ne ispunjavanju ni druge važne funkcije koje sudovi imaju u demokratskom društvu. Osim što, kao što je već rečeno, određuju temelj po kojem žalbeni sudovi jedino mogu preispitivati njihovu valjanost i daju pojedincima razloge zbog kojih dobivaju ili gube spor, ponuđeno opravdanje i argumentacija sudskih odluka u širem smislu pojma vladavine prava važni su iz sljedećih razloga: (a) pojašnjavaju drugim granama vlasti gdje leže granice zakonitosti i ustavnosti njihova djelovanja; (b) otkrivaju pravnoj znanosti kako se određene odluke uklapaju u pravni sustav i dotadašnju sudsku praksu; (c) služe povećanju individualne odgovornosti sudaca jer se od njih zahtijeva svjesno i otvoreno navođenje razloga kojima su se vodili prilikom donošenja odluke; (d) nužni su za osiguravanje ujednačenosti prava u pogledu nastojanja viših sudova da upozore niže sudove koje je ispravno tumačenje pravnih odredaba; (e) služe interesu transparentnosti dajući uvid u odlučujuće razloge i argumente temeljem kojih sudovi donose odluke, od kojih mnoge imaju izvanredan društveno-politički značaj; (f) štite i promiču vrijednosti demokracije i diobe vlasti s obzirom na to da objašnjavaju razloge

¹⁰ Vidi *Pregled stanja u području pravosuđa u EU-u*, dio 3.3 'Neovisnost'; i *Izvešće o vladavini prava za 2021. – Poglavlje za Hrvatsku*, str. 2–6.

¹¹ *Planned Parenthood protiv Casey*, 505 US 833 (1992), 865–866 (u originalu: 'a decision without principled justification would be no judicial act at all').

¹² U kontekstu prava EU-a vidi čl. 296. UFEU-a, koji se odnosi na zakonodavnu vlast ('U pravnim se aktima navode razlozi na kojima se akti temelje [...]'); čl. 41(2)(c) Povelje o temeljnim pravima, koji se odnosi na izvršnu vlast (pravo na dobru upravu, koje podrazumijeva 'obvezu uprave da obrazloži svoje odluke'); te čl. 36. Statuta Suda EU-a ('Presude moraju imati obrazloženje') i čl. 87(m) Poslovnika Suda EU-a (o sadržaju presuda, koji kao jedan od obveznih elemenata presuda navodi njihovo obrazloženje), koji se odnose na sudsku vlast.

¹³ Opet u kontekstu prava EU-a vidi nedavni Predmet C-561/19 *Conorzio Italian Management* EU:C:2021:799.

zbog kojih je potrebno demokratski legitimiranu zakonodavnu vlast i izvršnu vlast koja ima prednost u pogledu regulatornih resursa i ekspertize ograničiti od strane neizabrane sudske vlasti. Zaista, može se reći da od opravdanja i argumentacije sudskih odluka ovisi legitimitet i autoritet sudova kao jedne od grana vlasti.¹⁴

Nažalost, dojam je da odluke hrvatskih sudova općenito ne ispunjavaju sve (ili mnoge) od ovih funkcija. Kvaliteta sudskih odluka često je predmet kritike stručnjaka koji su puno bolje upoznati s domaćom sudskom praksom. Dio objašnjenja leži u pravnoj kulturi, i to ne samo u ostavštini socijalističke pravne tradicije, već i u prenaplašenim karakteristikama pravnog formalizama, koji je prisutan i u drugim državama kontinentalne Europe koje baštine tradiciju civilnog prava.¹⁵ Neke su od njih: formalističko, deduktivno i cirkularno rasuđivanje, koje se najslikovitije ogleda u 'špranciranoj' strukturi obrazloženja presude (izreka – argumenti stranaka, tj. navodi iz tužbe/žalbe i odgovora na tužbu/žalbu – opis činjenica i primjenjivog prava – završna formulacija 'na temelju prethodnih razmatranja/uzevši u obzir navedeno/slijedom iznijetog [...] valjalo je/treba odlučiti kao u izreci'); korištenje isključivo pravničkog, tehničko-birokratskog, apstraktnog izričaja; pozivanje na uski krug formalnih izvora prava (u pravilu odredbe zakona, ponekad pravna načela, rijetko sudska praksa ili ustav); naglasak na utvrđivanju činjenica i *primjeni* prava, ne na *tumačenju* prava i raspravi o različitim mogućim značenjima zakonskih pojmova i odredaba; nepostojanje dijaloga između sudaca, između sudova, sa strankama u postupku i njihovim zastupnicima, s pravnom znanošću, s javnosti itd. Stoga je ponekad iz nekih sudskih odluka teško iščitati što je zapravo sud htio reći i odlučiti, iz kojih razloga, kojim se sve izvorima prava vodio itd.

