

# Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 13 | Br. 1 | 2024

## ČLANCI

Društveni pritisak i arbitraža *boni viri* u rimskom pravu  
**Ivan Milotić**

The Current and Developing Regulatory Framework of  
Information Security in the EU and the Republic of Croatia  
**Tihomir Katulić, Hrvoje Lisičar**

Globalni međunarodnopravni okvir zaštite djece bez pratnje  
**Anica Čulo Margaletić**

The Excusal of a Judge and the Excusal of an Arbiter - A  
Guarantee for the Impartiality of Court Proceedings and  
Arbitration Proceedings  
**Arta Bilalli, Artan Grubi, Arbër Ademi**

Digitalizacija javne uprave i njezina primjena u odabranim  
područjima  
**Monika Bedeković, Ksenija Grubišić**

Upotreba tradicionalnih pravnih argumenata za opravdanje  
tumačenja i primjene članka 8. Europske konvencije za zaštitu  
ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za  
ljudska prava  
**Ana Žagar**

Kriteriji vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al.,  
Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021.  
**Marko Čušić**

Zaštita povrijeđenog prava dioničara na obaviještenost u  
izvanparničnom postupku u kontekstu novodonesenog Zakona o  
izvanparničnom postupku  
**Sara Madžarov Matijević**

## PRIKAZI

Prikaz konferencije „Pravno rasuđivanje“  
**Juraj Rogić**

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

ISSN: 1848-6118

# ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

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



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

**Nakladnik / Publisher**

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 Povelakić, 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; 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

### **Ivan Miličić**

Društveni pritisak i arbitraža *boni viri* u rimskom pravu ..... 6

### **Tihomir Katulić, Hrvoje Lisičar**

The Current and Developing Regulatory Framework of Information Security in the EU and the Republic of Croatia ..... 25

### **Anica Čulo Margaletić**

Globalni međunarodnopravni okvir zaštite djece bez pratnje..... 52

### **Arta Bilalli, Artan Grubi, Arbër Ademi**

The Excusal of a Judge and the Excusal of an Arbitrator - A Guarantee for the Impartiality of Court Proceedings and Arbitration Proceedings..... 82

### **Monika Bedeković, Ksenija Grubišić**

Digitalizacija javne uprave i njezina primjena u odabranim područjima..... 98

### **Ana Žagar**

Upotreba tradicionalnih pravnih argumenata za opravdanje tumačenja i primjene članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava..... 128

### **Marko Čušić**

Kriteriji vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021. .... 162

### **Sara Madžarov Matijević**

Zaštita povrijeđenog prava dioničara na obaviještenost u izvanparničnom postupku u kontekstu novodonesenog Zakona o izvanparničnom postupku ..... 194

## PRIKAZ

### **Juraj Rogić**

Prikaz konferencije „Pravno rasuđivanje“ ..... 212

# CONTENTS

## ARTICLES

### **Ivan Milotić**

Sociale Pressure and Arbitration *Boni Viri* in Roman Law ..... 6

### **Tihomir Katulić, Hrvoje Lisičar**

The Current and Developing Regulatory Framework of Information Security in the EU and the Republic of Croatia ..... 25

### **Anica Čulo Margaletić**

The Global International Legal Framework for the Protection of Unaccompanied Children ..... 52

### **Arta Bilalli, Artan Grubi, Arbër Ademi**

The Excusal of a Judge and the Excusal of an Arbiter - A Guarantee for the Impartiality of Court Proceedings and Arbitration Proceedings..... 82

### **Monika Bedeković, Ksenija Grubišić**

Digitization of Public Administration and its Application in Selected Areas ..... 98

### **Ana Žagar**

The Use of Traditional Legal Arguments to Justify the Interpretation and Application of Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Case Law of the European Court of Human Rights..... 128

### **Marko Ćušić**

Law Evaluation Criteria in the Textbook D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021. .... 162

### **Sara Madžarov Matijević**

Protection of the Violated Shareholders' Right to Information in the Context of the Newly Adopted Law on non-Contentious Proceedings..... 194

## REVIEW

### **Juraj Rogić**

Review of a Conference „Legal reasoning“ ..... 212



# ČLANCI

# DRUŠTVENI PRITISAK I ARBITRAŽA *BONI VIRI* U RIMSKOM PRAVU

Izvorni znanstveni rad

UDK 34(37)  
347.918.2(37)

Primljeno: 17. ožujka 2024.

Ivan Milotić\*

---

*Arbitraža boni viri jedna je od vrsta arbitraža rimskoga prava. Uobičajeno se u romanistici opisuje kao čisto privatan, nesankcioniran i prigodan način rješavanja sporova izvan sudskoga postupka čiji se pravorijek mogao svoditi na adjudikaciju, ali se u praksi ponajčešće spor rješavao i na druge načine. Potonje gledašte na arbitražu boni viri potječe iz rimskoga prava. Međutim, sagledava li se ta vrsta arbitraže iznutra – iz perspektive zajednice koja ju je izgradila i iz koje potječe – njezina je kvalifikacija stubokom drugačija. Sve povezano s tom vrstom arbitraže u naznačenome je smislu rezultat zajednice (kolektiva) i društvenog pritiska uvjetovanoga tradicijskim običajnim pravilima. U potonjemu značenju, ako se vrednuje u okvirima stvarnosti u kojima je nastala i funkcionirala, arbitraža boni viri po svemu je izričaj javnoga (publicum), što se ostvaruje kroz prepoznatljiv društveni pritisak zajednice. U ovome članku analizirat će se potonja odrednica arbitraže boni viri, pri čemu će se posebno propitivati utjecaj društvenog pritiska na poimanje arbitra kao bonus vir, osnivanje arbitražnoga suda, funkcioniranje arbitraža u praksi i, naposljetku, na izvršenje pravorijeka.*

Ključne riječi: arbitraža, *bonus vir*, rimsko pravo, arbitraža *ex compromisso*, društveni pritisak, pravorijek

---

## 1. UVOD

Pojmovima *arbitrium* i *arbitratus* u rimskom pravu označavali su se međusobno različiti načini i oblici rješavanja sporova koji su se događali izvan sudskoga postupka. Ti pojmovi kao višeznačnice nikada u rimskom pravu nisu označavali opći koncept, već je više bila riječ o zajedničkom nazivniku za širok spektar međusobno divergentnih načina rješavanjâ sporova, koji je u jednoj krajnosti zahvaćao čisto privatne oblike, a u drugoj one s izraženim uplivima javnopravnog elementa.<sup>1</sup> Ti su pojmovi u područje rješavanja sporova izvan sudskoga postupka ušli s oblikovanjem arbitraže *boni viri* i upravo su u njezinim

---

\* Dr. sc. Ivan Milotić, redoviti profesor na Katedri za rimsko pravo, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

<sup>1</sup> Ziegler, K.-H., *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, br. 58, München, 1971, str. 84–89; Stein, P., *Roman Arbitration: An English Perspective, Israel Law Review*, vol. 29, 1995, str. 215–216; Roebuck, D., *De Loynes de Fumichon, B., Roman Arbitration*, Holo Books, Oxford, 2004, pp. 94–134; Bablitz, L., *Roman Courts and Private Arbitration., The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Du Plessis, P. J., Ando, C., Tuori, K. (ur.), Oxford University Press, Oxford, 2016, str. 234, 243; Milotić, I., *Roman Arbitration – Private or Public Dispute Resolution?*, *Ius Romanum*, br. 2, 2019, str. 331–332.



okvirima postali *termini technici*, a poslije je njihov značenjski doseg obuhvatio i druge načine te oblike takva rješavanja sporova.

Arbitraža *boni viri* vremenski je *prius* i ishodište svih (kasnijih) arbitraža rimskoga prava. Sastojala se u *ad hoc*, neformalnom, institucionalno neizgrađenom te strankama i okolnostima potpuno prilagodljivom načinu rješavanja sporova, a imala je umnogome i koncilijacijska obilježja. Njezina se najveća prepoznatljivost sastoji u tome što je romanistika sasvim opravdano i točno opisuje kao čisto privatna način rješavanja sporova, koji se događao izvan sudskoga postupka, tj. takav u kojemu rimska javna vlast nije ostvarivala utjecaj. Tu se prvenstveno misli na pretora i njegovu intervenciju, ali i uplive italske i provincijske administracije, koji su zamjetni u drugim (i kasnijim) oblicima arbitraže, a događali su se posvuda u rimskoj državi. Kad se sagledava vremenski, ali i u njezinoj biti, može se ustvrditi da je riječ o jedinom obliku arbitraže koji je postojao do II. stoljeća pr. Kr., takvu koji je zatim – u pretorsko doba – u praksi bio izrazito prevladavajući, dok se od otprilike ranoga klasičnog doba počeo u praksi povlačiti pred arbitražom *ex compromisso*, većinom se otada održavši kod pravnih odnosa koji su se temeljili na povjerenju, poštenju, trajnom i kontinuiranom poslovanju, međusobnoj lojalnosti ugovaratelja te dobrim običajima.<sup>2</sup>

Posebnost arbitraže *boni viri* (koja umnogome pridonosi razrješavanju njezine naravi, biti i funkcije) ogleda se i u tome što se ona nužno ne svodi na adjudikaciju, nego se rješavanje spora postiže i savjetovanjem, dogovorom (nagodbom), medijacijom, koncilijacijom, počesto i arbitrovom ekspertizom.<sup>3</sup> To podrazumijeva specifične odnose među strankama u sporu i arbitrom, višu razinu razumijevanja, atehničnost odnosa koji nastaju povodom arbitraže, ali i važnost društvenoga konteksta, koji zadaje sve okvire takva čisto privatnog načina rješavanja sporova, na neki način osiguravajući time njegovu strukturu, homogenost, ali i izvršivost pravorijeka.<sup>4</sup> Procjembena odrednica, koja je kod te vrste arbitraže izraženija u odnosu na adjudikacijsku, donekle ima i izričaj u pojmovlju, jer činjenica je da se s *arbitratus* prvenstveno i u velikoj većini slučajeva u svim razdobljima rimske pravne povijesti označava specifično ona, a ne i druge vrste arbitraže. Jer i korištenjem toga pojma u pravu i laičkom semantikom *arbitratus* više odgovara

<sup>2</sup> Milotić, I., Ostvarivanje arbitražnih odluka u rimskom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 66, br. 6, 2016, str. 785–786 s naznakom izvora.

<sup>3</sup> Cato, *De agri cultura*, 144, 145, 148, 149; Nerva, *Digesta* 17.1.35.; Scaevola, *Digesta* 32.41.9.; Marcianus, *Digesta* 39.4.16pr.; Labeo, *Digesta* 19.2.58.1.; Paulus, *Digesta* 10.2.44.8.; Ulpianus, *Digesta* 39.2.15.34.; Ulpianus, *Digesta* 3.3.33.3.; Ulpianus, *Digesta* 7.1.13pr.; Iulianus, *Digesta* 7.5.6pr.; Papinianus, *Digesta* 7.9.11.; Ulpianus, *Digesta* 7.9.12.; Paulus, *Digesta* 24.3.25.3.; Ulpianus, *Digesta* 39.1.5.17.; Ulpianus, *Digesta* 27.10.8.; Ulpianus, *Digesta* 43.15.1pr.; Ulpianus, *Digesta* 43.15.1.3.; Paulus, *Digesta* 19.2.24.pr.; Ulpianus, *Digesta* 33.1.3.2.; Iulianus, *Digesta* 40.5.47.2.; Ulpianus, *Digesta* 18.1.7pr.; Papinianus, *Digesta* 30.58.; Ulpianus, *Digesta* 33.1.3.2.; Ulpianus, *Digesta* 7.9.1.5.; Paulus, *Digesta* 12.2.30.5.; Pomponius, *Digesta* 17.2.6.; Proculus, *Digesta* 17.2.76.; Papinianus, *Digesta* 30.58.; Papinianus, *Digesta* 34.1.10.2.

<sup>4</sup> Ne iznenađuje stoga Ciceronovo označavanje takve vrste rješavanja spora kao *moderatio rei sententiaque*. Cicero, *De partitione oratoria* 28. To, dakako, nije adjudikacija, nego provođenje arbitrove uloge s osjećajem za stranačke pozicije, zahtjeve, potrebu njihova uravnoteženja i postizanje objektivne pravednosti, koja će poslije pridonositi tome da se pravorijek uredno izvrši. Vidjeti i Gaius, *Institutiones* 4, 17. P. Martino ga je okvalificirao intermedijatorom. Martino, P., *Arbiter*, Biblioteca di ricerche linguistiche e filologiche, Università „La Sapienza“, vol. 17, 1986, str. 41.

odvagivanju, procjeni i prosudbi negoli oštrome pravorijeku (*sententia*) o tome tko je u pravu, a tko u krivu.<sup>5</sup>

Sve navedeno o arbitraži *boni viri* proizlazi iz njezina sagledavanja strogo s gledišta prava, tj. s gledišta pravnoga nazivlja i institucijskoga okvira pripadajućega rimskom pravu. Međutim, takvo njezino sagledavanje ne može objasniti postojanje, funkcioniranje, zamjetnu ujednačenost postupanja i, naposljetku, učinkovitost izvršavanja arbitrova pravorijeka u uvjetima njezine potpune pravne nesankcioniranosti, prigodnosti, neinstitucionaliziranosti, postupovne amorfnosti i izostanka bilo kakva javnopravnog upliva (rimskih magistratura). Ni rimski pravници nisu ostavili mnogo komentara ili osvrta na arbitražu koju je provodio *bonus vir*, što se tumači time da prevladavajuće nije bila riječ o pravnom fenomenu. To znači da su neki drugi (nepravni) čimbenici činili njezinu bit i narav te su je održali stoljećima kao koherentan i prepoznatljiv način rješavanja sporova koji se odvija izvan ili mimo rimskoga sudovanja. Pravo se u nekom trenutku povijesti pojavilo samo kao plašt koji je zahvatio te fenomene i uklopio ih na svojevrsan način u pojmovni i institucijski instrumentarij.

Apriorno se i na razini notornosti može ustvrditi da je društveni kontekst, zajedno sa svim svojim odrednicama i silnicama, izgradio i održavao tu vrstu arbitraže te presudno utjecao na nju. Premda to nije nepoznato u dijelu romanistike koji se specifično bavio problematikom arbitraže, utjecaj društvenog konteksta kao nepravna čimbenika na arbitražu *boni viri* nije se iscrpnije (izvan puke tvrdnje o tome) znanstveno analizirao, razložio ni predstavio. U ovome članku pokušat će se razložiti ne samo važnost društvene pozadine u arbitraži *boni viri* nego i potreba cjelovitijega i pravilnijega sagledavanja te vrste arbitraže baš s obzirom na društvo, društveni pritisak i psihologiju društva te uputiti na potrebu možda i drugačijega (ili *sui generis*) njezina vrednovanja s obzirom na to je li uistinu riječ samo o privatnom ili više javnom arbitražnom načinu rješavanja sporova.

## 2. ARHAICNE ITALSKE ZAJEDNICE I POJAVA ARBITRAŽE *BONI VIRI*

Prema izričitim Livijevim navodima, *praetor urbanus* nastao je radi rješavanja pravnih stvari samo u gradu Rimu.<sup>6</sup> Uostalom, to pokazuje i njegov naziv (*urbanus*). I konzul je prije njega vrlo vjerojatno *ius edicendi* ostvarivao samo u gradu Rimu i primjenjivao ga na stanovnike grada, a iz te je konzulove ovlasti, kada se ona osamostalila, izrasla magistratura pretora. Ni u kasnijim stoljećima do Hadrijanova *Edictum perpetuum* razmjerno mali broj pretora<sup>7</sup> nije dopuštao da oni imaju jurisdikciju i djeluju igdje drugdje osim u gradu Rimu, ili u najboljem slučaju na užem području središnje Italije oko grada Rima. S obzirom na to njihova jurisdikcija u stvarnosti nije zahvaćala sve rimske građane u Italiji, nego samo stanovnike grada Rima, tj. rimske građane u najužem smislu – u jezgri

---

<sup>5</sup> Milotić, I., Roman arbitration: concepts and terminology, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 26, 2019, str. 96 i dalje.

<sup>6</sup> Livius, *Ab urbe condita* 6.42.11.

<sup>7</sup> Bablitz, L., *Actors and Audience in the Roman Courtroom*, Routledge, New York, 2007, str. 14.

i samome iskonu rimske države.<sup>8</sup> To znači i da je rimski sudski postupak, čiji je pretor bio neizostavni dio (u dijelu *in iure*), zapravo bio prostorno i personalno vrlo ograničen, dapače, čak i ekskluzivan. U Ciceronovim shvaćanjima,<sup>9</sup> ali i u studijama romanista koji su izučavali rješavanje sporova, nalazi se tvrdnja da je već donošenje te objava *Zakonika XII ploča* imalo za cilj omogućiti dostupnost rimskoga pravosuđa većemu broju ljudi (tj. rimskih građana).<sup>10</sup> Jednak je cilj imalo uvođenje gradskoga pretora, ali zatim i uvođenje peregrinskoga pretora, koje je, prema tvrdnjama klasičnoga pravnik, Pomponija bilo neposredna reakcija na nedostatnost samo jednoga pretora (gradskoga) smještenoga u Rimu i njegovu jurisdikciju samo među rimskim građanima.<sup>11</sup> Stoga se može ustvrditi da čitava povijest rimskoga pravosuđa, pa i sudskoga postupka tijekom civilnoga i znatnoga dijela pretorskoga doba (to se naročito odnosi na uvođenje postupka *per formulas*<sup>12</sup>), odražava nastojanje da se proširi njihova pravna, ali i faktična dostupnost što većem broju ljudi te traganje za mehanizmima kako to postići. To ujedno znači da je sve što se zna o rimskom postupku toga razdoblja u biti ograničeno na grad Rim ili – u kasnijoj Republici – možda u najboljem slučaju na veći dio Italije.

Do posljednjih desetljeća Republike postojala je pravosudna jurisdikcija samo jednoga pretora u Rimu, koja se protezala nad čitavom Italijom.<sup>13</sup> To je stanovnicima udaljenih italskih područja faktički onemogućavalo dolazak u Rim. Stoga se u seoskim zajednicama, u sporovima među sumještanima koji su se otprije poznavali, razvilo suđenje po privatnim sucima, koje je, doduše, nastalo prije. Takva je pojava bila odraz nedostupnosti pravosuđa i faktična posljedica takva stanja. Nastojanja za privatnim rješavanjem sporova u seoskim zajednicama treba također pripisati starom porivu zatvorenih i udaljenih zajednica da se sporovi rješavaju *sine strepitu forensi*, tj. „pred svojim“, a ne „pred državom“. J. Harries tu težnju pripisuje potrebi suzbijanja pojave različitih podjela i sukoba unutar zajednice, koji bi bili posljedica spora.<sup>14</sup>

Takve okolnosti nužno nameću pitanje o tome kako se odvijalo rješavanje sporova izvan grada Rima i o osobama kojima je institucionalizirani sudski postupak *per legis actiones* i *per formulas* bio faktički nedostupan. U literaturi se ističe da je upravo pribjegavanje arbitraži u tome dobu (a tada je postojala samo arbitraža *boni viri*) reakcija na

---

<sup>8</sup> Brennan, T. C., *The Pretorship in the Roman Republic, Vol. 1: Origins to 122 BC*, Oxford University Press, Oxford, 2001, str. 61–68.