Iz prethodne rasprave proizlazi, nadam se, da je pitanje kvalitete sudskih odluka od primarne važnosti kada se govori o pravosuđu i vladavini prava. To pitanje zavrjeđuje puno veću pažnju ne samo u sudskim krugovima i odvjetništvu ili u akademskim krugovima i na fakultetima već i u političkim krugovima i u medijima i javnosti. Raspravom o toj temi u biti dolazimo do pojmova od primarne važnosti za svaki ustavni poredak i demokratsko društvo: od diobe vlasti i transparentnosti i odgovornosti sudova, ujednačenosti prava i osiguravanja jednakosti svih pred zakonom do prava pojedinaca na učinkovitu pravnu zaštitu i pristup pravosuđu.

¹⁴ Vidi Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Clarendon Press 1989) 43–44.

¹⁵ Za poznatu raspravu o tim karakteristikama na primjeru nekoliko istaknutijih pravnih sustava vidi Robert Summers i Michele Taruffo, 'Interpretation and Comparative Analysis' u: Neil MacCormick i Robert Summers (ur.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (Ashgate Publishing 1991) 461, 479–502.

4. VLADAVINA PRAVA U KOMPARATIVNOJ PERSPEKTIVI – ŠTO NAM TO GOVORI O STANJU VLADAVINE PRAVA U HRVATSKOJ?

Još jedna stvar koju je moguće primijetiti čitajući prethodne retke jest da je vladavina prava zapravo jako širok pojam, konceptualno (a moguće i vrijednosno) prilično neodređen, pod koji je moguće podvesti mnoge konkretnije pojmove. Koji su to točno pojmovi i koji bi bili obrisi koncepta vladavine prava, ovisi o nečijem subjektivnom razumijevanju tih pojmova, kao i o pravnoj tradiciji unutar koje netko djeluje ili je obrazovan.¹⁶ Nadalje, u literaturi se često može pronaći razlikovanje između formalnih i suštinskih koncepcija vladavine prava.¹⁷ Formalna koncepcija podrazumijevala bi samo postojanje određenih elemenata, kao što su dioba vlasti, mogućnost sudske kontrole zakonitosti i ustavnosti pravnih akata, uspostavljene procedure donošenja akata koji se objavljuju javno, primjenjuju općenito i prospektivno i sl. Međutim, ta koncepcija ne govori ništa o sadržaju tih elemenata, primjerice zakona koji se usvajaju u propisanoj proceduri. S druge strane, suštinska koncepcija podrazumijevala bi ne samo formalno postojanje određenih elemenata već i njihovu usklađenost s nizom političko-moralnih vrijednosti, poput demokracije, pravde, slobode, jednakosti, dostojanstva, zaštite ljudskih prava itd. Ta koncepcija tako postavlja određene kvalitativne uvjete prethodno spomenutim formalnim elementima, primjerice da zakoni, iako su usvojeni u propisanoj proceduri, ne smiju diskriminirati određene pojedince ili društvene skupine, ili moraju unaprjeđivati društvenu pravdu i sl. Također, u određenim pravnim sustavima postoje pokušaji definiranja pojma vladavine prava.¹⁸ U Europskoj uniji, primjerice, Europska komisija definirala je vladavinu prava kroz sedamnaest glavnih načela koja sačinjavaju taj koncept, koja su kao takva prepoznata u praksi sudova u Luxembourg i Strasbourg.¹⁹

Jednako tako, iako bi se svaki problem vjerojatno mogao u konačnici povezati s vladavinom prava, to nije uvijek korisno. Razlog tome jest to što, ako se sve prikazuje kao problem vladavine prava, može doći do smanjenja ili gubitka analitičke i normativne vrijednosti tog pojma. Stoga je poželjno biti precizniji i oprezniji s korištenjem tog pojma u akademskom i političkom diskursu. Jedino je tako moguće znati o čemu točno govorimo

¹⁶ Primjerice, vladavina prava na drugim jezicima iskazala bi se kroz pojmove kao što su *rule of law*, *Rechtsstaat*, *état de droit*, *stato di diritto* itd., ali ti koncepti ne znače nužno isto, već se njihovo značenje razlikuje od države do države.

¹⁷ Za korisnu raspravu vidi Paul Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework' (1997) Public Law 467.

¹⁸ U Vijeću Europe vidi Europska komisija za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija), *Kontrolni popis za vladavinu prava*, studija br. 711/2013, CDL-AD(2016)007 (Strasbourg, 18. ožujak 2016.). U Ujedinjenim narodima vidi Vijeće sigurnosti, *Vladavina prava i tranzicijska pravda u konfliktnim i post-konfliktnim društvima: Izvješće Glavnog tajnika*, S/2004/216 (New York, 23. kolovoz 2004.).

¹⁹ Među tim su načelima dioba vlasti, demokracija, zaštita ljudskih prava, jednakost, zakonitost, pravna sigurnost, jasnoća i stabilnost zakona, transparentnost, odgovornost, zabrana arbitrarnosti, tj. proizvoljnog izvršenja ovlasti, nepristranost javne uprave, suzbijanje korupcije, neovisno i nepristrano sudstvo, učinkovita sudska zaštita, razumno trajanje sudskih postupaka i učinkovito sudsko preispitivanje i nadzor; vidi Komunikacija Europske komisije, *Daljnje jačanje vladavine prava u Uniji. Trenutačno stanje i mogući sljedeći koraci*, COM/2019/163 (Bruxelles, 3. travanj 2019.); i Europska komisija, *Special Eurobarometer 489 – 'Rule of Law' Report* (travanj 2019.) 3–4.

i što je potrebno, a što moguće napraviti da se određene manjkavosti pravnog sustava analiziraju i isprave.

Primjerice, predugo trajanje sudskih postupaka povezano je s učinkovitom pravnom zaštitom, koja je jedan od elemenata koncepta vladavine prava. U tom pogledu smatram da je sasvim u redu taj problem stavljati u kontekst vladavine prava. Ali stvari o kojima se većinu vremena govorilo na okruglom stolu imaju puno nategnutiju poveznicu s vladavinom prava. Kao što sam ranije tvrdio, o faktorima poput okvirnih mjerila za rad sudaca, nedostupnosti sudske prakse ili nedostatka (kvalitetnog) osoblja korisnije je raspravljati kao o problemima organizacije i resursa (vremenskih, tehnoloških, ljudskih). Naravno, i njih se u nekoliko koraka može povezati s vladavinom prava. Na primjer, recimo da se ispostavi da su okvirna mjerila neprikladna cilju koji nastoje postići. Norme koje su određene ne mogu se smisleno ostvariti u stvarnom životu. Kao rezultat imamo preopterećene sudove koji ne stignu kvalitetno rješavati predmete. Postupci stoga traju nerazumno dugo, što je povezano s učinkovitom pravnom zaštitom, i u konačnici s vladavinom prava. Ista je stvar i s kadrovskim problemima, koji ugrožavaju svakodnevno funkcioniranje sudova, kvalitetno pravosuđenje, učinkovitost pravne zaštite i tako dalje... Osobno sumnjam da je korisno te stvari tematizirati iz perspektive vladavine prava. Jednostavno, ako 'vladavina prava' znači *sve*, onda 'vladavina prava' ne znači *ništa*.

Druga je stvar što je o krizi ili ugrozama vladavine prava jako teško govoriti temeljem vrlo specifičnih, izoliranih, jednokratnih ili pak prostorno i vremensko ograničenih problema koji se tiču manjih 'kotačića' u institucionalno-pravnom poretku neke države. Nasuprot tome bilo bi kontinuirano i višegodišnje sustavno narušavanje velikog broja temeljnih načela, poput diobe vlasti, demokracije, zaštite ljudskih prava, pravne sigurnosti, neovisnog i nepristranog sudstva, koje dovodi do istinski zabrinjavajuće erozije vladavine prava. Upravo se takve situacije uzimaju kao pravi primjeri narušavanja vladavine prava, kakvi su se u Europskoj uniji u posljednjih desetak godine mogli vidjeti u pojedinim državama članicama, poput Poljske i Mađarske. U njima dolazi do stvaranja autokratskih, neliberalno-demokratskih političkih režima, koji određenim mjerama i 'puzajućim' ili instantnim reformama dokidaju ustavnu trodiobu vlasti. Primjerice, izvršna vlast ozbiljno narušava neovisnost sudstva kroz mjere koje dovode do prijevremenog umirovljenja sudaca, omogućavanja kontrole ministra pravosuđa nad imenovanjem sudaca i produžavanjem njihovih mandata, osnivanja disciplinskih vijeća koja sankcioniraju suce zbog upućivanja zahtjeva Sudu EU-a za prethodnu odluku o tumačenju prava EU-a itd. Sve to neminovno utječe na stanje vladavine prava na razini Unije: bez neovisnog nacionalnog sudstva ne može se provoditi sudska kontrola ostalih grana vlasti koje su zadužene za primjenu prava EU-a niti mogu funkcionirati mehanizmi koji su od presudne važnosti za pravni poredak Unije utemeljeni na načelu međusobnog povjerenja, kao što su izvršenje