<sup>9</sup> *Leges ... nulla promulgatione latae sunt* (Cicero, *Philippicae* 1, 10, 25, Cicero, *Ad familiares* 1, 5, Cicero, *De legibus* 3, 19, 43 ... *proponere in publico iubet*. Livius, *Ab urbe condita* 1, 32.

<sup>10</sup> Kaser, M., Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München, 1996, str. 34–36, 60–63, 65–68.

<sup>11</sup> Pomponius, *Digesta* 1.2.2.28. Vidjeti i: Daube, D., *The Peregrine Pretor*, *The Journal of Roman Studies*, vol. 41, 1951, str. 85–89.

<sup>12</sup> Uvođenje postupka *per formulas* težilo je odbacivanju rigidnih, pretjerano formalističkih i zastarjelih zasada postupka *per legis actiones*, čime se barem hipotetski omogućilo da se njome lako služe svi rimski građani. Kaser, M., Hackl, K., *op. cit.* u bilj. 10, str. 151; Guarino, A., *Diritto privato Romano*, Jovene, Napulj, 2001, str. 244 i dalje; Metzger, E., *An Outline Roman Civil Procedure, Roman Legal Tradition*, vol. 9, 2013, str. 21; Talamanca, M., *Processo civile (diritto Romano)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. 36 (Processo-Progressione), Giuffrè, Milano, 1987, str. 25.

<sup>13</sup> Bablitz, L., *Actors and Audience in the Roman Courtroom*, Routledge, New York, 2007, str. 14.

<sup>14</sup> Harries, J., *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, str. 173. Vidjeti i: Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 788.

nepovoljnosti povezane s rimskim institucionaliziranim pravosuđenjem, a među tim se nepovoljnostima na prvo mjesto počesto stavlja faktična nedostupnost jednoga jedinog gradskog pretora u Rimu, a time nužno i rimskoga sudskog postupka, a zatim se govori i o njihovoj nedostupnosti zbog pretjeranog formalizma.<sup>15</sup> Arbitraža stoga nije bila alternativa sudovanju, već jedini objektivno moguć način rješavanja sporova izvan grada Rima i njegove neposredne okolice za ono stanovništvo koje iz različitih razloga nije moglo doći u Rim i pristupiti pred pretora.<sup>16</sup> U takvu kontekstu i značenju arbitraža nije mogla imati nikakve poveznice s pretorovom jurisdikcijom ili sudskim postupkom niti biti njegovim izvorištem (iskonom) ili pretečom, kako to tumači M. Wlassak.<sup>17</sup> Rimsko pravo od civilnoga je doba poznavalo dva u bitnome različita načina rješavanja sporova: sudski postupak, u čiju je prvu fazu bio uključen pravosudni magistrat (isprva konzul, a zatim gradski pretor), i arbitražu, koja je bila rezultat dogovora stranaka u sporu da njegovo rješavanje povjere arbitru iz vlastite zajednice, čiju su osobu smatrali prikladnom i pouzdanom te dovoljno kompetentnom da ga uistinu može riješiti svojom odlukom.<sup>18</sup>

Arbitraža rimskoga prava prije klasičnoga doba ima obilježje mjesta (i zajednice) gdje se odvija. Stoga je i *arbiter* koji je određen za rješavanje spora i izabran među strankama izričaj mjesnosti i zajednice u kojoj se to događa. Jedno starije shvaćanje, koje je i danas prihvaćeno u romanistici, polazi od toga da *iudex* koji djeluje u drugome dijelu rimskoga postupka ne može biti povezan ni s jednim određenim mjestom, dok arbitražu i arbitra stvara upravo određeno mjesto gdje se spor dogodio i gdje se rješava.<sup>19</sup> Provenijencija u arhaičnim italjskim zajednicama koje nisu imale mogućnost pristupiti pravosuđu u Rimu čini te vrste rješavanja sporova međusobno nepovezanima, neovisnima, oblikovanim *ad hoc* i s obzirom na konkretan slučaj te prilike u konkretnoj zajednici, a u postupovnom smislu neujednačenima i amorfnima. U tim arbitražama nema ničeg općeg ili zajedničkoga, čak se i njihov *modus operandi* od slučaja do slučaja mogao bitno razlikovati tako da ponekada predstavlja adjudikaciju, ponekada medijaciju, zatim koncilijaciju, pribjegavanje nagodbi i dr. Kada oko 160. godine pr. Kr. Katon u „De agricultura“ dosljedno bilježi pojam *arbitratus* za rješavanje sporova proizašlih iz ugovornih odnosa koje su provodili *boni viri*, on tim pojmom s obzirom na *modus operandi* obuhvaća međusobno vrlo divergentne načine arbitražnoga rješavanja sporova koji su pronikli u takvim zajednicama. *Arbitratus* je njihov vrlo opći i zajednički nazivnik, a čini se da taj pojam upućuje i na rezultat u smislu pravorijeka koji se ponajčešće sastojao više u

---

<sup>15</sup> Harries, J., *ibid.*, str. 173, 175, 179.

<sup>16</sup> Milotić, I., *An outline of the arbitral procedure in Roman law* (31. siječnja 2013.), *Forum historiae iuris*, <https://forhistiur.net2013-01-milotic> (par. 2-4).

<sup>17</sup> Wlassak, M., *Die Litiskontestation im Formularprozess, Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Duncker & Humblot, Leipzig 1888, str. 135 i dalje. Vidjeti i: Nicosia, G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Corso di diritto romano, Giappichelli, Torino 1986, str. 51.

<sup>18</sup> Milotić, I., *Access to Justice by Means of Arbitration in Roman Law, Revisiting Procedural Human Rights: Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Uzelac, A, Van Rhee C. H. (ur.), Intersentia, Cambridge, 2017, str. 244–245.

<sup>19</sup> Greenidge, A. H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, Clarendon Press, Oxford, 1901, str. 39.

uravnoteživanju zahtjeva i protuzahatjeva te iznalaženju ravnoteže među strankama u sporu negoli u tvrdom odlučivanju o tome tko je u pravu, a tko nije.<sup>20</sup>

Zbog nevezanosti na pretorovu jurisdikciju te arbitraže nisu bile uvjetovane nijednom zadanošću redovne rimske sudske jurisdikcije. To se smatra njihovom prepoznatljivom atraktivnošću, što je možda također pridonosilo da arhaične zajednice nisu pribjegavale pravosuđu u Rimu. I postupak *per legis actiones* i *per formulas* bio je rigidan po pitanju odlučivanja, što je posebno dolazilo do izražaja ako je tužitelj znao da mu se nešto duguje, ali nije znao koliko mu se duguje ili svoj zahtjev nije mogao precizno kvantificirati.<sup>21</sup> *Iudex* je uvijek odlučivao je li tužitelj uspio ili nije, pa nije provodio uravnoteživanje njihovih interesa, i to čak ni u *iudicia bonae fidei*.<sup>22</sup> U arhaičnim italskim zajednicama naglasak je bio baš na suprotnome, tj. da se kroz postizanje ravnoteže među sumještanima koji se spore očuva unutarnja kohezija. Nad time je zajednica imala najveći interes. Uostalom, potonje se ponajbolje zamjećuje u tipičnim pravnim stvarima takvih zajednica – diobenim pitanjima (međe, suvlasništvo, sunasljednička zajednica). Matična je zajednica, imajući najveći interes da se takve stvari riješe „među svojimima“ i u zajednici te prema običajnim pravilima te zajednice (i ničijim drugima), stvarala pritisak da sporove kao arbitri rješavaju ljudi iz zajednice, i to oni ljudi koje je zajednica poimala kao *boni viri*, zatim takvi koje je ona na neki način faktički designirala i, naposljetku, takvi koje je ona prema vlastitim predodžbama smatrala kompetentnima u smislu da poznaju odnose u zajednici i stanje stvari među osobama u sporu te da se međusobno poznaju.<sup>23</sup>

Arbitraža (*boni viri*) izniknula je u arhaičkim seoskim zajednicama središnje Italije, a određivao ju je osjećaj susjedstva, poznanstva i pripadnosti zajednici. Unatoč njihovoj divergentnosti i brojnosti, tu vrstu arbitraže u svakoj je zajednici koherentnim činio društveni pritisak da se spor riješi, da se on riješi u zajednici (među svojimima), da se riješi pred točno određenim arbitrima koje stranke u sporu izabiru i, naposljetku, da se arbitrova odluka provede. Taj je društveni pritisak zapravo ona poznata rimska *fides* te disciplina prilikom ispunjavanja obveza koje su se temeljile na zadanoj riječi i autoritetu mjesnoga uglednika (*arbiter bonus vir*). Premda su se stranke u sporu naoko dogovarale o arbitraži i izabirale arbitra, čini se da je taj njihov čin bio duboko uvjetovan prilikama sredine i društvenim pritiskom. Dokaz za to može se pronaći u shvaćanjima rimskih pisaca klasičnih pravnika, koji u nizu fragmenata (prikupljenih u *Digesta*) dokumentiraju sporove koji su se i u njihovo vrijeme tipično rješavali u arbitraži *boni viri*. Gotovo je beziznimno, osim o diobenim sporovima,<sup>24</sup> riječ o sporovima koji su proizašli iz odnosa

---

<sup>20</sup> Cato, *De agricultura* 144–149

<sup>21</sup> Kaser, M., Hackl, K., *op. cit.* u bilj. 10, str. 41–42, 288–290; Stein, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 215–216.

<sup>22</sup> Zimmermann, R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, str. 86–89.

<sup>23</sup> Behrends, O., Avenarius, M., *Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, ausgewählte Aufsätze*, Bd. 1, Wallstein Verlag, Göttingen, 2004, str. 524; Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, Beck Verlag, München, 1955, str. 125.

<sup>24</sup> E.g. ... controversia est nata de finibus ... tres arbitri fines regemus. *Lex XII Tabularum* 7, 5. Fernández de Buján A., *Derecho público Romano: recepción, jurisdicción y arbitraje*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, str.

utemeljenih na povjerenju, dobroj vjeri, dobrim običajima, poštenju, lojalnosti, afektivnoj povezanosti (susjedstvu, prijateljstvu), što podrazumijeva svekoliku bliskost stranaka u sporu i, naposljetku, njihovu pripadnost istome mjestu i društvenome univerzumu (zajednici, naselju, gradu i sl.), koji je vrijednosno, etnički i pravno homogen.<sup>25</sup> Premda je takav obrazac pravnički iscrpno razrađen i prokomentiran u klasično doba, njegova provenijencija kudikamo je starija.

Sve navedeno otvara pitanje o naravi arbitraže *boni viri*, a samim time i o tome kako je kvalificirati. Rimski pravници i romanistika beziznimno je kvalificiraju kao čisto privatna način rješavanja sporova koji su u cijelosti kontrolirale strane u sporu. Opravdano se u kvalifikaciji ide još i dalje pa se navodi da je to jedina čisto privatna arbitraža rimskoga prava, jer da u njoj rimska javna vlast nije ostvarivala ni najmanji utjecaj.<sup>26</sup> I to je uistinu tako ako se arbitraža *boni viri* sagledava izvana, tj. ako se polazi od okvira rimskoga prava. U tome smislu za Rimljane je arbitraža *boni viri* privatna, baš kao i sudski postupak.

Međutim, ako se sagledava iz perspektive zajednice u kojoj se odvijala, njezina kvalifikacija bitno je drugačija. U okvirima zajednice arbitražu stvara i oblikuje društveni pritisak zajednice i njezina sasvim specifična etika. Arbitraža *boni viri* u tome smislu nije nešto što ovisi o volji osoba koje su se našle u sporu, nego je to jedini i javni mehanizam rješavanja spora koji one moraju primijeniti. Dogovor o arbitraži rezultat je društvenog pritiska, a sâm izbor arbitra zapravo nije nimalo slobodan, jer se izabrati smije samo ona osoba koja u društvenom poimanju te konkretne zajednice ima kvalifikaciju *bonus vir*. Kasnije će se razložiti da kvalifikacija *bonus vir* nije nimalo ovisila o strankama u sporu ili pojedincima, nego je riječ o općedruštvenom i općeprihvaćenom poimanju te zajednice. Sagledava li se iznutra, iz same zajednice, ona je zadana odrednicama koje štite interese čitave te zajednice, što je prepoznatljivo obilježje pravne sfere koja se označava s *publicum*. Dapače, društveni pritisak i unutarnja psihologija zajednice u cijelosti steže svaku stranačku autonomiju ili odstupanje od bilo čega zadanoga njezinim pravilima i uzusima.

Za razliku od drugih vrsta arbitraže u rimsko doba, arbitraža *boni viri* bila je cjelovito neformalna, nestrukturirana i postupovno amorfn. Manji dio odgovora zašto je bila takva leži u njezinoj prigodnosti i činjenici da se u svakoj zajednici odvijala na neki specifičan način, koji se onda, dakako, razlikovao od zajednice do zajednice. Veći dio odgovora zadire u psihologiju tih zajednica i društveni pritisak. U povijesti rimske arbitraže pokazuje se

---

398. Vidjeti i Gajev osvrt na *iudicia divisoria* u Gaius, *Institutiones*, IV, 17, što je zapravo osvrt na razdoblje civilnoga prava.

<sup>25</sup> *Societas* (Pomponius, D.17.2.6.; Celsus, D.17.2.75.; Proculus, D.17.2.76.), *locatio conductio* (Paulus, D.17.2.77.; Paulus, D.19.2.24pr.), *emptio venditio* (Ulpianus, D.18.1.7pr; ali i u C.I.4.38.15; C.I.1.3.23.1.), *exhreditatio* (Plinius, *Epistulae*, 5, 1.), *legatum* i *fideicommissum* (Ulpianus, D.30.75pr.; Celsus, D.31.30; Ulpianus, D.33.1.3pr.; Ulpianus, D.32.11.7-8; Ulpianus, D.40.5.46.), imovinski odnosi proizašli iz obiteljskih odnosa (Celsus, D.32.43.), *promissio dotis* (Papinianus, D.23.3.69.4; Celsus, D.32.43; Celsus, D.23.3.60.). Iscrpnije vidi: Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 786.

<sup>26</sup> O tome cjelovitu studiju s uputom na izvore i literaturu vidi: Milotić, I., *Intervention of public authorities in arbitral proceedings in Roman law*, *Croatian Arbitration Yearbook* br. 25, 2018, str. 165–182.

da, što je ona proizlazila iz homogenije sredine, to je bila neformalnija. Također, što je arbitraža više bila zadana društvenim pritiskom okoline (zajednice), koji se ogledao kroz niz običajnih zadanosti, strogosti i pravila, to je arbitraža bila neformalnija i nestrukturiranija. U malim je zajednicama društveni pritisak formalizirajući element, a ne forma kao takva. Društveni je pritisak psihološka i neopredmećena kategorija, pa nije zamjetna izvana. Etnička homogenost te izostanak izvanjskih upliva i utjecaja bitno su oblikovali arbitražu *boni viri*. To je pridonosilo učinkovitom provođenju postupaka i izvršavanju pravorijeka, glede čega u povijesti te vrste arbitraže nisu zabilježeni veći izazovi.

Prvi problemi s izvršavanjem arbitražnih pravorijeka kod *arbitratus boni viri*<sup>27</sup> spominju se u arbitražnoj praksi u II. stoljeću pr. Kr. – otprilike u doba kada je pretor ediktom obuhvatio i time u okvirima *ius praetorium* sankcionirao *pecunia compromissa*.<sup>28</sup> Ti izazovi rezultirali su nastankom nove vrste arbitraže – *ex compromisso*, koja je bila formalna, pravno sankcionirana, u koju je mogao intervenirati i pretor (jer je u biti stvorena njegovim ediktom) te, naposljetku, kod koje se izvršavanje pravorijeka osiguravalo ugovornom kaznom. Prema Lenelovoj rekonstrukciji, pretorski edikt propisivao je da, ako netko prihvati dužnost arbitra u sporazumu sa strankama (koje su prethodno međusobno sklopile arbitražni sporazum i osigurale njegovo poštivanje ugovaranjem kazne (*pecunia compromissa*)), pretor tog arbitra može prisiliti (*cogere*) da donese pravorijek (*sententiam dicere*).<sup>29</sup> *Ratio* te odredbe bila je proklamirati doseg pretorove intervencije u arbitraže. P. Stein u toj odredbi edikta prepoznaje prve intervencije pretora u arbitražu.<sup>30</sup>

Kad se čita rekonstruirana ediktalna odredba, treba razlučiti nekoliko pravnih odnosa: (1) arbitražni sporazum među strankama u sporu s jedne te arbitra koji prihvaća djelovati u sporu (*receptum arbitri*) s druge strane; (3) javnopravnu intervenciju pretora, koja se ogleda samo u mogućnosti prisile (*cogere*) prema arbitru da donese pravorijek ako to iz kakva razloga ne bi sam želio učiniti. Uređujući tu materiju svojim ediktom, pretor je dao pravnu sankciju i institutu *receptum arbitri*. Pretorova intervencija u vidu prisile prema arbitru uzimala bi se u obzir samo ako je bio sklopljen *receptum arbitri*, tj. ako je netko prihvatio djelovati kao arbitar u sporu između dvije stranke radi njegova rješavanja. Pretor nije mogao izvršiti prisilu prema nekome s ciljem da prihvati biti arbitar jer je to bilo prepušteno slobodnoj odluci.<sup>31</sup> U tim činjenicama B. Mathias davno je primijetio

<sup>27</sup> Cato, *De agricultura* 149.

<sup>28</sup> Odredbu pretorova edikta *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam* izrijekom su recipirali i komentirali klasični pravници, posebno Ulpijan. Doslovno prihvaćanje teksta pretorskog edikta u *Digesta: Ait praetor: 'qui arbitrium pecunia compromissa receperit'*. U prijevodu: *Pretor kaže: 'Stranka koja se podvrgne arbitraži u kojoj je sadržana ugovorna novčana kazna'*. Ulpianus, *Digesta* 4.8.3.2. O toj odredbi edikta vidjeti: Lenel, O., *Das edictum perpetuum*, Tauchnitz, Leipzig, 1883, tit. XI § 48, str. 103–104.

<sup>29</sup> Roebuck, D., De Loynes de Fumichon, B., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96–97; Ziegler, K.-H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 6–7; Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, Liberal Arts Press, New York, 1955, str. 338.

<sup>30</sup> Stein, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 219.

<sup>31</sup> Wenger, L., *op. cit.* u bilj. 29, str. 338.

pojavu arbitraže koja nije bila nestrukturirana i amorfnu poput *arbitratus boni viri*, već institucionalno izgrađena arbitraža koja je na specifičan način imala i pravnu sankciju.<sup>32</sup> Otada arbitraža *boni viri* dobiva konkurenciju, koja će je kroz naredna stoljeća podosta istisnuti iz prakse.

No zašto se to dogodilo? U vrijeme kada je Katon pisao djelo *De agricultura* od Drugoga punskoga rata proteklo je oko pola stoljeća. Nakon njega rimska država proširila je svoje granice pritom njima obuhvativši brojne etničke skupine. Prodor doseljenika u tkivo rimske države značio je njihovo infiltriranje i u autohtone italske seoske zajednice, čime su one izgubile tradicionalni (arhaični) biljeg, a njihovi novi stanovnici osjećaj susjedstva i poznanstva.<sup>33</sup> Usporedo s tim društvenim promjenama povlačila se izvorna rimska *fides*, svojstvena nekadašnjim zajednicama, te disciplina prilikom ispunjavanja obveza, koje su se temeljile na zadanoj riječi i autoritetu mjesna uglednika (*arbiter bonus vir*). Nestajanjem arhaičnih seoskih zajednica nestajao je i pojam faktičnog autoriteta pravno neobvezujućeg sporazuma sklopljenog među sumještanima koji su se poznavali. Za doseljenike i strance faktični prijekor te osuda zbog neizvršenja obveze određene arbitražnom odlukom *boni viri* postali su gotovo irelevantni.

Svojevrsna globalizacija sredozemnoga bazena, koju su sa sobom donijela rimska osvajanja nakon Punskih ratova, pridonijela je u Italiji slabljenju pritisaka društvene sredine. U području arbitraže to je značilo da *arbitratus boni viri* postaje manje učinkovit, što je od pretora zahtijevalo intervenciju tako da svojim ediktom osnaži birokratizaciju i formaliziranje arbitražnih postupaka. Izražena globalizacija rimskoga svijeta od II. stoljeća pr. Kr., gubitak homogenosti u etničkim zajednicama i povlačenje rimske *fides* nužno dovodi do birokratizacije arbitraže i nastanka jedne sasvim nove vrste – arbitraže *ex compromisso*, čime *arbitratus boni viri* gubi tradicionalnu prvotnost i prepoznatljivost.

### 3. ARBITAR *BONUS VIR* KAO IZDANAK SHVAĆANJA U ZAJEDNICI

Riječ *arbiter* umbrijskoga je ili oskičkog korijena, nastala je u predrimskim arhaičnim zajednicama središnje Italije (prije nego *urbs condita*). Za nju P. Martino navodi da nije prenesena na pojmovno područje arbitraže s nekoga drugog nesrodnog značenjskog područja, nego da je izvorno nastala upravo na području arhaičnoga rješavanja sporova. Etimološka odrednica upućuje da *arbiter* i *arbitrium* pripadaju predrimskome dobu te da taj mehanizam rješavanja sporova nije rimski, nego još stariji – staroitalski. Ona pokazuje i da je mehanizam rješavanja sporova u takvim zajednicama postojao oduvijek te da on umnogome prethodi institucionalizaciji konzulske, pretorske i uopće pravosudne funkcije

---

<sup>32</sup> Matthiass, B., Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts, *Festschrift zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dec. 1888*, hrsg. von der Rostocker Juristenfakultät am 6. August 1892, Druck der Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, Rostock, 1892, str. 5–6. U djelima njemačkih romanista iz druge polovice XIX. i polovice XX. stoljeća (B. Matthiass, C. Weizsäcker, L. Wenger, K.-H. Ziegler) razabire se uska obrada rimske arbitraže, tj. shvaćanje prema kojemu je vrijedan romanističkih propitivanja samo *arbitrium ex compromisso*.

<sup>33</sup> O tome vidjeti: Eisner, B., Horvat, M., *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvtaske, Zagreb, 1948, str. 51–64.



u Rimu. U arhaičnim italskim zajednicama predrimskoga doba *arbiter* i *arbitrium* zasigurno su imali izrazito obilježje mjesnosti.<sup>34</sup>

O tome tko je *arbiter bonus vir* postoje brojni rimski izvori te opsežna romanistička i filološka literatura.<sup>35</sup> Svi se romanistički naponi svode na identificiranje obilježja koja točno određenoga muškarca kvalificiraju biti arbitrom, tj. što mu daje svojstvo *bonus*. To nije obilježje tek uzornosti ili dobroga, nego kvalifikacija koja ga ističe i razlučuje istovremeno ga uzdižući nad ostalim članovima zajednice. Održivost arbitraže *boni viri* u cijelosti je ovisila o osobi arbitra, a kako se ona beziznimno nalazila izvan dosega sankcije rimskoga prava, njegova je osoba bila jedna od bitnih garancija ne samo da će se postupak provesti na održiv način nego i da će se pravorijek bespogovorno izvršiti.

Stoga je *bonus vir* ponajprije vlastita pravna konstrukcija konkretne zajednice, a nikako rezultat vrijednosnoga prosuđivanja. Osim toga, za razliku od drugih arbitara u rimskom pravu, *arbiter bonus vir* imao je objektivnu osnovicu odlučivanja. To razrješava i poznati Horacijev odlomak u *Epistula ad Quintctium*, kada si postavlja pitanje tko je *bonus vir*: *Vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat, quo multae magnaeeque secatur iudices lites, quo res sponsore et quo causae teste tenetur*.<sup>36</sup> Od arbitra se očekivalo da je riječ o osobi koja će prilikom rješavanja spora postupati u dobroj vjeri (*cuius fidem implorant*). Za stranke u sporu koje su ga izabrale svojim sporazumom ta je osoba bila uzoran čovjek (*bonus vir*),<sup>37</sup> što je podrazumijevalo njegove neupitne moralne kvalitete, ničim narušen autoritet i ugled, objektivnost, nepristranost, pravednost, poštenje te dosljednost u odlučivanju (*ne varietur*).<sup>38</sup> Ta svojstva, ali i činjenica da su ga stranke dobrovoljno imenovale prihvaćajući rizik njegova izbora, bit će presudan psihološki čimbenik za pridržavanje arbitrove odluke.<sup>39</sup>

Unutarnja psihologija zajednica, povezana s kvalifikacijom neke osobe kao *bonus vir*, čini se da je mnogo složenija te je ovdje iznosimo nakon dugoga niza godina njezina proučavanja. Uopće nije važno koga bi same stranke u sporu smatrale za *bonus vir*. Važno je samo poima li zajednica neku osobu takvom. Pritom nije bitno je li, objektivno gledajući, neki muškarac uistinu u moralnom, etičkom ili vrijednosnom smislu *bonus*, nego pridaje li mu zajednica takvu kvalifikaciju. Sasvim je moguće da neku osobu koja u objektivnoj stvarnosti uopće nije takva, tj. ne ispunjava kriterije da bi bila *bonus vir*, društvena

<sup>34</sup> Martino, P., *op. cit.* u bilj. 4, str. 11–26, posebno 11–12, 18–19.

<sup>35</sup> E.g. Cato, *De agricultura*, praefatio, 2; Iuvenalis, *Saturae*, 8.79–80; Cicero, *De officiis*, 3.17 I 19; De Loynes de Fumichon, B., *L'arbitrage a Rome, Revue de l'arbitrage*, br. 2, 2003, str. 310–312. Kaser, M., Hackl, K., *op. cit.* u bilj. 10, 57; Kaser, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München, 1966, str. 41; Broggin, G., *Iudex Arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Bohlau, Köln – Graz, 1957, str. 34, 40–42, 111–113; Martino, P., *op. cit.* u bilj. 4, str. 28; Sinko, T., *De Romanorum viro bono*, Academia Litterarum, Krakow, 1903.

<sup>36</sup> U prijevodu: *Tko li je bonus vir? Onaj tko uvažava senatska mišljenja, koji poštuje zakone i pravo, onaj pred kime se rješavaju mnogi i veliki sporovi, onaj za kojega smatraju da je jamac [rješenja] sporne stvari i svjedok u pravnom slučaju.* Horatius, *Epistulae* 1, 16, 40. Nehlsen-von Stryk, K., *Die boni homines des frühen Mittelalters*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, str. 258.

<sup>37</sup> Broggin, G., *op. cit.* u bilj. 55, str. 114–115.

<sup>38</sup> Roebuck, D., De Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 1, str. 312.

<sup>39</sup> Cicero, *De officiis* 3, 17.

zajednica kvalificira i ističe kao *bonus vir*. Ako je društveni kolektiv smatra takvom, sve je drugo nevažno: to može biti poročna osoba, nedosljedna, pristrana, kojoj *bona fides* nije prioritet, korumpirana, nasilnik, lopov i dr. S druge strane, sasvim je moguće da neki muškarac koji je *bonus* nikada ne postigne društvenu kvalifikaciju i priznanje da je *bonus vir*, a samim time takav nikada neće postati arbitrom.

U tome je smislu *bonus vir* pravna i artificijelna konstrukcija, čija bit uopće ne mora odgovarati objektivnoj društvenoj stvarnosti. Osim toga, premda se s gledišta rimskoga prava poima privatnim sucem, njegova je provenijencija u zajednici, tj. u kolektivu – on je izdanak društva i njegova specifičnog shvaćanja, često uvjetovanog interesnim konstelacijama, a ne privatnom autonomijom stranaka u sporu. Društvena zajednica na neki način faktički autorizira arbitra *bonus vir*, a nakon toga s njegovom djelatnošću u arbitraži povezuje snažan društveni pritisak. Samim time društvo u osobi i dužnosti arbitra *bonus vir* prepoznaje zaštitu vlastita interesa. Njime se, pa i njegovim sudjelovanjem u arbitraži, ostvaruje ono što je za zajednicu *publicum*, a ne *privatum*. Rimsko pravo sagledava ga izvana, doduše, samo kao izdanak privatnoga arbitražnog dogovora među strankama u sporu, međutim, on je u okvirima konkretne zajednice zapravo izdanak javne sfere (*publicum*) jer mu čitava zajednica daje takvu kvalifikaciju, a ne pojedinci ili same stranke u sporu. Iz te javne kvalifikacije zatim proizlazi društveni pritisak da se obdržava sve što on u postupovnom smislu odredi te – najvažnije – da se cjelovito izvrši njegov pravorijek.

Kada bi *arbiter bonus vir* imao provenijenciju samo u arbitražnom sporazumu, tj. kada bi ga činile silnice koje djeluju samo *inter partes*, ta figura ne bi bila dostatna za osiguranje urednog vođenja arbitražnog postupka, rješavanje stvari, donošenje pravorijeka i njegovo izvršenje. Tko god da bi bile, stranke arbitražnog sporazuma ne bi dogovorom mogle stvoriti dovoljan društveni pritisak ili psihologiju situacije da se arbitrovi pravorijeci bespogovorno izvršavaju. Stoga je izvjesno da one nisu imale apsolutnu slobodu izbora arbitra, već da su birale među onim muškarcima koje je društvena zajednica otprije okvalificira kao *boni viri*. Samo je u takvu raspletu društvena zajednica mogla ostvarivati pritisak i kontrolu arbitražnoga postupka, subjekata arbitraže, pravorijeka i njegova izvršavanja. Osim toga, imenovanje arbitra *boni viri*, tijekom postupka pred njime, odluka i njezino ostvarivanje nikada u rimskoj pravnoj povijesti nisu bili u dosegu rimskoga pravosuđa i pretorove intervencije.<sup>40</sup>

Navedeno potkrjepljuje Ciceronov osvrt na tvrdnje republikanskoga pravnika Kvinta Mucija Scevole, izrečene na prijelazu iz II. u I. stoljeće pr. Kr., o ugledu arbitraža u kojima se prosuđivalo *ex fide bona*, a to su bile arbitraže *boni viri*: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint 'boni' et quid sit 'bene agi' magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen*

<sup>40</sup> Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 790.

*existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*<sup>41</sup> Kao što u republikansko doba arbitražni sudovi *boni viri* sagledavaju pravni odnos i pravnu poziciju stranaka u cjelini, zbog najvećeg autoriteta (*summa vis*) koji su uživali, i *iudex* bi trebao primjenjivati takav standard pažnje u upravljanju postupkom i odlučivanju: *iudex* bi trebao postupati *ut inter bonos (viros)*, a kao kriterij svojeg postupanja morao bi uzimati ono što je *bene* i *sine fraudatione*. Kvint Mucije Scevola navodi da je temelj njegova djelovanja *bona fides* te da *arbiter* (naziva ga *iudex*) treba suzbijati prijevaru. Svako prijevarno postupanje, stvaranje privida (simulacija) i prikrivanje odlučnih činjenica protivi se naravi poštena čovjeka i personificiranom skupu vrlina koje ga određuju kao arbitra *bonus vir*.<sup>42</sup> *Bonus vir* postupa isključivo *in bona fide*, što znači da uvažava interese trećih, ali i interese čitave zajednice.<sup>43</sup>

U rudimentarnim oblicima arbitraže, koji su dokumentirani od *Zakonika XII ploča*, *arbiter* se pojavljuje ne samo kao bilo koji muškarac okvalificiran kao *bonus vir* nego i kao *homo peritus*. Sredinom V. stoljeća pr. Kr. Zakonik bilježi da se sporovi o međama (*controversiae de fine*) rješavaju pred trojicom arbitara (... *controversia est nata de finibus ... tres arbitri fines regemus*).<sup>44</sup> Pravilo ne ostavlja dvojbu, nego izriječno i kogentno propisuje da se sporovi o međi rješavaju u arbitraži. Osim što mora biti *bonus vir*, arbitar koji je dio tročlanoga povjerenstva nužno je morao imati određenu vještinu u području utvrđivanja međa i mjeriteljstva. U romanistici već dugo postoji jedinstveno shvaćanje da taj *arbiter* mora imati stručna znanja i da, kad god bi se tijekom bilo kojega razdoblja rimske pravne povijesti pojavio spor o međama ili potreba diobe, to se rješavalo pred kompetentnim osobama. Pritom se misli na *agrimensores*, *gromatici*, *mensores*, *finitores*, ali čak i na osobe koje nisu imale to svojstvo, nego su bili pojedinci nestručnjaci, ali takvi koji su poznavali međašne odnose, stanje stvari, osobe u sporu i dr.<sup>45</sup> U matičnoj zajednici kojoj pripadaju stranke u sporu to je mogao biti stariji uglednik i autoritet, susjed, sumještani, krvni srodnik, lokalni uglednik koji je djelovao kao *endoploratus* jer je želio i nastojao da svojom

<sup>41</sup> U prijevodu: *Koju li težinu imaju riječi: 'da ne bih zbog tebe ili povjerenja tebi ukazana bio oštećen ili prevaren'. Nisu li zlatne riječi da među dobrim ljudima treba postupati dobro i bez prijevarnosti. Ali vrlo je upitno što znači biti 'dobar' i što znači 'dobro postupati'. Kvint Scaevola, vrhovni svećenik, govorio je da sva arbitria kojima je pridodano 'u dobroj vjeri' imaju najveći ugled, a smatrao je i da pojam fides ima vrlo široku primjenu jer se pojavljuje kod tutele, ortaštva, fiducije, ugovora o nalogu, kupnje i prodaje stvari, različitih ugovora o najmu i kod svih odnosa o kojima ovisi postojanje društvene zajednice. U takvim stvarima traže se od suca velike sposobnosti da odluči o doseg u obveze svakoga subjekta prema nekome drugome subjektu, posebno kada se dopuštaju i protuzahatjevi. Cicero, *De officiis* 3, 70.*

<sup>42</sup> Göttlicher, D., R., *Auf der Suche nach dem gerechten Preis: Vertragsgerechtigkeit und Humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, V&R unipress, Göttingen, 2004, str. 34.

<sup>43</sup> Schmidlin, B., *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*, *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Harder, M., Thielmann, G. (ur.), Duncker & Humblot, Berlin, 1980, str. 361.

<sup>44</sup> *Zakonik XII ploča*, tab. 7 (5b) prema Seneca, *De legibus* 1, 21, 55.

<sup>45</sup> Romac, A., *Zakonik dvanaest ploča*, Latina et Graeca, Zagreb, 1994, str. 130 (br. 16); Mommsen, T., *Zum römischen Bodenrecht*, *Hermes*, br. 27, 1892, str. 79–117; Scattola, M., *Die Grenze der Neuerzeit, Die Grenze: Begriff und Inszenierung*, Bauer M., Rahn, T. (ur.), Akademie Verlag, Berlin, 1997, str. 43; Dilke, O. A. W., *The Roman Surveyors, Greece & Rome*, 2. ser., vol. 9, br. 2, 1962, str. 173. Vidjeti: Ovidius, *Metamorphoses* 1, 136; Cicero, *De lege agraria / Contra Rullum* 2, 13; Plautus, *Poenulus*, prologus 49.

prijateljskom intervencijom okonča spor u zajednici u kojoj je živio.<sup>46</sup> G. Brogginini navodi da je uloga takva prvotnog oblika arbitra (kako ga sam naziva *Die primitive Figur des arbiter*) bila biti nazočan kod rješavanja sporne stvari i okončati je.<sup>47</sup>

Drugi podatak o tome da je, osim što je *bonus vir*, arbitar mogao biti stručnjak ili osoba s odgovarajućim vještinama za rješavanje spora nalazi se također u *Zakoniku XII ploča*. Šest stoljeća nakon objave Zakonika to pravilo iznosi Gaj upućujući da se sporovi o obvezama koji proizlaze iz stipulacije rješavaju pred sucem u sudskom postupku ili pred arbitrom izvan okvira parnice (*Per iudicis arbitrive postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicut lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*).<sup>48</sup> Pravilo upućuje da je riječ o alternativnoj mogućnosti pretorova izbora te da *iudex* i *arbiter* nisu sinonimi. H. F. Jolowicz i B. Nicholas smatraju da alternativna mogućnost izbora *iudex* ili *arbiter* znači da se sudac određivao kada se odlučivanje svodilo na „da ili ne“, dok se arbitar imenovao onda kada je trebalo dopustiti i slobodu propitivanja slučaja te spornih činjenica (*facultas*).<sup>49</sup> To je većinom zahtijevalo i neka posebna arbitrova tehnička znanja ili osobite vještine. Potrebu razlikovanja *iudex* i *arbiter* naznačuje daljnji navod Gajevih *Institutiones* u svezi s legisakcijom *per iudicis arbitrive postulationem*, i to u slučaju kada dolazi do diobe nasljedstva (*de hereditate dividenda*) ili diobe suvlasništva (*de aliqua re communi dividenda*): *Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*.<sup>50</sup> Gaj izriječno navodi da kod tih zahtjevnijih diobenih pravnih radnji (*iudicia divisoria*) djeluje samo *arbiter*.

Arbitar je u tome smislu i ekspert, međutim, nije ga u arbitražama autorizirala njegova vještina, već svojstvo *bonus vir*, koje mu je pridavala zajednica. Čini se da je težnja bila da se različiti *homines periti* (koje zajednica nužno može zatrebati) prema svima u toj zajednici kvalificiraju kao *boni viri* i da ih onda kao takve stranke u sporu izabiru *in casu concreto* radi rješavanja spora. Ta vještačka (stručna, ekspertna) odrednica prvotnoga arbitra u arhaično doba neće biti samo iskon arbitraže, nego će ostati konstantom u izvansudskom rješavanju sporova u rimskom pravu za sve sporne odnose utemeljene na rimskoj *fides bona* koji su u ovome radu prethodno za klasično doba spomenuti u bilješci 25, a za pretklasično (pretorsko) doba u prethodno citiranom Ciceronovu osvrtu na shvaćanja Kvinta Mucija Scevole.

---

<sup>46</sup> Martino, P., *op. cit.* u bilj. 4, str. 27–28; Brogginini, G., *op. cit.* u bilj. 55, str. 40; KASER, M., 1949, 208, 213, 337.

<sup>47</sup> Brogginini, G., *op. cit.* u bilj. 55, str. 111.

<sup>48</sup> *Zakonik XII ploča*, tab. 2 (1) prema Gaius, *Institutiones*, 4, 17.

<sup>49</sup> Brogginini, G., *op. cit.* u bilj. 55, str. 9; Jolowicz, H. F., Nicholas, B., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 3. izd., Cambridge University Press, Cambridge, 1972, str. 182–183. Kelly, J. M., *Studies in the civil judicature of the Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1976, str. 117–119; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1990, str. 289–290; Wenger, L., *op. cit.* u bilj. 27, str. 60–61.