presuda iz drugih država članica, izvršenje europskih uhidbenih naloga te suradnja između nacionalnih sudova i Suda EU-a u prethodnom postupku.²⁰

Sve navedeno odnosi se na, po mom mišljenju, istinske probleme vladavine prava koji su relevantni za suce i sudove. No o njima se nije raspravljalo na ovom okruglom stolu. Moguće je da se slični problemi ne pojavljuju u istom obliku ili intenzitetu kod nas, što ne znači da ne postoje. Uzmimo kao primjer ulogu Državnog sudbenog vijeća u izboru sudaca; ili periodične sigurnosne provjere sudaca koje provodi izvršna vlast, uvedene Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima iz 2022. godine, koje su od strane Venecijanske komisije ocijenjene kao potencijalna vrsta 'vanjskog pritiska' na suce koja bi se trebala odbaciti ili bolje zakonski urediti,²¹ ili pitanje usklađenosti s načelom vladavine prava i neovisnosti sudaca u EU-u članka 40. stavka 2. Zakona o sudovima, po kojoj su suci viših sudova koji odlučuju o konkretnom slučaju strogo formalnopravno obvezani načelnim pravnim shvaćanjem koje je prihvaćeno na sjednici svih sudaca tog suda ili relevantnog sudskog odjela, koje je nedavno Visoki trgovački sud uputio Sudu EU-a u prethodnom postupku.²²

O ovim zanimljivim i važnim pitanjima, koja se puno više tiču vladavine prava, nažalost, nije bilo govora na okruglom stolu. Stoga je dojam da, ukoliko su najveći problemi vladavine prava iz perspektive sudstva u Hrvatskoj zaista prethodno spomenuti organizacijski, tehnološki i kadrovski, situacija u domaćem pravosuđu čak se može smatrati dobrom. U usporedbi s Poljskom, Mađarskom ili nekim drugim europskim državama, u kojima je stanje vladavine prava znatno lošije, mogli bismo biti zadovoljni situacijom u Hrvatskoj. To podsjeća na izjavu predsjednika Zorana Milanovića, koji je na dan održavanja okruglog stola (4. studenoga 2022.) prisustvovao danu Fakulteta političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu. Obraćajući se studentima politologije i novinarstva, predsjednik Milanović poručio je da je njihova odgovornost za političku i medijsku kulturu velika, ali da oni nisu jedini odgovorni za trenutno stanje te da se ne mogu smatrati osobito lošima – dovoljno je samo pogledati situaciju u tom području u Srbiji ili drugim državama iz regije, pa će se pravo stanje u Hrvatskoj prikazati u boljem svjetlu.²³ Tako isto i u pogledu vladavine prava – s obzirom na to da nam nije loše kao u Poljskoj ili Mađarskoj, mora da nam je sasvim u redu. Pitanje je, dakle, s kim se

²⁰ Za nedavnu raspravu o ovoj temi vidi Tamara Čapeta, 'Može li Europski sud spasiti vladavinu prava?' u: Arsen Bačić (ur.), *Pravo i politika EU – stara pitanja, novi odgovori* (Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020) 57.

²¹ Europska komisija za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija), *Croatia: Opinion on the Introduction of the Procedure of Renewal of Security Vetting Through Amendments to the Courts Act*, mišljenje br. 1073/2021, CDL-AD(2022)005 (Strasbourg, 21. ožujak 2022.); Damir Kontrec, *Sigurnosne provjere sudaca u Republici Hrvatskoj* (Fondacija Centar za javno pravo, 2022), https://www.fcjp.ba/images/Damir_Kontrec-Sigurnosne_provjere_sudaca_u_RH.pdf.

²² Vidi Zahtjev za prethodnu odluku od 30. studenog 2021. u Predmetu C-727/21 *Udruga KHL Medveščak Zagreb* (u tijeku) i Alan Uzelac, 'Jedinstvena primjena prava u hrvatskom parničnom postupku: tradicija i suvremenost' u: Jakša Barbić (ur.), *Novine u parničnom procesnom pravu* (Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020), 111.