<sup>50</sup> U prijevodu: *Kada dolazi do diobe ostavine između sunasljednika, isti zakon nalaže da se postupa per iudicis postulationem. Jednako određuje Licinijev zakon ako se spor vodi glede diobe zajedničke stvari (koja je predmet suvlasništva). U takvim pravnim stvarima rješavanje (spora) zatražit će se od arbitra. Gaius, Institutiones, 4, 17a.*

Opisani koncept arbitra, oblikovan u društvenoj sredini i pod njezinim izrazitim pritiskom, odražava provenijenciju tih arbitraža izvan rimskoga prava, a u uvjetima kada je ona postala njegov dio društveni je pritisak svojevrsna kompenzacija činjenice da u te arbitraže pretor ili bilo koji drugi magistrat nije intervenirao.

#### 4. OSTVARIVANJE ARBITRAŽNOG PRAVORIJEKA POD PRITISKOM ZAJEDNICE

Pravorijek koji donosi *arbiter bonus vir* treba sagledavati i vrednovati s dva različita gledišta. Jedno je gledište rimskoga prava, koje čitavu tu arbitražu poima pravno irelevantnom jer se temelji na sporazumu koji nije bio ugovor, već pakt (*nudum pactum, conventio, consensus*) sa značenjem usmenog, prigodnog i pravno nesankcioniranoga dogovora u kojemu su stranke izrazile volju da rješavanje spora prepuste nekoj osobi koja će djelovati kao *arbiter*. Njime se specificirao predmet spora, provodilo se imenovanje arbitra i davala su se uzajamna obećanja utemeljena na *fides* da će se odluka arbitra poštovati i ostvariti. Zbog takve provenijencije arbitraže pravorijek nije rezultirao ničim formalno obvezujućim. Zahtjevi pojedine stranke iz takva pravorijeka u rimskom pravnom poretku nisu bili ostvarivi sudskim putem niti je odluka mogla biti ovršni naslov.<sup>51</sup>

Takav koncept arbitraže sve do početka Principata nije u većoj mjeri bio izložen izazovima. Doduše, Katon 60-ih godina II. stoljeća pr. Kr. nagovještuje u „De agricultura“ da, ako koja od stranaka ne bi bila zadovoljna odlukom arbitra kojom je riješen spor iz ugovora o najmu, jedino što je mogla bilo je otići u Rim i ondje zatražiti donošenje sudske odluke. U obrazac ugovora o davanju u zakup zimskih pašnjaka umetnuo je odredbu da, ako se pojave sporovi (*controversiae*) zbog odluka arbitara *boni viri*, neka se u Rimu donese sudska odluka (*Romae iudicium fiat*).<sup>52</sup> Ta Katonova tvrdnja upućuje na to da, gledajući iz perspektive rimskoga prava, stranke nisu bile pravno vezane pravorijekom arbitra *boni viri* te da su u istoj stvari, ako su bile nezadovoljne njime, mogle pokrenuti sudski postupak u Rimu.<sup>53</sup> Međutim, stoljeće nakon tih Katonovih tvrdnji Ciceron pruža osvrt na te arbitraže pozivajući se na shvaćanje Kvinta Mucija Scevole (i iznova ga time afirmirajući) da one imaju najveći autoritet upravo stoga što se temelje na *fides bona*.<sup>54</sup> Time Ciceron potvrđuje da u posljednjim desetljećima Republike one čine stvarnost u rješavanju sporova u rimskoj državi, što navodi na zaključak da su one tada još uvijek – premda već postoji i razvija se arbitraža *ex compromisso* – održive, funkcionalne i izrazito prisutne u praksi.

Drugo je gledište na pravorijek koji donosi *arbiter bonus vir* „iznutra“, tj. iz perspektive same zajednice, a izvan dosega rimskoga prava. U tim okvirima pravorijek nije vlastita

---

<sup>51</sup> Ulpianus, Digesta 2.14.1.2. 37.; 2.14.7.4.; 4.8.11.4. Guarino, A., *op. cit.* u bilj. 12, str. 937–939; Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 790–791; Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, str. 508, 537.

<sup>52</sup> Cato, *De agricultura*, 149.

<sup>53</sup> Iscrpno o tome s naznakom svih relevantnih izvora vidi: Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 792.

<sup>54</sup> Cicero, *De officiis* 3, 70.

stvar dvije stranke i arbitra, nego je sada riječ o pitanju koje je *publicum*, kao i sama ta arbitraža. Konceptualno to je jedina (ali i najčvršća) garancija ostvarivanja pravorijeka, a samim time funkcioniranja i uopće održivosti arbitraža *boni viri*. U biti se svodi na snažan društveni pritisak zajednice koja, zato što kvalificira nekog kao *bonus vir* i osigurava koherentnost te arbitraže, ima najveći interes da se pravorijek izvrši. To zajednica ne čini formalnopravno institucionaliziranim putem, nego društvenim pritiskom.

Osobni autoritet arbitra koji mu je dodijelila zajednica bio je ključna garancija poštovanja odluke.<sup>55</sup> Imajući u vidu da je bio *bonus vir* autoriziran od javnosti, a zasigurno je ipak većinom bio uzoran i ugledan član nevelike, tradicionalne te razmjerno zatvorene seoske zajednice, čini se logičnim da su stranke ispunjavale njegovu odluku, pa čak i ako je nisu smatrale pravno utemeljenom ili njome nisu bile zadovoljne. U naznačenom je kontekstu arbitrova osoba (koja utjelovljuje sve *publicum* i pritisak zajednice) baš ta silnica koja ostvarivanje pravorijeka čini izvjesnim.

Daljnji čimbenik koji uvjetuje ostvarivanje pravorijeka arbitra koji je donio *bonus vir* jest neposredan društveni pritisak same zajednice, koji je neovisan o arbitru. Arbitar je čovjek kojega je designirala zajednica. Arbitražni sporazum sklapa se među ljudima koji se poznaju, a sama se arbitraža također odvija među sumještanima, koji se također otprije poznaju i kojima ništa u zajednici ne može ostati nepoznato. I *arbiter* je osoba koja je otprije svima poznata, ako ni zbog čega drugoga, onda stoga jer ga zajednica kvalificira kao *bonus vir*. Činjenice poput postojanja spora, sporazuma o njegovu arbitražnom rješavanju, izbora arbitra, provođenja postupka i donošenja pravorijeka bile su poznate svim članovima zajednice. To je proces koji nije privatn, nego u konkretnoj zajednici pripada sferi koja je čisti *publicum*. Budući da je arbitraža *boni viri* barem nominalno u sebi objedinila pravičnost zajednice, običaj i mjesnu *fides* kao osnovicu rješavanja spora, krjeposno postupanje u skladu s navedenim načelima bilo je podvrgnuto osobitoj društvenoj kontroli zajednice sumješтана. Ne podvrći se i ne izvršiti odluku arbitra *boni viri* značilo je prizvati na sebe teške posljedice društvenoga gnjeva, osude i prijezira. Ne ispuniti odluku smatralo bi se neprimjerenim i nemoralnim te bi zasigurno dovodilo do etiketiranja stranke kao *turpis personae*. Takva osoba bila bi osuđena javnim mnijenjem, stizala bi je faktična infamija (*infamia facti*), odnosno loš glas, te s njim povezan faktični gubitak svih ili dijela pravâ u zajednici. Takav bi čin na osobu koja bi iskazala nevoljkost za izvršenje pravorijeka prizvalo izolaciju i svojevrsno zanemarivanje ili čak stavljanje izvan prava.<sup>56</sup>

U rimskim izvorima I. stoljeća dokumentiran je slučaj arbitraže *boni viri* u kojem je nezadovoljna osoba jednostavno zanemarila pravorijek. Riječ je o glasovitu slučaju imućnika Asudija Kurijana. U bitnome Asudije Kurijan dogovorio se s trojicom arbitara –

<sup>55</sup> Kaser, *op. cit.* u bilj. 35, str. 42; Kaser, M., Hackl, K., *op. cit.* u bilj. 10, str. 59.

<sup>56</sup> O infamiji vidi: Ulpianus, Epitome 13; Iulianus, D.3.2.1; Ulpianus, D.3.2.2; Gaius, D.3.2.3; Ulpianus, D.3.2.4; Modestinus, D.23.2.42; Paulus, D.23.2.47. Kaser, M., Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 73, 1956, str. 220–278. Cjelovito o tome vidjeti: Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 790–792.

ljudi koje je poznavao i koji su prema njegovu shvaćanju bili *boni viri* – da donesu odluku u imovinskoj nasljednoj stvari njegove majke, u kojoj nije mogao potraživati nasljedstvo jer ga je ona iznaslijedila. Imenovao je arbitre apriorno očekujući da će donijeti pravorijek u njegovu korist, no dogodilo se suprotno jer su arbitri potvrdili valjanost i opravdanost iznasljeđivanja. Na to je Asudije Kurijan, nezadovoljan ishodom, samo zanemario pravorijek i krenuo osporavati iznasljeđivanje pokrenuvši parnicu.<sup>57</sup> Taj je slučaj privukao pažnju romanistike zbog niza razloga povezanih s arbitražom *boni viri*,<sup>58</sup> no za ovaj je tekst zanimljiv jer pokazuje da u gradu Rimu u drugoj polovini I. stoljeća u imućnim slojevima ne postoji nikakav društveni pritisak ili moralne silnice da se pravorijek arbitara *boni viri* izvrši.

Kako je s gledišta rimskoga prava riječ o nečemu posve privatnom, ne dođe li do dobrovoljnog izvršenja pravorijeka, čitava arbitraža postaje besmislenom i nesvrhovitom. *A contrario*, pokazuje se da je u ranijim razdobljima, dok je ta vrsta arbitraže bila djelotvorna, društveni pritisak činio izvršenje pravorijeka ne dobrovoljnim činom, nego činom duboko uvjetovanim i obvezujućim, tj. takvim koji se očekivao, a osoba ga je morala izvršiti bespogovorno i u cijelosti. Slučaj Asudija Kurijana pokazuje sve razloge zbog kojih se arbitraža *boni viri* u klasično doba umnogome povukla iz prakse pred arbitražom *ex compromisso*. Posebno u velikim gradovima i društveno nehomogenom kontekstu nije postojala nijedna garancija da će se arbitrov pravorijek izvršiti. Potonje, dakako, nije pitanje rimskoga prava *stricto sensu*, nego izostanka društvenoga pritiska, uslijed čega je taj način rješavanja sporova izgubio sve *publicum*, što je tradicijski imao u malim seoskim zajednicama središnje Italije. U klasično je doba upravo zbog neizvjesnosti izvršenja pravorijeka i ovisnosti toga o proizvoljnosti u pukom vlastitu nahodanju nezadovoljne stranke određivanje te vrste arbitraže zapravo bilo izrazito aleatorno, pa se stoga održalo samo u odnosima među bliskim osobama, pravnim situacijama s izraženim afektom i takvima koji su i u Principatu počivali na izraženoj *bona fides*.<sup>59</sup> Stoga su stranke u sporu, koje su za njegovo rješenje ugovarale arbitražu *boni viri*, cijelo vrijeme bile u neizvjesnosti hoće li stranka koja je izgubila spor dobrovoljno ispuniti arbitrovu odluku. Riječ je o riziku koji su stranke svjesno prihvaćale sporazumijevajući se o tome načinu rješavanja sporova.<sup>60</sup>

U klasično doba pravnik Prokul ukratko je razložio samu bit arbitraže *boni viri* stavivši je u opreku prema onoj koja se provodila *ex compromisso*. Sagledao ju je prvenstveno s

<sup>57</sup> Slučaj je opisan u pismu Plinija Mlađeg (63./64. – cca 114. godine) upućenome Aniju Severu. Gaius Plinius Maior, *Epistulae* 5, 1 (Annio Severo). Vidi također: Gaius, *Institutiones* 2, 127; Ulpianus, *Regulae* 22, 16.

<sup>58</sup> Roebuck, D., De Loynes de Fumichon, B., *op. cit.* u bilj. 1, str. 62–63; Ziegler, K.-H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 159–161; Kaser, M., *op. cit.* u bilj. 66, str. 28, 40, 58.

<sup>59</sup> *In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.* U prijevodu: *U izloženoj situaciji treba izvršiti odluku boni viri, to više što se akcija pro socio temelji na dobroj vjeri.* Proculus, *Digesta* 17.2.78. Vidi: Nehlsen-von Stryk, K., *op. cit.* u bilj. 36, str. 263; Roebuck, D., Loynes de Fumichon, B., *op. cit.* u bilj. 1, str. 54–55. Ispunjenje odluke arbitra *boni viri* ovisilo je o *bona fides* ugovaratelju. Sporovi proizišli iz ugovornih odnosa s uporištem u *bona fides* u klasičnom, pa i postklasičnom razdoblju, rješavali su se arbitražama *boni viri*.

<sup>60</sup> Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 2, str. 795.

obzirom na pravorijek iznijevši da s gledišta rimskoga prava ne postoji obveza podvrgavanja arbitraži *boni viri* premda arbitar u njoj ima obvezu riješiti stvar držeći se shvaćanja o objektivnoj pravednosti. Izostanak obveze izvršenja duboko u klasično doba zapravo je odraz izostanka društvenog pritiska sredine, što je u romanistici primijećeno i mnogo komentirano kao razlikovnost tih vrsta arbitraže.<sup>61</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Arbitražu *boni viri* treba sagledavati s više posve različitih gledišta jer je svako od njih kvalificira u bitnome drugačije. Doktrinarni pristup romanistike, koji polazi od rimskoga prava i vrednuje je u okvirima rimskoga pravnog poretka, okvalificirat će je kao čisto privatni način rješavanja sporova, koji se događao izvan sudskoga postupka. Stoga će arbitraža *boni viri*, što odražava i shvaćanja rimskih klasičnih pravnika, imati obilježje apsolutno privatnoga postupka, tj. takva u kojemu javnopravni upliv Rimljana nikada nije postojao. Ipak, takav pogled dolazi „izvana“ i u supstancijalnom smislu te u kontekstu objektivnih stvarnosti tih arbitraža ne odgovara onome što su one stvarno bile niti odgovara njihovu smislu, funkciju i cilju.

Ako se te arbitraže kontekstualiziraju, tj. ako se sagledavaju s obzirom na mjesto gdje su nastale i gdje su činile objektivne stvarnosti, zaključak o njihovoj naravi posve je drugačiji od rezultata njihova doktrinarnog sagledavanja. Pogled iz zajednice (iznutra) otkriva da u njima nema ničega što bi bilo *privatum*, već svaka njezina odrednica ima provenijenciju u *publicum*. A taj *publicum* društvena je sredina, tj. matična zajednica sa svojim običajnim konstelacijama, psihološkim odrednicama i društvenim pritiscima. I tu postoje određene pravilnosti: što je zajednica homogenija i što njezin društveni pritisak veći, to je u arbitraži manje forme, a izvršavanje je pravorijeka dosljednije. Što je taj pritisak veći, to je arbitraža više *ad hoc*, no s druge strane ona je od slučaja do slučaja u većoj mjeri standardizirana. Naposljetku, što je taj pritisak veći, autonomija pojedinca beznačajnija je te u konačnici predstavlja samo dogovorno uobličavanje onoga što je javno zadano.

Donekle to vrijedi i za kvalifikaciju *bonus*, koja se odnosi na arbitra. *Bonus* je vlastita i pravna kvalifikacija, a ne objektivni kriterij, koji nužno odgovara stvarnosti. *Bonus* je produkt zajednice, to je kvalifikacija morala koji za pojedinca izgrađuje zajednica, a ne objektivna vrijednosna prosudba. Kako sve povezano s *bonus* pripada zajednici i proistječe iz nje, arbitraže *boni viri* bile su održive i stoljećima su besprijekorno funkcionirale. Činjenica da je arbitar *bonus* odražava se na njegove ovlasti, koje su široko

---

<sup>61</sup> *Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.* U prijevodu: Postoje dvije vrste arbitara: jedni čijim se odlukama moramo podvrgavati neovisno o tome jesu li pravične ili nisu (kada se arbitraža ugovorila ex compromisso), drugi čije su odluke poput odluka arbitara *boni viri*, premda je poimence imenovana osoba koja donosi arbitražnu odluku. Proculus, Digesta 7.2.76. Vidi: Steph., *Schol. BS 526/18; Basilicai* 12.1.74. Fowler, L., *Forms of Arbitration*, Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law, MIC C/5, Vatican, 1976, str. 133–147; Nehlsen-von Stryk, K., *op. cit.* u bilj. 36, str. 263.



postavljene, pa on spor može riješiti kako god smatra prikladnim i oportunim, pri čemu se pravorijek uopće ne mora svoditi na adjudikaciju, a u praksi se vjerojatno ponajčešće i nije svodio na nju.

Rimski pravni i nepravni izvori dobro dokumentiraju povijest izvršavanja pravorijeka koje su donijeli *arbitri boni viri*. Sudbina pravorijeka nakon donošenja možda i ponajbolje odražava dinamiku postojanja tih arbitraža. Dokle god su arbitraža i njezin pravorijek rezultat mjesnosti i koherentne zajednice, dotle se pravorijek bespogovorno izvršava. Prva značajnija širenja rimske države donose i prve izazove, što se pouzdano iščitava iz Katonova djela „De agricultura“, no temeljem navoda Cicerona i Kvinta Mucija Scevole proizlazi da će slabljenje društvenog pritiska prijeći kritičnu točku održivosti tih arbitraža nakon republikanskoga doba, tj. negdje sredinom I. stoljeća, dakle u prvim desetljećima Principata. Potonje posve odgovara povijesti širenja rimske države, koje će sa sobom donijeti razbijanje homogenosti italskih zajednica i umnogome povlačenje društvenog pritiska, što će neposredno rezultirati i smanjenjem zastupljenosti baš te vrste arbitraže u pravnoj praksi klasičnoga doba. Slabljenje kohezije društvenih zajednica, njihove unutarnje psihologije i pritisaka na članove dovest će do afirmacije jednoga sasvim novoga oblika arbitraže – one ugovorene *ex compromisso*.