²³ Ines Lukić, 'Milanović studentima novinarstva: "Niste vi krivi, ali hvala Bogu da postoji Srbija, oni su još gori od nas"' (*Jutarnji list*, 4. studeni 2022.) <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/milanovic-studentima-novinarstva-niste-vi-krivi-ali-hvala-bogu-da-postoji-srbija-oni-su-jos-gori-od-nas-15270962>.

uspoređujemo. Vladavina je prava ideal, teško dostižan, vjerojatno nepostojeći u stvarnom životu, stoga relativan, pa se o njemu najbolje može govoriti kroz usporedbu s drugima.

Jedan od mogućih razloga zašto stanje u Hrvatskoj ne može 'otklizati' prema potpunoj odsutnosti vladavine prava kao u Poljskoj i Mađarskoj jest možda upravo neuređenost pravosudnog sustava. Taj se sustav često naziva 'državom u državi'.²⁴ Sudstvo se previše entuzijastično oslanja na načelo neovisnosti kako bi se izoliralo od utjecaja drugih grana vlasti i kritike javnosti. No rezultat toga nije kvalitetan, učinkovit, nepristran i neovisan sudski sustav, već upravo suprotno – sustav koji perpetuira loše karakteristike naslijeđene iz prethodnog socijalističkog režima, filtrirane kroz parcijalnu demokratsku postkonfliktnu tranziciju iz devedesetih godina prošlog stoljeća.²⁵ Stoga je zbog otpora koji dolazi iz redova sudstva, a koji stremi očuvanju *statusa quo*, vrlo teško provesti bilo kakve reforme, čak i one konstruktivne i pozitivne. Posljedično, vrlo je teško podčiniti sudstvo političkoj vlasti ne samo zbog njegove nedodirljivosti nego i zbog njegove nefunkcionalnosti. Jer da bi se uspješno politički 'zarobio' bilo koji sustav, potrebni su poslušni i sposobni unutar sustava, spremni na suradnju, kojima se u ruke daju funkcionalni mehanizmi, koji bi tako nešto omogućili i proveli u djelo.

5. ZAKLJUČAK

Okrugli stol o vladavini prava bavio se jednom od najaktualnijih tema suvremene pravne znanosti. Razgovaralo se o nekim problemima koji nisu nužno usko povezani s pojmom vladavine prava. Otvorile su se neke teme koje su puno povezanije s tim pojmom. Za mnoge druge, koje su od prvenstvene važnosti za vladavinu prava u Hrvatskoj, nije bilo prostora ni vremena. Zato raduje što je ovaj okrugli stol samo jedan u nizu onih koji se planiraju održati na Pravnom fakultetu u Zagrebu na tu temu. Nadam se da će sljedeći događaji privući još veći broj sudionika, i to ne samo iz pravnih krugova već i općenito iz javnosti.

Jedna od načelnih poruka okruglog stola, s kojom se teško ne složiti, odnosi se na korisnost i potrebu održavanja ovakvih skupova, na kojima se znanstvenici susreću s praksom. Zaista, ne postoji nešto što je korisnije za sve dionike pravnog sustava, pa i sam pravni sustav u cjelini, a jednostavnije izvesti – omogućiti interakciju i suradnju između odvjetništva, sudstva i znanosti, ili, kako to znaju reći u SAD-u, između 'komore, sudnice i akademije'.²⁶

²⁴ Boris Orešić, 'Četiri prijedloga za reformu pravosuđa: Kako promijeniti sustav koji je postao država u državi' (*Jutarnji list*, 25. travanj 2021.) <https://www.jutarnji.hr/globus/politika/4-prijedloga-za-reformu-pravosuđa-kako-promijeniti-sustav-koji-je-postao-drzava-u-drzavi-15068031>.

²⁵ Vidi Uzelac, 2010 i Uzelac, 2021.

²⁶ Sintagma u originalu glasi: 'the bar, the bench, and the academy'; vidi Seth P. Waxman, 'Rebuilding Bridges: The Bar, the Bench, and the Academy' (2002) 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1905; a za klasik o doprinosu sudstva i odvjetništva pravnim fakultetima vidi Learned Hand, 'Have the Bench and Bar Anything to Contribute to the Teaching of Law?' (1926) 24 *Michigan Law Review* 466.