## **SOCIAL PRESSURE AND ARBITRATION *BONI VIRI* IN ROMAN LAW**

*Arbitration boni viri was a type of arbitration in Roman law. Scholars most often describe it as purely private means of dispute resolution conducted beyond the constraints of the Roman ordinary jurisdiction. It is also said by scholars to be of an ad hoc nature and that it was never legally sanctioned under Roman law because Roman public authorities never intervened in it. It is often argued that it functioned on a case-by-case basis with the significant characteristics of the particular location where it took place. Dispute resolution using this type of arbitration could be achieved through adjudication, but more often this happened through various other means that did not necessarily signify that an arbiter had to decide who was right and who was wrong. The former view of boni viri arbitration is how Roman law perceived it. If another view is taken, i.e. if this type of arbitration is described from the inside – from the internal relations of the community where it took place and which essentially created it – its legal qualification is substantially different. Everything associated with arbitration boni viri resulted from the community and social pressures which emerged directly from the traditional (customary) legal regimes that specifically belonged to it. The former stance indicates that this particular type of arbitration should be evaluated and adequately qualified within the social realities in which it appeared and in which it functioned. Given such views, it becomes clear that this type of arbitration was the result of public justice which was achieved primarily through the social pressures of the community in question. This paper analyses arbitration boni viri following the importance that the social surroundings had on its operation, specifically examining the social pressures which conditioned the definition of bonus vir, the founding of the arbitration court, the practical operation of such arbitration and, finally, the execution of the arbitral award.*

Keywords: arbitration, arbitration boni viri, arbitration ex compromisso, Roman law, arbitral award, social pressure

**Ivan Milotić**, PhD, full professor at the Department of Roman Law, University of Zagreb Faculty of Law

# THE CURRENT AND DEVELOPING REGULATORY FRAMEWORK OF INFORMATION SECURITY IN THE EU AND THE REPUBLIC OF CROATIA

Review article

UDK 34:004.3/.4(497.5:4 EU)  
340.5

Received: November 2, 2023

Tihomir Katulić\*

Hrvoje Lisičar\*\*

---

*Information security involves ensuring the reliable, confidential and trustworthy operation of information systems and preserving the availability and reliability of data. Its framework and content are increasingly regulated by law. Research consistently shows that the number of attacks on information systems as well as data breaches is rising. Information security practices are no longer just a matter of recognised industrial self-regulation standards but are instead increasingly the focus of legislators in the European Union as well as in comparative law. In the last five years, the regulation of information security in the European Union has undergone significant changes and expansion through numerous regulations, directives and legislative proposals that are still under development. This paper provides an overview and basic analysis of the current positive legal framework for information security in the European Union and the Republic of Croatia from substantive and institutional aspects. Specific regulations containing provisions in the field of information security are listed chronologically, and de lege ferenda proposals are also considered.*

Keywords: information security, NIS Directive, NIS2, Cybersecurity Act, GDPR

---

## 1. INTRODUCTION

Information security has become an integral part of our digital society practices. It involves protecting information from unauthorised access, disclosure, disruption, modification, or destruction, thus ensuring confidentiality, integrity, and availability.<sup>1</sup>

In the European Union (EU), the regulation of information security has emerged as a critical part of its broader digital policy framework. The reasons range from obvious requirements of transition into the digital, information society, such as the growing reliance on digital platforms and massive electronic data processing technologies and services. In turn, this requires a trustworthy and safe environment to ensure the protection of sensitive and personal data.

---

\* Tihomir Katulić, PhD, Associate Professor at the Department of Information Technology Law and Informatics, University of Zagreb Faculty of Law

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

<sup>1</sup> S. Samonas, "The CIA Strikes Back: Redefining Confidentiality, Integrity and Availability in Security", *Journal of Information System Security*, Volume 10, Number 3, 2014, pp. 21-45.

According to research on the nature and trends of cybercrime, which are periodically conducted by EU agencies such as Europol and ENISA,<sup>2</sup> one of the fundamental characteristics of cybercrime is its positive correlation with the availability of information technologies and the ease of their use.

Research consistently shows that the number of attacks on information systems as well as data breaches is rising.<sup>3</sup> Cyberattacks, data breaches, and other security incidents can lead to significant economic and societal harm, disrupting essential services, eroding trust in digital platforms, and potentially infringing privacy and data protection rights. In addition to complex attacks that require perpetrators to have a high level of technical knowledge, mass attacks by perpetrators with a relatively low level of technical knowledge, as well as attacks perpetrated using computers and other devices connected to the internet without the knowledge of their owners or authorised users, are becoming increasingly common. In recent years, according to ENISA data, there has been a noticeable increase in attacks through the use of malicious programs (malware), particularly a specific type of malicious program – ransomware – that is, a malicious program that, like computer viruses, infects the information system and then encrypts user data with strong encryption algorithms, making them unreadable by system users. According to other researchers, damage from the use of this category of malicious programs alone exceeds on the global level EUR 5 billion. At the same time, this current form of cybercrime represents only a small share of total activity. According to some estimates, the total damage to the world economy caused by cybercrime exceeds USD 3,000 billion dollars.<sup>4</sup>

In general, it can be concluded that the proliferation of information technologies, especially software and services intended for communication and data exchange via the internet, has indirectly strongly contributed to the development of a new generation of sophisticated malicious programs that can be used for precise and efficient attacks on data and information systems.<sup>5</sup> Thus, according to data from the European Commission, over 80 percent of European companies suffered at least one attack on information systems in the previous year and the total number of attacks according to the same report increased by almost 40 percent compared to the year before.<sup>6</sup> The scale of cybercrime, especially the so-called *dark figure of cybercrime*, the number of committed but

---

<sup>2</sup> ENISA – European Network and Information Security Agency, [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu).

<sup>3</sup> The ENISA Threat Landscape is a yearly assessment of the state of the cybersecurity threat landscape. The report presents and analyses recognised high risks, significant trends in threats, threat actors, and attack methods, along with impact and motive analysis. It also lists recommended mitigation strategies. The report is available at <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2022>

<sup>4</sup> According to Fortinet Cybersecurity Statistics 2022, available at <https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/cybersecurity-statistics>. See CISCO and Cybersecurity Ventures. Report available at: <https://cybersecurityventures.com/ransomware-damage-report-2017-5-billion>.

<sup>5</sup> M.G. Porcedda, “Patching the Patchwork: Appraising the EU Regulatory Framework on Cyber Security Breaches”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 34(5) 2018, p.1077.

<sup>6</sup> ISACA report “State of Cybersecurity”, available at <https://www.isaca.org/go/state-of-cybersecurity-2021>.

undiscovered or unreported incidents, represents a significant problem for societies in transition to a post-industrial, information society.<sup>7</sup>

Information security involves ensuring the reliable, confidential and trustworthy operation of information systems and preserving the availability and reliability of data. Its framework and content are increasingly regulated by law. In this sense, modern legislation considers different approaches to the regulation of information security, i.e. ensuring the confidentiality, integrity and availability of information systems and data as its fundamental paradigm. There is significant literature on the subject of the governance of information security, as well as what constitutes information security governance.<sup>8</sup>

European lawmakers have repeatedly tried to lay the foundations of the European information security protection system through normative intervention. The results of these efforts have been somewhat incomplete and deficient. The cause of this should be sought in the legal basis of information security regulation, the connection of this topic with the broader topic of national security, and not within the competence of the European legislators, and in the selected instruments of the implementation of the *acquis* in the legislation of the Member States.<sup>9</sup>

It is clear, from a practical point of view, that without adequate cooperation of the Member States of the Union, regularly across national borders, among all the participants participating in the services of the information society, the goal of having effective measures to prevent future incidents and attacks may be unreachable.

In this paper, we will refer to and present a series of regulations that make up the European legal *acquis* in the field of information security. Previously, where the Directive on the protection of network and information systems (the so-called NIS Directive), adopted by the European Parliament in July 2016, used to take centre stage, now there are several Directives and Regulations that not only define the scope of information security provisions, the institutional framework at the European and Member State level, but also the specific requirements in sectors of public and private institutions and enterprises. This proverbial *legislative tsunami* of sorts is a reflection of the Commission's awareness of the need to coordinate information security activities in the territory of the Member States.

Of course, legislative efforts are not the only method of political action. For the purpose of improving the overall state of European information security, significant funds are being earmarked for research and innovation programmes in the field of information security,

---

<sup>7</sup> D. Dragičević, N. Gumzej, M. Jurić, T. Katulić, H. Lisičar, "Pravna informatika i pravo informacijskih tehnologija", *Narodne Novine*, Zagreb, 2015, p. 171.

<sup>8</sup> S. AlGhamdi, W.K. Than, E. Vlahu-Gjorgievska, "Information Security Governance Challenges and Critical Success Factors: Systematic Review", *Computers&Security*, Vol. 99, 2020.

<sup>9</sup> D. Markopoulou, V. Papakonstantinou, P. de Hert, "The New EU Cybersecurity Framework: The NIS Directive, ENISA's Role and the General Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review*, Vol. 35(6), 2019.

in order to encourage European companies towards a higher level of activity on the market of information security products and services, where the Union lags significantly behind the USA and East Asian countries. The EU has also adopted several general policy documents, such as the European Cybersecurity Strategy, the Digital Single Market Strategy, and the European Agenda on Security.<sup>10</sup>

These documents emphasise the need for the Union to remain a globally recognised factor in the field of cyber security and as such to continue to protect the rights of European citizens and European companies in cyber space from various abuses, regardless of whether they are ordinary cybercrime, organised crime, or cyber warfare operations intended to gain access to the information systems of European companies and institutions or to sabotage European information resources, services and data.

New trends in the development of information and communication technologies, especially the *Internet of Things*, *Big Data*, cryptocurrencies and microtransactions, smart materials, machine learning and work on artificial intelligence hold great promise. The complete digital transformation of business (digital transformation) requires that the issue of cyber and general information security becomes an integral part of European policies in all relevant areas.

## 2. BASIC CONCEPTS OF THE REGULATION OF INFORMATION SECURITY

Information security can be seen as a set of strategies for managing procedures, tools and establishing a security policy to prevent, detect and record threats to (typically digital) data. The International Standards Organization (ISO) 27000:2009 standard defines information security as preserving the confidentiality, integrity and availability of information.<sup>11</sup> The international organisation ISACA (the Information Systems Audit and Control Association) defines information security as the activity of ensuring access to precise and complete information (integrity) by only authorised users (confidentiality) at the moment when the information is needed (availability).

Some authors associate information security with risk management, so their definition of information security implies that it is a risk management method whose task is to manage the cost of the risk that information represents for a business activity.<sup>12</sup> Others define information security as the activity of protecting (confidentiality) information and minimising the risk of exposing information to unauthorised persons.<sup>13</sup> In any case, it can be concluded that information security is actually the name for a broad multidisciplinary

---

<sup>10</sup> Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market>.

<sup>11</sup> ISO 27001 standard, 5th edition 2018, p. 4, available at: [http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/c073906\\_ISO\\_IEC\\_27000\\_2018\\_E.zip](http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/c073906_ISO_IEC_27000_2018_E.zip)

<sup>12</sup> B. Blakley, E. Mcdermott, D. Geer, "Information Security Is Information Risk Management", Proceedings of the Workshop on New Security Paradigms, 2001, p. 97.

<sup>13</sup> H.S. Venter, J.P. Eloff, "A Taxonomy for Information Security Technologies", Computers & Security, Vol. 22(4), 2003, pp. 299-307.

field that includes the development and use of a wide variety of security mechanisms (technical, organisational, legal, etc.) in order to protect information and information systems from various threats inside and outside the organisation and system. As we increasingly accept and use information security in our daily work, the concept of information security is increasingly becoming an integral part of various aspects of the information society.

The use of information technologies entails exposure to various dangers. Any system we use to access data, collect data or process it can potentially become a victim of an attack. Common to all the above definitions is the need to protect data and systems from attacks by those who would like to misuse them. In the literature, the question arises about when we are really safe, that is, when we have ensured an adequate level of security.<sup>14</sup> It is not possible to give an unequivocal answer to this issue. The complexity and sophistication of information systems imply a potentially high number of vectors (directions) of attacks on the system, from attacks at some level of the network base, through the exploitation of vulnerabilities in the operating system or the hardware of the information system itself, to attacks at the local or internet application level, etc. One of the ways to approach the problem stems from the so-called CIA paradigm, that is, the concept of ensuring confidentiality, integrity and availability of data (confidentiality, integrity and availability).<sup>15</sup>

Confidentiality as part of the CIA triad represents a concept that resembles, but is not identical to, privacy. It is the ability to protect data from unauthorised access by persons who do not have permission to access that data. Confidentiality is an integral part of the concept of privacy, but privacy represents a broader concept in terms of content. How can data confidentiality be violated? A hacker who intercepts a client's communication with a bank or other financial institution, a user who loses a mobile phone or other electronic device which is then accessed by an unauthorised finder, or simply unauthorised access to documents marked confidential by a person who does not have a legal or contractual basis for accessing the data contained in them are simple and everyday examples of data confidentiality violations.

Data integrity refers to the ability to preserve data in its original form without the possibility of unwanted or unauthorised changes that could lead to data deletion or change. In order to ensure the integrity of the data, it is necessary to have not only mechanisms to prevent integrity violations, but also data recovery mechanisms, such as exist, for example, in the file systems of modern operating systems.

Finally, the last aspect is availability, that is, the ability to access data as needed, at the moment when there is a need for it. The lack of availability can occur due to problems in the operation of the information system, its operating system or applications, problems

---

<sup>14</sup> J. Andress, *The Basics of Information Security: Understanding the Fundamentals of InfoSec in Theory and Practice*, Elsevier, 2011, p. 3.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 4.

with the supply of electricity, a network attack or the compromise of individual parts of the information system, etc. The increasingly frequent denial of service attacks are typical examples of external attacks on the availability of data and information systems.

### 3. DEVELOPING THE EU LEGAL FRAMEWORK OF INFORMATION SECURITY

One of the goals of this paper is to provide an overview of key European documents that contain important measures for raising the European and national level of information security. Since the early 1990s, the European legislator has repeatedly tried to regulate the obligations of Member States in terms of maintaining an adequate level of information security, with variable success.

These efforts especially intensified in the previous decade. The European Information Security Strategy was adopted in 2013. Its main task was to strategically determine the objectives of the European Commission in the field of information security protection and to ensure the adequate resilience of the Union and Member States' systems to the growing threat of cyberattacks and cybercrime.<sup>16</sup>

The Strategy outlines as its basic goals:

- activities in the field of strengthening resistance to cyberattacks;
- the fight against increasingly widespread cybercrime;
- the development of a common European defence policy in cyberspace;
- the development of industrial and technological resources for cyber security;
- the development of a coherent common international policy for the regulation of cyberspace on the territory of the EU, which would include fundamental European values.<sup>17</sup>

Following the adoption of the Strategy, the European Commission in 2015 adopted the European Security Agenda for the period from 2015 to 2020, aware that the seemingly unstoppable rise of cybercrime demands a coordinated response by Member States.

The Agenda proposed that Member States increase their efforts in the following areas of activity:

---

<sup>16</sup> Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace, adopted on 7 December 2013, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-cybersecurity-plan-protect-open-internet-and-online-freedom-and-opportunity-cyber-security>.

<sup>17</sup> Ibid, p. 4



- implementation of proposed policies in the field of cyber security;
- protection against attacks on information systems;
- the fight against various forms of fraud and counterfeiting, especially the counterfeiting of new forms of electronic payment and financial instruments;
- the facilitation of cross-border cooperation in the field of criminal proceedings and investigations against perpetrators of cybercrime, especially problems in the field of jurisdiction and access to evidence, etc.

In addition to the above-mentioned documents, the European Commission also adopted the Digital Single Market Strategy<sup>18</sup> in the same year, an umbrella document whose task is to stimulate European competitiveness and finally unify the fragmented market in the field of digital content distribution. Additionally, the goal of the Strategy is to facilitate the distribution and development of services for the common market for European entrepreneurs and take advantage of all the benefits of the digital transformation of business and to ensure an adequate environment for the development of a network infrastructure and new globally competitive services.<sup>19</sup>

#### **4. THE FIRST NIS DIRECTIVE AND THE CYBERSECURITY ACT**

In 2016, after several years in development, the Network and Information Security (NIS) Directive was adopted.<sup>20</sup> As the rise in the number of information security incidents was continuing, the Commission was moved to adopt measures to help protect the information security of Member States, organisations and enterprises in the European market from further information security incidents.

The NIS Directive was the first general EU legal norm unifying information security rules and obligations for Member States, especially considering the obligatory institutional framework required to foster Member State cooperation and incident response. The main goal of the Directive was to ensure a higher level of information security among the Member States through several areas of activity:

- achieving a higher level of competence in the field of cyber security at national levels;
- achieving higher levels of cooperation at the level of the Union;

---

<sup>18</sup> Digital Single Market, [https://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market\\_en](https://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_en).

<sup>19</sup> Ibid, p 2 *et infra*.

<sup>20</sup> Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union, L 194/1 19.7.2016, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016L1148>.

- establishing the obligation to manage risks and the obligation to report incidents for providers of digital services, especially of different categories of essential services;
- regulating other obligations of providers of key and digital services.

The NIS Directive called for the adoption of a culture of risk management, stating that it is necessary to adopt adequate risk assessment and security measures appropriate to information security risks in addition to those that are required by law and through voluntary industry practices based on increased awareness of the risks. Operators of so-called essential services in particular had to take the necessary actions and report grave situations to the appropriate national authorities.<sup>21</sup> The Directive introduced common criteria to identify operators of essential and digital services – private businesses or public entities with an increasingly important role for Member State economies – in sectors defined by the Directive as energy (transport and distribution of electricity, oil, gas, etc.), transport (air, rail, maritime and river, and road transport), the banking and financial market infrastructure, healthcare, water (supply and distribution) and the digital communication infrastructure (internet exchange points, domain name system service providers, top level domain name registries, etc).<sup>22</sup> The NIS Directive also defines digital services as information society services – services normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of the recipient.

Like the General Data Protection Regulation, which introduces the concepts of information security and risk assessment into the personal data protection system, the NIS Directive uses the concept of risk management to ensure that incidents that may have serious consequences for the integrity of the services provided are monitored and processed. For adequate risk management and the fulfilment of the obligation to report incidents for key service providers and digital service providers, the first step is to determine which services are essential and which are digital services, and then what exactly can be expected from companies and other entities that provide such services on the common market. According to the provisions of the Directive, providers of essential services are private law bodies (various commercial companies) and public authorities that play an important role in modern society and the economy.

Following the adoption of the NIS Directive, in the *vacatio legis* period of two years (Art. 25 of the original NIS), the Member States started to transpose its provisions into their national legal systems. The NIS transposition was quite diverse, with some Member States transposing the Directive almost literally into a new national law, such as the Croatian Act on Cybersecurity of Operators of Essential Services and Digital Service Providers of 2018,

---

<sup>21</sup> T. Katulić, "Transposition of the EU Network and Information Security Directive into National Law," 41st International Convention on Information and Communication Technology, Electronics and Microelectronics (MIPRO), Opatija, Croatia, 2018, pp. 1143-1148, doi: 10.23919/MIPRO.2018.8400208.

<sup>22</sup> Ibid, p. 5.

while others (for example Finland or the Czech Republic) opted for the adaptation of (a large number of) existing laws in line with the provisions of the NIS Directive.

In 2019, the EU adopted its first information security Regulation, the Cybersecurity Act, replacing an earlier ENISA Regulation from 2013.<sup>23</sup> The EU adopted the Cybersecurity Act as a legislative measure intended to help deal with an increasing number and complexity of cyber threats that threatened European public and private organisation information systems. Another goal of the Regulation was to enhance overall cyber resilience and response across the Member States.

The Regulation expanded ENISA's mandate to become a permanent EU agency with increased resources and new tasks to support Member States in tackling cybersecurity threats and attacks. It also introduced an EU-wide cybersecurity certification framework for information and communication technology (ICT) products, services, and processes designed to ensure that certified products across the EU meet consistent security standards, thus reducing fragmentation and increasing trust.

One of the main reasons why the EU legislators chose the form of a Regulation for this purpose was to ensure a higher level of coordination, information sharing, and collaboration between Member States. Directly applicable law without the need for national transposition and interpretation would work towards enhancing the collective ability of the EU to respond to major cross-border cybersecurity incidents and crises. By introducing a common certification framework, the Cybersecurity Act aimed to further promote the Digital Single Market, promoting the free movement of digital products and services across the EU.

#### **4.1. From the NIS to the NIS2**

In November 2022, the European Parliament approved the Directive on measures for a high common level of cybersecurity across the Union (NIS2 Directive).<sup>24</sup> The new Directive, at the time this paper was being prepared, in transposition into the legal systems of the Member States, repeals the original NIS Directive on the security of network and information systems and aims to further develop the common EU rules on the security of network and information systems and help increase the level of cyber resilience required of critical public and private sectors, and the EU as a whole. The original NIS Directive, as the first cybersecurity piece of legislation in the EU, was the first instrument aimed at enhancing the Union's network and information system's resistance

---

<sup>23</sup> Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526/2013.

<sup>24</sup> Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive) (Text with EEA relevance).

to increased cybersecurity risks and the rapid rise of related incidents. Following its adoption, the NIS Directive exhibited certain shortcomings in the face of accelerated transition into an information society environment.

While the Commission conducted thorough stakeholder engagement to analyse the effects and shortcomings of the NIS Directive, certain concerns became apparent. In spite of the transposition of the NIS Directive, the Member States indicated an insufficient level of cyber resilience of organisations operating in the EU, inconsistent results across the Member States and sectors, a lack of common understanding of the main cybersecurity threats and challenges, and a lack of joint crisis response. As a result, and in an effort to address the growing threats brought on by digitalisation and interconnectedness, the Commission proposed a revised set of rules to strengthen the Union's cyber resilience.

The new Directive provides measures to further develop cybersecurity in the EU, building on the foundations that were the basis of the NIS1 Directive, requiring Member States:

- to adopt a national cybersecurity strategy;<sup>25</sup>
- designate computer security incident response teams (CSIRTs);<sup>26</sup>
- designate a competent national cybersecurity authority;<sup>27</sup>
- designate a single point of contact;<sup>28</sup>
- establish an NIS cooperation group and CSIRT network;<sup>29</sup>
- provide obligations for an extended number of critical sectors such as energy, transport, banking, financial market infrastructures, drinking water, healthcare and digital infrastructure;
- regulate infringements entailing a personal data breach.<sup>30</sup>

Service providers in sectors identified by the Member States as essential services operators are required to regularly assess the state of cybersecurity of their information systems through mandated risk assessment and to apply appropriate and proportionate security measures.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid, Art. 7 of the NIS2 Directive.

<sup>26</sup> Ibid, Art. 10.

<sup>27</sup> Ibid, Art. 8, para 1.

<sup>28</sup> Ibid, Art. 8.

<sup>29</sup> Ibid, Art. 10.

<sup>30</sup> Ibid, Art. 35.

<sup>31</sup> Chapter IV of the NIS2.

The Directive further regulates the obligation of such providers to notify competent authorities of information security incidents.<sup>32</sup>

## **5. INFORMATION SECURITY RELATED PROVISIONS IN THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION**

The number of regulations in the European Union (EU) that include information security provisions has grown dramatically over time. Several important factors, including the expanding digital economy, the frequency and sophistication of cyberthreats, the need for data protection, and the goal of establishing a unified digital single market, have an impact on this trend. The first, and perhaps most important, factor is that the global economy has mostly transitioned to the digital sphere. The internet and digital technology have shaped everything from business and communication to public services and entertainment, becoming fundamental components of the European economy. Large amounts of data are created, stored, and communicated online as a result of this reliance on digital technology. The security of these data and the systems that handle them is now of the greatest concern.

Furthermore, a major problem is posed by the expansion of cyberthreats both in scope and complexity. Cyberattacks and security lapses can seriously disrupt vital infrastructure, erode public trust, compromise personal data, and result in significant financial loss. They present a global issue since they are not limited by national boundaries. In order to fight this, the EU has created legislation to encourage effective cybersecurity procedures and collaboration among Member States. The next argument relates to the EU's fundamental rights of privacy and data protection. The EU places high priority on individuals' right to privacy and data protection, and in order to protect these rights, information security is of crucial value. Personal data might be compromised without sufficient protections, resulting in data breaches. Laws like the General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>33</sup> highlight the EU's dedication to protecting personal data with strict security requirements.

The EU is also working to create a true digital single market where people, goods, and capital can move freely and where people and businesses can easily access and participate in online activities while maintaining high standards of consumer and personal data protection. Even though the Regulation itself mentions only once the term "information security", it is nonetheless abundantly clear that recognised information security practices present a framework for ensuring accountability in personal data processing.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Art. 23.

<sup>33</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119/1.

<sup>34</sup> Recital 49 GDPR.

In general, the provisions of the General Data Protection Regulation pertaining to information security aim to accomplish a number of crucial goals to facilitate data controllers' accountability, a key principle of personal data processing that requires the data controller to be able to demonstrate compliance with the regulations governing personal data processing. Data controllers are liable for personal data breaches – breaches of security that lead to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of personal data, unauthorised access to personal data, or other unauthorised transmission, storage or processing of personal data, and thus have the obligation to ensure that proper security controls are in place to prove safe and secure personal data processing.

Starting with the general data protection principles in Article 5 GDPR, the Regulation systematically introduces information security principles and practices as a compliance mechanism to ensure secure processing and protection of data subject rights. Article 5, for example, as one of the data protection principles, defines the principle of integrity and confidentiality – well-known components of the CIA triad of information security. Further, in Chapter IV, the Regulation provides obligations for the data controller to implement appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed safely and securely.

For example, Article 24 mandates the implementation of appropriate data protection policies and regular review and updating of technical and organisational measures where necessary. The provisions are accompanied by several recitals that establish the liability of the data controller for the safety and security of processing conducted by the controller or on the controller's behalf, an obligation to implement appropriate and effective measures and ability to demonstrate that the controller is performing processing in compliance with the Regulation.<sup>35</sup>

According to Article 25, the data controller must take organisational and technological steps, such as pseudonymisation, to apply data protection principles like data minimisation and incorporate them into the processing activities. Data controllers should design new programmes, services, and goods based on the processing of personal data with data protection principles in mind from the outset. To ensure what the Regulation refers to as data protection by design and by default, the controller should only process personal data that is essential for the given purpose of processing, taking into account the volume, scope, duration, and accessibility of the data.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Art. 24 GDPR.

<sup>36</sup> Ibid, Art. 25.

The relationship between data controllers and processors is another important topic that the Regulation addresses. The capacity of the controller to realistically impose data protection duties, including information security requirements and procedures on organisations performing the processing job on the controller's behalf has already been scrutinised with regard to this relationship. Because of these concerns, Article 28 GDPR now specifically outlines the rules governing how data controllers and processors should interact. The processor receives personal data from the data controller and follows the controller's specific instructions. In general, Article 28 prohibits the controller from using the services of processors who are unable or unwilling to provide enough guarantees to implement appropriate technical and organisational measures and operate in accordance with the security standards and data protection principles required by the Regulation. Data controllers who violate these clauses may be subject to significant administrative fines as well as legal action. The processor must put the necessary organisational and technological safeguards in place, must not hire sub-processors unless they adhere to the same degree of security, and must help the controller comply with the Regulation requirements.<sup>37</sup>

Further, the GDPR contains extensive rules on incident management and reporting to competent authorities, as well as to data subjects whose data were breached. The provisions in Section 2 of Chapter IV GDPR, which begin with measures ensuring the security of processing, notification of a personal data breach to the supervisory authority, notification of the breach to the data subject, and continue into Section 3 and the provisions regarding the data protection impact assessment, deal specifically with the controller's obligations with regard to information security. Article 32 of the Regulation establishes a requirement for data controllers to take into account the nature, scope, context, and purposes of processing, the likelihood and seriousness of risks to the rights and freedoms of data subjects that may result from the processing, as well as the cost of implementing the necessary technical and organisational safeguards.

Finally, a requirement under the General Data Protection Regulation (GDPR) calls certain organisations to appoint a Data Protection Officer (DPO). The DPO's duty is crucial for ensuring that personal data are protected within an organisation, reflecting and improving current information security standards and legal requirements.<sup>38</sup> Many industry standards, like ISO 27001 (Information Security Management), call for oversight of the security strategy by a person or group that must function independently of the organisational structure in order to prevent conflicts of interest. This is mirrored by the GDPR, which requires that the DPO work independently and not face repercussions for doing their job. Regarding specific expertise and knowledge, the GDPR requires that a DPO have a thorough understanding of data protection law and practices, much like how infosec standards call for staff to be adequately skilled and competent. Like their

---

<sup>37</sup> Ibid, Art. 28.

<sup>38</sup> Art. 37 GDPR.

counterparts in infosec roles, DPOs must have a thorough awareness of the organisation's technology, data processing activities, and risk landscape.

The identification, evaluation, and mitigation of risks are a key component of both the GDPR and information security laws and industrial standards. Organisations are required to undertake routine risk assessments and apply suitable steps to mitigate the risks highlighted by infosec standards like ISO 27001. Similarly, a DPO is in charge of determining the risks associated with data processing operations and ensuring GDPR compliance to reduce these risks.<sup>39</sup> The GDPR requires the data protection officer to help in educating and training staff members who are involved in data processing operations, consistent with information security standards' long-standing emphasis on staff education and awareness as a means of lowering the possibility of data breaches caused by human error. Finally, DPOs are tasked with overseeing an organisation's data protection initiatives and ensuring they comply with the GDPR, comparable to how information security standards call for recurring audits and assessments to guarantee continued adherence to the standards and applicable legislation.<sup>40</sup>

## **6. INFORMATION SECURITY RELATED PROVISIONS IN OTHER EU LEGISLATION**

### **6.1. Digital Operational Resilience Act**

The first draft of the Digital Operational Resilience Act (DORA),<sup>41</sup> which is a component of the Digital Finance Package (DFP), was released by the European Commission on 24 September 2020. This bundle includes a new retail payment strategy, legislative suggestions on cryptocurrency assets, blockchain technology, and digital operational resilience. It is common knowledge that the financial industry is becoming increasingly reliant on ICT and digital information. The COVID-19 incident also served as a motivator because financial institutions now rely increasingly more on the accessibility of digital technologies to carry out routine tasks remotely. The last few years have demonstrated how important digital resilience is, and how this dependence has drastically increased technology and cyber risk.

With DORA, the EU seeks to increase the financial sector's resistance to incidents involving ICT and imposes highly stringent, prescriptive rules that are uniform among all EU Member States. This new legislation also applies to crucial ICT third parties that offer financial institutions ICT-related services like cloud platforms, data analytics, and audit services. Organisations must be able to endure, respond to, and recover from the effects of ICT incidents in order to continue doing vital and crucial tasks while causing the least

---

<sup>39</sup> Arts 35 and 39 GDPR.

<sup>40</sup> Art. 37 and 39 GDPR.

<sup>41</sup> Regulation (EU) 2022/2554 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014, (EU) No 909/2014 and (EU) 2016/1011.



amount of interruption to consumers and the financial system. This is only possible by putting in place strong measures and controls on systems, tools, and outside parties, by having the appropriate operational continuity plans in place, and by continuously verifying their efficacy.

Organisations in the financial sector are required under DORA to implement and maintain resilient ICT tools and systems that lessen the impact of ICT risk. In order to implement protection and preventative measures, it is necessary to constantly identify all potential sources of ICT threats. It is important to detect out-of-order and potentially malicious activity quickly. Quick recovery from an ICT-related occurrence should be ensured by devoted and thorough business continuity policies and disaster and recovery plans. Processes should be created to adapt to external events as well as to the entity's own ICT mishaps.

The Regulation also lays out incident response responsibilities, requiring enterprises to set up and implement a management procedure to track and record incidents involving ICT. Under DORA, organisations are now required to determine the incident's classification using the standards outlined in the regulation, ensuring that incidents are reported to the appropriate authorities using a standard template and a standardised process as set forth by the relevant supervisory authority, and to provide users and clients of the company with first, interim, and final reports on ICT-related incidents (in a vein similar to GDPR incident reporting).

DORA introduces a requirement for organisations to conduct regular operational resilience evaluations, proportionate to the organisation's size, business and risk profiles. Any vulnerabilities, defects, or gaps must be quickly found, corrected, or reduced by putting preventative measures in place.

Finally, the Regulation requires thorough monitoring of risks resulting from reliance on ICT third-party providers, providing mechanisms to enable organisations to harmonise critical aspects of service and relationships with ICT third-party providers to enable "complete" monitoring. Organisations are required to make sure that contracts with ICT third-party providers include all the information required for monitoring and accessibility, such as a detailed description of the level of service, a list of the locations where data are processed, etc.

## **6.2. Critical Entities Resilience Directive**

In January 2023 the European Critical Infrastructure Directive adopted in 2008 was replaced by the Critical Entities Resilience Directive (CER).<sup>42</sup> The new Directive is designed to increase the vital infrastructure's resistance to a variety of dangers, such as

---

<sup>42</sup> Directive (EU) 2022/2557 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on the resilience of critical entities and repealing Council Directive 2008/114/EC (Text with EEA relevance).

terrorism, insider threats, natural disasters, and sabotage analogously to the NIS/NIS2 provisions concerning information security. Since the CER Directive covers more industries than its predecessor and places new requirements on firms that provide essential services, more businesses will be subject to the new regulations.

In contrast to the 2008 Directive, which covered only the energy and transportation industries, CER now covers nine more industries: banking, financial market infrastructures, health, drinking water, wastewater, digital infrastructure, public administration, space, and food. As a result, businesses involved in such industrial sectors have to determine whether the new regulations apply to them. Within nine months of notification, the critical entities must examine their operations, identify the pertinent risks, and take the necessary precautions to maintain resilience, updating the assessment every four years. All relevant natural and man-made hazards that could result in an incident, including those that are cross-sectoral or cross-border in nature, should be taken into account in the risk assessment. The critical entities will be required to put in place suitable and proportionate organisational, technical, and security measures to ensure their resilience in, among other things, preventing incidents, making sure that the premises are adequately protected physically, or responding to incidents and minimising their effects. Personnel training is also included in the measures. Finally, in the event of incidents or major interruptions, the critical entities have an obligation to alert the appropriate authority.

### **6.3. The Digital Services Act and the Digital Markets Act**

The European Commission proposed the Digital Services Act (DSA)<sup>43</sup> in 2020, and it was formally adopted in November 2022. It is a key piece of legislation intended to modernise the legal framework for digital services in the European Union. The DSA is primarily concerned with issues relating to online content moderation, transparency, and the accountability of digital service providers. The Act does, however, include several provisions that indirectly relate to information security – the risk management obligations of very large online platforms, obligations related to the traceability of business users, and data access and transparency provisions. Very big online platforms are required by the DSA to manage systemic risks, particularly those affecting the security and integrity of their services. Although the DSA does not use the term precisely, information security hazards may theoretically be included in these dangers. In order to avoid, identify, or take action against suspected illicit content, the DSA requires online marketplaces to include the necessary safeguards to ensure the traceability of business users, which may also have an impact on information security, for instance by assisting in the prevention of fraud.

---

<sup>43</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC.

Likewise, the Digital Markets Act was formally adopted in September 2022 with the goal of regulating giant tech firms, also referred to as gatekeepers, to ensure fair competition in the digital market.<sup>44</sup> While its main objective is to establish a free and open digital economy, some elements of the DMA might indirectly have a positive effect on the status of information security.

For example, the DMA mandates gatekeepers to provide real-time access to certain data and to ensure interoperability.<sup>45</sup> Although this provision is primarily an attempt to promote competition, it also has a tangential relationship to information security because gatekeepers have to grant such access in a secure manner to prevent vulnerabilities or a breach of user data by unauthorised third parties. Further, the DMA provides that data collected through the use of gatekeeper services has to be effectively portable.<sup>46</sup> While this increases user control over personal data, it also necessitates safe data transfer to ensure the confidentiality and integrity of the data, suggesting a concern for information security. Finally, gatekeepers are forbidden by the DMA to fuse personal data obtained from their services with other data unless the user has been given the option and has granted approval.<sup>47</sup> Indirectly, this provision follows GDPR data protection requirements and, with it, the immanent information security requirements.

#### **6.4. The Data Governance Act**

The Data Governance Act is a crucial component of a larger legislative initiative the EU has launched to establish regulations for future digitalisation, the data economy, artificial intelligence, and other critical policy objectives frequently referred to as digital sovereignty. Data are a key element in this paradigm, since artificial intelligence research depends on having access to vast data sets. Similar to this, the performance of almost all recent digital products, apps, and services for the information society depends in part on the availability of data. Finally, the accessibility of large amounts of data is becoming more and more crucial to scientific research as a whole.

The DGA has a wide range of goals. In an effort to catch up with the United States and Southeast Asia,<sup>48</sup> the birthplaces of the majority of today's innovative services and platforms, the main goals of the initiative are to improve the EU's digital single market and promote the European data economy. Small and medium-sized businesses (SMEs) and start-ups are given particular attention in an effort to support the entrepreneurial culture of the European market. These organisations profit particularly from intentional

---

<sup>44</sup> Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

<sup>45</sup> Arts 2, 6 and 7 of the Digital Markets Act.

<sup>46</sup> Art. 6 of the Digital Markets Act.

<sup>47</sup> Art. 5.2 DMA

<sup>48</sup> W.G. Voss, "Cross-Border Data Flows, the GDPR, and Data Governance Cross-Border Data Flows, the GDPR, and Data Governance", *Washington International Law Journal*, Vol. 29, 2020.

data reuse and sharing, which offer fresh content for advancements in artificial intelligence and digital applications.<sup>49</sup>

The DGA seeks to create a unified market for data that will enable cross-sector data exchange inside the EU, allowing processing operations, news services and products for general public benefit. While data governance is the DGA's primary focus, several of its requirements are related to information security. The DGA creates a legal framework for companies which offer data sharing services. Such services are required to have the proper organisational and technical safeguards in place to guarantee that data are processed and shared securely. This includes defence against unintentional or accidental loss, change, disclosure, or access.<sup>50</sup>

The Act establishes the idea of personal data spaces, which are safe locations where people can view their data and decide who has access to it.<sup>51</sup> The provision emphasises the need for strong security controls to protect the personal data in these areas, even though it does not go into detail about specific security measures. To encourage data sharing while lowering privacy threats, the DGA emphasises anonymisation and pseudonymisation approaches.<sup>52</sup> These are data protection techniques, but they are also acknowledged as crucial information security measures. Data sharing service providers should have appropriate risk management mechanisms in place, and information security risks may fall under this category.

### **The Artificial Intelligence Act**

The European Union's Artificial Intelligence Act,<sup>53</sup> which was introduced by the European Commission in April 2021 and approved by the European Parliament in 2023, intends to establish a thorough legislative framework for reliable and secure AI throughout the Union. The main goal of this proposal of a regulation is to establish a consistent legal framework that is in line with Union principles for the creation, promotion, and use of artificial intelligence. The Act would ensure the free cross-border movement of goods and services based on AI, preventing Member States from placing restrictions on the creation, marketing, and use of AI systems. It also pursues a number of overriding public interest objectives, including a high level of protection of health, safety, and fundamental rights.

Through a number of provisions, this proposal indirectly addresses information security by categorising AI systems according to their level of risk that their processing operations pose, demanding that a risk management strategy be in place throughout the whole

---

<sup>49</sup> J. Ruohonen, S. Mickelsson, "Reflections on the Data Governance Act", *Digital Society*, Vol. 2, 2023, <https://doi.org/10.1007/s44206-023-00041-7>.

<sup>50</sup> Chapter III of the DGA.

<sup>51</sup> Recital 30 of the DGA.

<sup>52</sup> Recital 32 of the DGA.

<sup>53</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

lifecycle of high-risk AI systems.<sup>54</sup> The Act primarily focuses on the risk to fundamental rights and safety, and thus this requirement may also potentially include risks linked to information security.

The proposed law also places strong emphasis on the quality of the data used to develop, verify, and test high-risk AI systems.<sup>55</sup> It demands that the data be accurate, full, relevant, and representative. Although not stated directly, maintaining data quality is a key component of information security as it might result in inaccurate AI judgments that could have security repercussions.