Da bi ta razmjena znanja i iskustva bila uspješna, potrebno je ostvariti nekoliko preduvjeta. Po mom mišljenju, sljedeća dva iznimno su važna: razumjeti o čemu govorimo, tj. biti jasniji i precizniji s pravnim konceptima koje koristimo, te razumjeti tko je za što zadužen i odgovoran. U ovom tekstu pokušao sam dati neka svoja razmišljanja o konceptu vladavine prava, što je stvar prvog spomenutog preduvjeta. U pogledu drugog, na samom kraju osvrnuo bih se na ulogu sudova, budući da u svojem znanstveno-istraživačkom radu imam najveći interes za njih.

Da bih ukratko objasnio svoje viđenje njihove uloge, koje dijele mnogi moji kolege i mentori,²⁷ krenut ću od misli koja se često ponavlja kao definicija vladavine prava: vladavina prava, a ne vladavina ljudi.²⁸ Pod ovim 'vladavina ljudi' smatra se, naravno, 'vladavina jačeg', koja je postojala u prirodnom stanju, gdje su najjači ili najsposobniji opstajali. Nakon nastanka organiziranih političkih struktura, poput gradova, kraljevstava i država, ljudi vladaju putem političkih institucija, koje osnivaju i u koje biraju određene pojedince da ih zastupaju. Stoga se 'vladavina ljudi' može čitati i kao 'vladavina politike'. Ali politika, odnosno politički proces, kreira pravo. To znači da je pravo kreirano od strane nečega nad čime bi trebalo vladati. Međutim, pravo nije samo ono što se stvara u političkom procesu. Drugim riječima, politika nema konačnu riječ o tome što pravo jest. Kad bi imala, 'vladavina prava, a ne vladavina ljudi' bilo bi tautologija. Politika bi trebala vladati nad sobom, tj. ograničavati samu sebe, što je možda kroz povijest postojalo u nekim prosvijećenim apsolutizmima, ali je nespojivo s modernim demokratskim ustavnim porecima. No u političkom procesu nastaju *izvori prava*, a pravo je ono što sudovi u konačnici kažu da ti *izvori znače*. Sudovi, dakle, imaju ključnu ulogu u definiranju što je 'pravo' koje vlada, tj. ograničava 'ljude' ili politiku, odnosno druge (političke) institucije vlasti. Samim time sudovi sudjeluju u stvaranju prava. Njihova je uloga sadržajno ista kao i uloga zakonodavca, a jedina je razlika među njima u postupku u kojem stvaraju pravo.²⁹

Suci u Hrvatskoj trebali bi u potpunosti preuzeti tu ulogu i odgovornost koja s njom dolazi. Njihov *esprit de corps* trebao bi biti formiran oko takva razumijevanja vlastite svrhe i funkcije. Ostali dionici pravnog sustava – od drugih institucija vlasti, pravne znanosti i odvjetništva do medija i pojedinaca – trebali bi prepoznati i afirmirati takvu ulogu sudova. Uloga sukreatora prava i konačnog autoriteta o pitanju što pravo jest rezervirana je za sudove u poretku utemeljenom na vladavini prava, kakvim teži biti i hrvatski ustavno-

²⁷ Vidi Čapeta, 2020.

²⁸ U originalu, 'a government of laws and not of men', što se pripisuje Johnu Adamsu (1735–1826), drugom predsjedniku SAD-a; vidi John Adams, 'Novanglus Papers' (br. 7), u: *The Works of John Adams, Second President of the United States: with a Life of the Author, Notes and Illustrations, by his Grandson Charles Francis Adams* (Little, Brown & Co., 1856). Adams je zaslužan što je ta misao ugrađena u čl. 30. Povelje o pravima Ustava Massachusettsa iz 1780. godine, koji glasi: 'In the government of this Commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: The executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: The judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men'. O razvoju te ideje od Aristotela do modernog doba vidi Julian Sempill, 'The Rule of Law and the Rule of Men: History, Legacy, Obscurity' (2020) 12 *Hague Journal on the Rule of Law* 511.

²⁹ Cappelletti, 1989.

pravni poredak. Sudovi su ti koji jedini mogu osigurati da u konačnici vlada pravo, a ne ljudi. Ta uloga nije jednostavna ni laka, dapače. Ona zahtijeva visoke moralne i profesionalne standarde. No vjerujem da, ako (im) to išta znači, sudove u Hrvatskoj u preuzimanju i vršenju tako shvaćene funkcije u potpunosti podupiru mnogi pravni stručnjaci. Na kraju krajeva, *we are all in the same boat*.