To ensure results can be tracked, high-risk AI systems must keep activity records.<sup>56</sup> These records can be useful in locating and responding to security issues from the perspective of information security. AI systems must be created and developed in a way that guarantees their security, accuracy, and resilience over their entire existence. This includes resistance to both overt attacks and covert attempts to tamper with data or make predictions. Finally, high-risk AI systems need to be built to allow for human monitoring, which should be able to successfully reduce risks, including potential security issues. Human monitoring provisions are especially interesting from the comparative perspective, while they are underregulated in comparison to the GDPR DPO position or various information security adviser positions.<sup>57</sup>

## 6.5. Outstanding Regulation, Directive and Policy Proposals

Currently, the EU is working on several Regulation and Directive proposals ranging from the long outstanding ePrivacy Regulation Proposal to the relatively new Health Data Space Regulation, the European Chips Act and the Data Act Proposal. Several of the proposals being developed contain provisions related to information security.

The proposed *E-Privacy Regulation* is meant to replace the current E-Privacy Directive and increase privacy protection under the General Data Protection Regulation (GDPR). The requirements of the E-Privacy Regulation indirectly relate to information security since it compels service providers to safeguard the security of their services, even if its primary focus is on the secrecy of electronic communications and the restrictions for monitoring technologies such as cookies. The proposed Regulation requires confidentiality of electronic communications data and only allows their processing under specific conditions. The proposal also requires electronic communications service providers to implement appropriate technical and organisational safeguards to ensure the security of their services. The E-Privacy Regulation proposal, like the GDPR, includes provisions for notifying regulatory authorities and affected individuals in the event of an electronic communications data breach. Finally, the Regulation proposes strict rules on

---

<sup>54</sup> Title 3 of the Proposal of the Artificial Intelligence Act.

<sup>55</sup> Art. 9 of the AI Act.

<sup>56</sup> Ibid, Arts 11 and 12.

<sup>57</sup> Ibid, Art. 14.

unsolicited electronic communication (spam), as well as the use of cookies and other tracking technologies, and improving information security indirectly by limiting unnecessary data processing and collection.

The *European Health Data Space Proposal* aims to promote health-data exchange and research into new preventive strategies, treatments, medicines, medical devices, and outcomes. Given existing EU legislation, the EHDS proposal is expected to closely align with the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Data Governance Act, which lay out guidelines for data protection, privacy, and secure data sharing. Provisions in the proposal ensure the safe and secure exchange of health data across the EU. To protect data during transit and storage, encryption, anonymisation, pseudonymisation measures and authentication mechanisms are proposed,<sup>58</sup> as well as provisions to protect individuals' health data, including strict controls over who can access the data and for what purposes. The proposal also mandates risk management systems for healthcare providers, researchers, and other relevant entities. These systems would be designed to detect and mitigate potential data security threats.<sup>59</sup> The proposal includes provisions for the timely reporting of security incidents, including data breaches, in accordance with GDPR requirements for data breach notification, as well as provisions for monitoring and enforcing compliance with the regulation's security requirements, including potential penalties for noncompliance.

The *European Cyber Resilience Act Proposal* is a proposal for an EU Regulation on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements.<sup>60</sup> Successful cyberattacks on hardware and software are becoming more common. Such products suffer from two major problems that increase costs for users and society: first, a general lack of cybersecurity, as evidenced by widespread vulnerabilities and the insufficient and inconsistent provision of security updates to address them; and second, users frequently lack understanding and access to information, preventing them from selecting products with adequate cybersecurity properties or using them in a secure manner. In a connected environment, a cybersecurity incident in one product can affect an entire organisation or a whole supply chain, quickly spreading across internal market borders. This can severely disrupt economic and social activities and even endanger people's lives.

The *Data Act Proposal* seeks to prevent third-country unlawful transfer or access to non-personal data, supplementing the framework on international data flows established by the GDPR and the Data Governance Act. With growing concerns about industrial espionage, intellectual property (IP) theft, and unauthorised access to information by foreign authorities, the new rules prioritise the protection of commercially sensitive data

---

<sup>58</sup> Art. 23.3 of the EHDS Proposal.

<sup>59</sup> See also Chapter IX of the Regulation 2017/745 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC

<sup>60</sup> Proposal for a Regulation on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020, COM/2022/454 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0454>.

as trade secrets, as well as data subject to intellectual property rights or confidentiality obligations under European law. As a result, certain safeguards are put in place to ensure that the level of protection provided by the European regulatory framework is maintained when non-personal data are transferred outside the EU's borders.

To this end, data processing service providers must take all reasonable technical, legal, and organisational measures to prevent international transfers or governmental access to non-personal data held in the EU from conflicting with EU or national law (for example, commercially sensitive information, data that may affect security or defence interests).

Furthermore, third-country court judgments and administrative decisions requiring the transfer or access to non-personal data held in the EU will only be recognised or enforceable if they are based on an international agreement. Otherwise, such decisions must meet certain strict conditions for the transfer or for access to take place, and only the minimum amount of data permissible may be provided.

The *EU Cyber Diplomacy Toolbox* is a coordinated diplomatic response by the EU to malicious cyber activities.<sup>61</sup> This is part of the EU's approach to cyber diplomacy within the Common Foreign and Security Policy, and it contributes to conflict prevention, cybersecurity threat mitigation, and the greater stability of international relations. It has an impact on the behaviour of potential aggressors. The diplomatic response of the EU to malicious cyber activities is proportionate to their scope, scale, duration, intensity, complexity, sophistication, and impact. Through increased international cooperation, all diplomatic efforts promote security and stability in cyberspace and reduce the risk of misperception, escalation, and conflict that may result from ICT incidents.

Finally, additional proposals in the making, such as the *European Chips Act*, may contain provisions related to information security. As transition into the information society intensifies, considering information security requirements and building a resilient and efficient information security infrastructure are becoming an inescapable requirement when considering new legislation.

## 7. THE LEGAL FRAMEWORK OF INFORMATION SECURITY IN CROATIA

As the internet does not take into account national borders, the competences of the judiciary or other institutions of the state, it becomes imperative for cybersecurity laws to evolve in a manner that transcends traditional jurisdictional boundaries. This necessitates the establishment of international frameworks and cooperative agreements that enable effective enforcement and coordination among different national cybersecurity agencies. Problems in the availability and proper operation of internet services can have a significant negative impact on individual Member States or on the Union as a whole. The security of network and information systems is essential for the

---

<sup>61</sup> <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10474-2017-INIT/en/pdf>.

smooth functioning of the internal market, but the security of systems that extend and operate on the territory of the entire Union and beyond cannot be achieved without broad consensus, cooperation and shared competences between the Member States.

The Croatian Information Security Act of 2007 represented the Croatian legislative interpretation of the requirements from the European Cybersecurity Strategy of 2001. The provisions of the Act apply exclusively to the work of Croatian public authorities, i.e. central, regional and local state administration, regulatory bodies and agencies.<sup>62</sup>

The Act, followed by a national implementing bylaw of a similar name,<sup>63</sup> defines information security concepts in Croatian legislation, also providing for information security measures and standards, areas of information security and security accreditation, regulates the application of relevant information security standards such as the ISO 27000 family of standards to the work and procedures of the state administration in the field of data classification, regulates the tasks and competences of information security advisers, and determines the categories of classified data and the conditions of their classification and use.

With respect to institutional development, the ISA regulated the establishment and status of the national CERT (Computer Emergency Response Team) assisting with processing and recording incidents of information security violations, i.e. criminal offences from Chapter XXV of the Criminal Code of the Republic of Croatia, including cooperation with the State Attorney's Office, the police and other bodies, as well as the State Information Security Bureau, a technical body tasked with developing and applying certification schemes and assisting with information security practices for the central, regional and local government and other public authorities.<sup>64</sup>

Reflecting on the almost twenty years of the application of the ISA, it is clear that its impact on the practice of maintaining information security within the framework of the activities of public authorities and other public institutions in Croatia was limited in scope from the start. The rising number of incidents, both of information security breaches as well as related personal data breaches, underscores the failure of the mostly normative only approach. Comparative legal experience shows that the adequate implementation of appropriate procedures and behaviour with the aim of preserving the confidentiality, availability and integrity of data is not the result of broad or even targeted legislative intervention, but of systematic education and the application of information security standards.<sup>65</sup>

With the NIS Directive, the European legislator at the highest level tried to establish cooperation groups composed of representatives of Member States, the Commission and

---

<sup>62</sup> Information Security Act (ISA), Official Gazette (OG) of the Republic of Croatia, OG 79/07.

<sup>63</sup> Art. 1 ISA.

<sup>64</sup> Arts 17-19 ISA.

<sup>65</sup> B. Bulgurcu, H. Cavusoglu, I. Benbasat, "Information Security Policy Compliance: An Empirical Study of Rationality-based Beliefs and Information Security Awareness", *MIS Quarterly*, Vol. 34(3), 2010.



ENISA. In order to support and promote strategic cooperation among the Member States regarding the security of network and information systems and for this group to be effective, it was necessary for all Member States to have a minimum capability and strategy to ensure a high level of security of network and information systems. The NIS introduced the obligation for Member States to appoint one or more computer security incident response teams (CSIRTs) – bodies or teams of experts to respond to security incidents. CSIRT or CERT (computer emergency response team) is a common name for groups of experts gathered to process and respond to security incidents related to the use of information systems and networks.<sup>66</sup> The CERT/CSIRT teams of the Member States are (now) responsible for monitoring security incidents at the national level, early warning and reporting information to relevant authorities about risks and incidents, responding to incidents, providing adequate dynamic analysis of risks and incidents and situational analysis, and participating in the network of national CSIRTs.<sup>67</sup>

In July 2018, as a transposition measure for the implementation of the NIS Directive into the Croatian legislation, the Croatian legislator passed the Act on Cybersecurity of Operators of Essential Services and Digital Service Providers.<sup>68</sup> The Act regulates procedures and measures whose task is to achieve a high level of cyber security of key operators and providers of digital services. In addition, the competences and powers of competent bodies are regulated, a single national contact point is determined, and the competences and powers of bodies responsible for incident prevention and protection and other issues related to the institutional framework are also provided for by the provisions of the Act.<sup>69</sup> According to the provisions of the Act, providers of essential services are private law bodies (various commercial companies) and public authorities that play an important role in modern society and the economy. From the Croatian perspective, this is a particularly significant innovation in the context of the current regulation of information security, given that the current legal framework for information security is regulated by the provisions of the Data Confidentiality Act and the Information Security Act, which applied exclusively to public authorities.<sup>70</sup>

The central part of the Act refers to the identification of key service operators and digital service providers. In contrast to the existing regulations, primarily the Information Security Act, the provisions of the Cybersecurity Act refer to operators of key services and digital service providers who can be public or private entities in accordance with the criteria of the Act.<sup>71</sup> The Act regulates the identification procedure as well as the criteria for the effect of the incident on the availability of essential service, based on an assessment

---

<sup>66</sup> The name CERT historically belongs to the CERT Coordination Center of the US based Carnegie Mellon University, and as a generic name it came into wider use in the mid-1990s. The CSIRT variation arose in response to the need to differentiate CERTs from general technical support to emphasise the task of responding to security incidents.

<sup>67</sup> Art. 12 NIS Directive.

<sup>68</sup> OG 64/2018.

<sup>69</sup> Art. 1 ACOESDSP.

<sup>70</sup> OG 79/07, 86/12.

<sup>71</sup> Art. 5 ACOESDSP.

of the number and type of users to whom the service provider delivers the service, the existence of the dependence of other activities or areas on the provision of the service, the market share of the entity providing the service, the geographical spread of the entity in providing the service, the possible impact of the incident considering its severity and duration on economic and social activities and public safety, the importance of the entity's business for maintaining a sufficient level of key services, and other criteria such as the amount of service provided, the share in the provision of the service, or the entity's assets.

<sup>72</sup>

The Act provides for the appointment of the Office of the National Security Council as a single national contact point. The tasks of the single national contact point were defined in Article 30 of the Act and include data exchange with the European Commission, participation in the work of the Cooperation Group established for the purpose of supporting and facilitating strategic cooperation and information exchange between Member States and developing trust and security at the EU level in terms of cyber security, forwarding at the request of the competent CSIRT notification of incidents to the unique contact points of other Member States, information on the number of identified operators of key services and notification of incidents, and of the development and harmonisation of the national cyber security strategy with the requirements of the Union, etc.<sup>73</sup>

Compared to the previous framework, the Act provides more detail on the question of the competence of CSIRTs and their obligations, which include monitoring incidents, providing early warnings and announcements, and informing about risks and incidents, conducting a dynamic analysis of risks and incidents and reviewing the situation in the sectors of their jurisdiction, conducting regular vulnerability checks of network and information systems of key service operators and digital service providers, receiving notification of incidents, at the request of key service operators and digital service providers, analysing and responding to incidents, informing the single national point about incidents and providing information on incident resolution procedures, making contact with the competent CSIRT body of another affected Member State, cooperating with other CSIRT bodies at national and international levels, participating in the network of CSIRTs at the EU level established with the aim of developing trust and confidence among Member States and promoting fast and effective operational cooperation.<sup>74</sup>

Another novelty in relation to the previous framework is a system of administrative fines for violations of the provisions of the ACOESDSP. Fines are provided for key operators and digital service providers who do not act according to the instructions of the competent sector body, who refuse to submit or unreasonably delay submitting notifications about incidents, if they fail to submit the data necessary to assess the level of security of network and information systems and evidence of the effective implementation of security measures, etc. Fines vary from HRK 15,000 to 50,000 for responsible persons in legal

---

<sup>72</sup> Ibid, Art. 7.

<sup>73</sup> Art. 30.

<sup>74</sup> Art. 32.

entities and public entities, from HRK 50,000 to HRK 150,000 for natural persons, craftsmen and other natural persons performing independent activities, up to the highest fines of HRK 150,000 to HRK 500,000 for legal entities and public entities. Interestingly, when adopting the Act, the legislator decided to keep the provisions on the liability of persons responsible in legal entities and public authorities.<sup>75</sup> Similar provisions were present in the old Act on the Protection of Personal Data, and which were curiously omitted in the process of passing the Act on the Implementation of the General Data Protection Regulation.<sup>76</sup>

## **8. CONCLUSION**

The past fifteen years, especially the period from the adoption of the European Information Security Strategy to the adoption of the EU Directive on Information and Network Security, its subsequent transposition into the legal systems of the Member States of the EU, the adoption of the Cybersecurity Act and finally the adoption of NIS2, represent a relatively short period for the development of legislation, but at the same time it represents an extremely long period for the development of information technology, services and the way we use information systems. As in the case of the development of the legal protection of personal data, the world has progressed rapidly compared to the previous period and presented new questions and challenges for legislators. New technologies such as widespread high-speed internet access (broadband), mobile networks with high data throughput, increasingly powerful mobile devices that surpass former desktop computers in terms of processing power, and sensors and data storage space make available to users a number of options and enable numerous new services that we collectively call services of the information society.

In the period that has passed since the adoption of the first proposals, we have witnessed the diversification of the profile of cybercrime perpetrators, the increased sophistication of attacks, the opening of new attack vectors and the commoditisation of malicious programs and services for attacks on information systems, which has been made possible by the development of DarkNet as a medium and cryptocurrencies as a means of anonymous payment. Recent developments in machine learning are also adding complexity to an already difficult situation. Numerous information services, especially social networks and location services, simultaneously represent a challenge both for the protection of personal data and for ensuring information security. Today, hackers can try to connect to one of the access points of a wireless local network from the lobby or the surroundings of a bank or some other institution or bypass the existing security infrastructure in some other way. Successful attacks compromise not only the service provider's information system, but also user accounts and potentially serve as a means of

---

<sup>75</sup> Arts 42 to 45 of the ACOESDSP.

<sup>76</sup> See Art. 36 of the Personal Data Protection Act (OG 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12).

attacking other, related services. New forms of communication open up new opportunities for social engineering and identity theft.

In this landscape, the new European regulation in the field of information security is not only an attempt by the European legislator to introduce into national legislation legal concepts such as essential and digital services, but also a general effort to raise awareness of the importance of ensuring safe and secure use of information systems of importance for economic, administrative and general social life in the era of transition to the information society. So far, the fragmented market of digital content and services, and low productivity and innovation have turned, at least in the field of information technologies, the European Union into a second-rate power. The United States and Asian competitors, especially China, Japan and South Korea, are leading both in terms of research and development, as well as in terms of the commercialisation of these technologies. Although globalisation has affected all economic activities and branches, it is precisely the information technology market that is one of the most open and consequently most exposed to open global market competition. However, European inefficiency and stubborn insistence on narrow national interests against the consolidation of a common digital market over the past twenty years have resulted in the complete dominance of foreign, mostly American, products and services in the field of information technologies. Platforms like Google, Facebook, Uber, YouTube and many others are disrupting traditional business models in the fields of advertising, transportation, and the content industry. In economic terms, the European project needs a strong single internal market as a training ground for research, development and commercialisation of new products and services. In this sense, the NIS2 Directive and related legislative efforts in the regulation of information security represent a new step in fostering a safe and secure common digital market.

## TRENTNI I RAZVIJAJUĆI REGULATORNI OKVIR INFORMATIČKE SIGURNOSTI U EU I REPUBLICI HRVATSKOJ

*Informacijska sigurnost bavi se osiguranjem pouzdanog, povjerljivog i pouzdanog rada informacijskih sustava te očuvanjem dostupnosti i pouzdanosti podataka, a njen okvir i sadržaj sve više se reguliraju zakonima. Istraživanja iz područja informacijske sigurnosti i kibernetičkog kriminaliteta pokazuju da je broj napada na informacijske sustave, kao i povreda osobnih podataka u porastu. Prakse informacijske sigurnosti više nisu samo stvar priznatih standarda industrijske samoregulacije, već su umjesto toga sve više u fokusu zakonodavaca u Europskoj uniji, kao i u komparativnom pravu. U posljednjih pet godina regulativa informacijske sigurnosti u Europskoj uniji doživjela je značajne promjene i proširenje kroz brojne uredbe, direktive i zakonske prijedloge koji su još uvijek u razvoju. Ovaj rad daje pregled i temeljnu analizu postojećeg pozitivnog pravnog okvira informacijske sigurnosti u Europskoj uniji i Republici Hrvatskoj sa sadržajnog i institucionalnog aspekta. Kronološki su navedeni pojedini propisi koji sadrže odredbe iz područja informacijske sigurnosti, a razmatraju se i de lege ferenda rješenja.*

Ključne riječi: Informacijska sigurnost, NIS Direktiva, NIS2, Akt o kibernetičkoj sigurnosti, OUZP

**Dr. sc. Tihomir Katulić**, izvanredni profesor na Katedri za pravo informacijskih tehnologija i informatiku, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

**Dr. sc. Hrvoje Lisičar**, izvanredni profesor na Katedri za pravo informacijskih tehnologija i informatiku, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

# GLOBALNI MEĐUNARODNOPRAVNI OKVIR ZAŠTITE DJECE BEZ PRATNJE

*Pregledni znanstveni rad*

*UDK 341.231.14-053.2*

*342.7-053.2*

*314.73-053.2/.7*

*325.25-053.2/.7*

Primljeno: 21. ožujka 2024.

Anica Čulo Margaletić\*

*Svrha je ovoga rada analiza najvažnijih međunarodnih dokumenata usvojenih na globalnoj razini koji su relevantni za pravni položaj i ponajprije obiteljskopravnu zaštitu osobito osjetljive i ranjive skupine djece koja su se našla u posebno opasnoj situaciji da su sama, odvojena od roditelja, odnosno obitelji, obično na teritoriju druge države, koju nazivamo djecom bez pratnje. Zbog osobite ugroženosti te skupine djece posvećuje joj se sve više pozornosti na globalnoj i nacionalnoj razini jer su posebice izložena različitim negativnim okolnostima te posljedično kršenjima svojih prava. Problem osiguravanja adekvatne skrbi i zaštite djece bez pratnje velik je izazov kako za nacionalna zakonodavstva tako i za praksu provedbe već usvojenih pravnih pravila i na domaćoj i na međunarodnoj razini, koja u određenom području uređuju način postupanja nadležnih tijela u zaštiti djece bez pratnje. Na temelju učinjene analize odabranih globalnih međunarodnih instrumenata nastojat će se izdvojiti temeljna načela i općeprihvaćeni globalni standardi čija bi dosljedna primjena trebala osnažiti pravni položaj i učinkovito ostvarivanje zajamčenih prava djece bez pratnje te će se u tom smislu dati i neki prijedlozi poboljšanja primjene postojećeg pravnog okvira, ponajprije s obiteljskopravnog aspekta.*

Ključne riječi: djeca bez pratnje, prava djece, ljudska prava

## 1. OPĆENITO O DJECI BEZ PRATNJE

Djeca bez pratnje posebno su ugrožena skupina djece, izložena brojnim rizicima ugroze i kršenja temeljnih ljudskih prava koja im pripadaju, ali jednako tako i onih posebnih prava svojstvenim upravo njima kao djeci – prava djece. Određenje pojma „djeca bez pratnje“ u domaćem zakonodavstvu možemo naći u Zakonu o međunarodnoj i privremenoj zaštiti<sup>1</sup> u odredbi čl. 4. t. 17., prema kojoj je dijete bez pratnje “državljanin treće zemlje ili osoba

\* Dr. sc. Anica Čulo Margaletić, izvanredna profesorica na Katedri za obiteljsko pravo, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

<sup>1</sup> Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti, Narodne novine, br. 70/15, 127/17, 33/23. Takvo određenje pojma djeteta bez pratnje preuzeto je iz propisa Europske unije. Primjerice v. čl. 2. f. Direktive Vijeća 2001/55/EZ od 20. srpnja 2001. o minimalnim standardima za dodjelu privremene zaštite u slučaju masovnog priljeva raseljenih osoba te o mjerama za promicanje uravnoteženih napora država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata tih osoba, Službeni list Europske unije, L 212/12 (u nastavku: Direktiva o privremenoj zaštiti). V. Parusel, B., Unaccompanied Minors in the European Union – Definitions, Trends and Policy Overview. *Social Work and Society* 17, 2017 (1), str. 3.

bez državljanstva mlađa od osamnaest godina, koja je ušla u Republiku Hrvatsku bez pratnje odrasle osobe odgovorne za njega u smislu roditeljske skrbi sukladno zakonodavstvu Republike Hrvatske, sve dok se ne stavi pod skrb takve osobe, a uključuje i djecu koja su ostala bez pratnje nakon što su ušla u Republiku Hrvatsku". Prema Obiteljskom zakonu djetetu stranom državljaninu ili djetetu bez državljanstva koje se zatekne na teritoriju Republike Hrvatske bez pratnje zakonskog zastupnika imenovat će se posebni skrbnik kako bi se osigurala zaštita djetetovih prava i interesa.<sup>2</sup> Uzroci sve većeg broja djece bez pratnje viševrsni su: ratni sukobi, prirodne katastrofe, siromaštvo i želja za boljim životom, kršenje temeljnih prava u zemlji podrijetla, ali i različita kaznena djela počinjena na štetu djece, osobito trgovina u svrhu prostitucije, pornografije, krađe organa ili ropstva. Tako je, prema podacima Europske migracijske mreže, u 2020. na području Europske unije i Norveške bilo 13 625 djece bez pratnje tražitelja azila, dok se 2021. taj broj povećao na 25 300 djece, a prema podacima za 2022. bilo je čak 40 175 djece bez pratnje tražitelja azila.<sup>3</sup>

Podaci o broju djece bez pratnje na području Republike Hrvatske redovito se prate na više razina. Tako podatke možemo pronaći, među ostalim, u statističkim izvješćima ministarstva nadležnog za poslove socijalne skrbi, kao i Ministarstva unutarnjih poslova. Naime, prema podacima iz godišnjih izvještaja Ministarstva rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike broj djece stranih državljana ili djece bez državljanstva koja su se zatekla na teritoriju RH bez pratnje zakonskog zastupnika i kojima je, sukladno prije spomenutoj odredbi čl. 240. st. 2. t. 7. ObZ-a, imenovan posebni skrbnik u 2022. godini povećao se za nešto više od 50 % u odnosu na prethodnu godinu.<sup>4</sup> Također, prema podacima Ministarstva unutarnjih poslova, zamjetno je veliko povećanje broja djece bez pratnje tražitelja međunarodne zaštite. Osobit porast bilježi se u protekloj godini, kada je broj djece više nego utrostručen u odnosu na prethodnu, 2022. godinu, a gotovo je osam puta veći u odnosu na 2021. godinu.<sup>5</sup> Dodatno bismo napomenuli da je samo u prva tri mjeseca ove godine 437 djece bez pratnje zatražilo međunarodnu zaštitu u Republici Hrvatskoj.<sup>6</sup> Kada su u pitanju djeca koja su zatečena u nezakonitom prelasku državne

---

<sup>2</sup> Čl. 240. st. 1. t. 7. Obiteljskog zakona, Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23, 156/23 (u nastavku: ObZ). Hrvatski zavod za socijalni rad imenovat će djetetu posebnog skrbnika, koji mora ispunjavati pretpostavke za imenovanje, te tako, primjerice, skrbnikom neće moći biti imenovana osoba čiji su interesi u suprotnosti s interesima djeteta ili osoba s obzirom na čije se ponašanje i osobine te odnose sa štíćenikom ne može očekivati da će pravilno obavljati skrbničku dužnost (čl. 240. st. 5. i 7. te čl. 248. ObZ-a). Smatramo da bi primjerenije zakonsko rješenje bilo imenovati djetetu bez pratnje individualnog, odnosno matičnog skrbnika s obzirom na to da je njegova uloga skrbiti o svim pravima i interesima djeteta, dakle cjelovito se brinuti o osobi štíćenika, a ne samo o njegovim pojedinim pravima i interesima. O tome v. Korać Graovac, A., *Obiteljskoppravna zaštita djece bez pratnje koja su žrtve trgovanja ljudima*, u: Korać Graovac, A. (ur.), *Pravna zaštita djece bez pratnje*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, str. 90 i 95.

<sup>3</sup> Godišnje izvješće o migracijama i azilu, Europska migracijska mreža, srpanj 2023., dostupno na: [https://emn.gov.hr/UserDocsImages/ARM%202022/KB-EMN\\_ARM2022\\_FINAL\\_050723.pdf](https://emn.gov.hr/UserDocsImages/ARM%202022/KB-EMN_ARM2022_FINAL_050723.pdf) (20. 5. 2024.).

<sup>4</sup> <https://mrosp.gov.hr/strategije-planovi-programi-izvjesca-statistika/4165> (20. 5. 2024.).

<sup>5</sup> <https://mup.gov.hr/pristup-informacijama-16/statistika-228/statistika-trazitelji-medjunarodne-zastite/283234> (20. 5. 2024.).

<sup>6</sup> *Ibid.*

granice i nezakonitom boravku u Republici Hrvatskoj u 2023. godini, postupano je prema 10 242 djeteta (od toga je 1690 djece bilo bez pratnje), što je značajan porast u odnosu na 8449 djece u 2022. (od toga 708 djece bez pratnje).<sup>7</sup> Ono što zabrinjava jest da detaljnijim uvidom i usporedbom podataka o djeci bez pratnje koju vode nadležna ministarstva možemo uočiti nedostatak pune i precizne evidencije broja djece bez pratnje na području Republike Hrvatske, a upravo na problem nedostatka centraliziranog prikupljanja podataka o djeci bez pratnje upozorava i pravobraniteljica za djecu u svojim izvješćima.<sup>8</sup>

Osim prema razlozima koji su doveli do toga da napuste zemlju podrijetla djeca bez pratnje razlikuju se i prema određenim osobnim karakteristikama, poput dobi, spola, etničke i vjerske pripadnosti te stupnju ranjivosti, kao i otpornosti s obzirom na proživljena vrlo često osobito traumatična iskustva.<sup>9</sup> Iz statističkih podataka također se može zaključiti da u ukupnom broju djece bez pratnje prevladava muška populacija u dobi od 15 do 18 godina.<sup>10</sup>

Zajedničko obilježje sve te djece jest potreba da im se pruži pomoć u ostvarivanju njihovih prava i zaštita od daljnje viktimizacije. Stoga ćemo, polazeći od ustavne obveze države da zaštiti djecu, kao i opće obveze svih da štite djecu,<sup>11</sup> u radu razmotriti globalni međunarodnopravni okvir kojim su postavljeni određeni općeprihvaćeni standardi poštovanja ljudskih prava, kao i podvrste ljudskih prava posebno namijenjene djeci kao jedinim adresatima – prava djece. Na temelju učinjene analize izdvojiti ćemo temeljna načela i opisane globalne standarde te ćemo zaključno iznijeti promišljanja o smjernicama daljnjeg poboljšanja pravnog položaja te osobito ranjive skupine djece.

## 2. KLJUČNI GLOBALNI INSTRUMENTI OD ZNAČAJA ZA DJECU BEZ PRATNJE

Razmatranje globalnog međunarodnopravnog okvira započet ćemo s Općom deklaracijom o ljudskim pravima,<sup>12</sup> koja predstavlja svojevrsan kamen-temeljac međunarodnog sustava ljudskih prava, te ćemo potom analizirati i druge međunarodne ugovore usvojene na razini Ujedinjenih naroda s obzirom na njihovu relevantnost za pravni položaj i zaštitu djece bez pratnje, i to: Međunarodni pakt o građanskim i političkim

---

<sup>7</sup> Podaci preuzeti iz Izvješća pravobraniteljice za djecu za 2023. godinu, str. 181. Dostupno na: <https://dijete.hr/hr/download/izvjesce-o-radu-pravobraniteljice-za-djecu-za-2023-godinu/> (20. 5. 2024.).

<sup>8</sup> V. <https://dijete.hr/hr/izvjesca/izvjesca-o-radu-pravobranitelja-za-djecu/> (20. 5. 2024.).

<sup>9</sup> Marušić, D., *Zaštita djece bez pratnje u sustavu socijalne skrbi*, u: Korać Graovac, A. (ur.), *Pravna zaštita djece bez pratnje*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, str. 41.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Čl. 63. i 65. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

<sup>12</sup> Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/2009 (u nastavku: Opća deklaracija).



pravima,<sup>13</sup> Konvenciju o pravima djeteta,<sup>14</sup> Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom,<sup>15</sup> Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena,<sup>16</sup> Konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije,<sup>17</sup> Konvenciju o statusu izbjeglica,<sup>18</sup> Konvenciju o pravnom položaju osoba bez državljanstva,<sup>19</sup> Konvenciju o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva,<sup>20</sup> Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebno žena i djece.<sup>21</sup> Uz navedene međunarodne ugovore razmotrit ćemo i Smjernice Ujedinjenih naroda za alternativnu skrb o djeci.<sup>22</sup>

Pored navedenih dokumenata Ujedinjenih naroda, a s obzirom na komplementarne napore Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, među ostalim i u poboljšanju zaštite djece u međunarodnim okolnostima, osvrnut ćemo se i na jedan međunarodni ugovor te globalne međuvladine organizacije koji smatramo relevantnim s obzirom na temu rada, a to je Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsi i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece iz 1996. godine.<sup>23</sup>

Prije zaključnih napomena kratko ćemo se osvrnuti na nekoliko regionalnih dokumenata usvojenih na razini Europske unije koje smatramo važnima istaknuti jer se u njima posebno prepoznaju djeca bez pratnje kao ranjiva skupina kojoj je potrebna dodatna pomoć i zaštita.

## 2.1. Opća Deklaracija o ljudskim pravima

Među dokumentima Ujedinjenih naroda posebnu vrijednost zauzima Opća deklaracija o ljudskim pravima kao prvi sveobuhvatni globalni međunarodni dokument o ljudskim pravima, usvojen neposredno nakon završetka 2. svjetskog rata 1948. godine. U vrijeme njezina donošenja Opća deklaracija predstavljala je dokument kojim se željelo „obnoviti

---

<sup>13</sup> Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93.

<sup>14</sup> Konvencija o pravima djeteta, Službeni list SFRJ, br. 15/90, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 13/98 (u nastavku: KPD).

<sup>15</sup> Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/2007, 3/2008, 5/2008.

<sup>16</sup> Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

<sup>17</sup> Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/1967, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

<sup>18</sup> Konvencija o statusu izbjeglica, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/1960, 15/1967, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

<sup>19</sup> Konvencija o pravnom položaju osoba bez državljanstva, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 7/1971, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

<sup>20</sup> Konvencija o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 8/2011.

<sup>21</sup> Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebno žena i djece, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/02, 11/04 (u nastavku: Protokol). Radi se o Protokolu kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta. V. *infra*.

<sup>22</sup> Tekst dostupan na: [https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2015/09/Smjernice\\_za\\_alternativnu\\_skrb.pdf](https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2015/09/Smjernice_za_alternativnu_skrb.pdf) (u nastavku: Smjernice) (20. 5. 2024.).

<sup>23</sup> Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/2009 (u nastavku: Konvencija iz 1996.).

vjeru u ljudski razum i uliti nadu čovječanstvu<sup>24</sup> sažimajući ideje o tome što bi bilo potrebno ostvariti kako se strahote, razaranja i zločini velikih ratova 20. stoljeća ne bi ponavljali.<sup>25</sup>

Premda je riječ o neobvezujućem pravnom instrumentu, Opća deklaracija predstavlja jedan od najznačajnijih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima te je postavila temelj razvoja međunarodnog sustava ljudskih prava.<sup>26</sup> Deklaracija sadrži 30 odredaba u kojima su navedena sva do tada prepoznata ljudska prava i slobode. Njezin sadržaj inkorporiran je u najviše pravne akte brojnih suvremenih država, pa tako i u Ustav Republike Hrvatske.

Načela postavljena u Općoj deklaraciji detaljnije su razrađena u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima te Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.<sup>27</sup> Za pravni položaj djece bez pratnje naglasili bismo sljedeće odredbe Opće deklaracije: načelo nediskriminacije (čl. 2. "Svakome pripadaju sva prava i slobode utvrđene u ovoj Deklaraciji bez razlike bilo koje vrste..."); pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost (čl. 3.); zabrana ropstva, mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupka ili kazni (čl. 4. i 5.); načelo jednakosti svih pred zakonom (čl. 7.); pravo na djelotvorno pravno sredstvo, odnosno pravni lijek (čl. 8.); zabrana samovoljnog uhićenja, zatvaranja ili izгона (čl. 9.); zabrana samovoljnog miješanja u privatni život, obitelj, dom ili dopisivanje te napada na čast i ugled osobe, kao i pravo na zakonsku zaštitu protiv takva miješanja (čl. 12.); pravo na slobodu kretanja i boravka unutar granica svake države (čl. 13.); pravo tražiti i dobiti utočište u drugim zemljama u slučaju progona (čl. 14.); pravo na državljanstvo (čl. 15.); pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti (čl. 18.); pravo na obrazovanje (čl. 26.).<sup>28</sup>

Proces započet usvajanjem Opće deklaracije nastavlja se i danas, a može se reći kako ideja ljudskih prava, premda postupno i uz povremena posrtnja, postaje "raširenom ideologijom zajedničkom velikom dijelu suvremenog svijeta".<sup>29</sup>

## 2.2. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima jedan je od globalnih međunarodnih dokumenata usvojen u Općoj skupštini Ujedinjenih naroda u prosincu

---

<sup>24</sup> Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2020, str. 116.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> O značaju Opće deklaracije, kao i općenito o povijesti ljudskih prava, v. Tomuschat, C., *Human Rights – Between Idealism and Realism*, Third ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>27</sup> Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Službeni list SFRJ, br. 7/1971, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

<sup>28</sup> Na regionalnoj razini mogli bismo reći da su pojedina od navedenih prava pretočena u Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17, te u Povelju o temeljnim pravima EU-a, o kojoj više *supra*.

<sup>29</sup> Smerdel, B., *op. cit.* u bilj. 25, str. 118.

1966. godine. Polazeći od načela Povelje Ujedinjenih naroda te spomenute Opće deklaracije o ljudskim pravima, u uvodnim odredbama Pakt naglašava načelo nediskriminacije. Naime, svaka država stranka obvezuje se poštovati i jamčiti prava priznata u Paktu "svim osobama na svojem području i područjima koja se nalaze pod njezinom jurisdikcijom bez obzira na razlike, kao što su rasa, boja kože, spol, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, imovina, rođenje ili neka druga okolnost" (čl. 2. st. 1. Pakta). Posebno je to naglašeno u odnosu na djecu (što se onda, dakako, odnosi i na onu bez pratnje) te je tako istaknuto da "svako dijete, bez razlike glede rase, boje kože, spola, jezika, vjere, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine ili rođenja, ima pravo na mjere zaštite od strane svoje obitelji, društva i države koje odgovaraju njegovu malodobnom statusu" (čl. 24. st. 1.). Načelo nediskriminacije predstavlja zasigurno jedan od stupova suvremenih pravnih sustava, a mogli bismo reći da se osobito ogleda u potrebi pružanja odgovarajuće podrške posebno ranjivim skupinama djece.

Imajući na umu potrebe djece bez pratnje, dodatno bismo izdvojili sljedeće odredbe kojima se jamči: pravo na djelotvoran pravni lijek (čl. 2. st. 3.), pravo na život (čl. 6.), zabrana mučenja, okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kazni (čl. 7.), pravo na slobodu i osobnu sigurnost (čl. 9.), pravo na slobodu kretanja svih koji se zakonito nalaze na području neke države stranke (čl. 12.), ograničenje protjerivanja stranaca (čl. 13.), jednakost pred sudom (čl. 14.), poštovanje i pravna zaštita privatnog života, obitelji i dopisivanja (čl. 17.), pravo na slobodu misli, savjesti i vjere (čl. 19.), zaštita obitelji kao prirodne i temeljne društvene jedinice od strane društva i države (čl. 23.), jednakost pred zakonom i pravo na jednaku pravnu zaštitu bez ikakve diskriminacije (čl. 26.).

Vrijednost ovoga dokumenta, kao što je istaknuto u Preambuli, jest u tome što su se njime države stranke obvezale na poduzimanje odgovarajućih mjera s ciljem poštovanja i zaštite temeljnih ljudskih građanskih i političkih prava koja pripadaju svakom ljudskom biću, a proizlaze iz "prirodnog dostojanstva ljudske osobe". Zbog svoje univerzalnosti navedena prava odnose se i na djecu (bez pratnje), no kako se ipak radi o posebno ranjivoj društvenoj skupini, koja zahtijeva dodatnu specifičnu zaštitu, ključni korak u osiguravanju takve zaštite i uvažavanja specifičnih potreba djece bilo je usvajanje Konvencije o pravima djeteta, obvezujućega međunarodnog dokumenta usmjerenog upravo na osobitosti tih potreba, koje su uzdignute u rang prava djece kao posebne kategorije ljudskih prava.

### **2.3. Konvencija o pravima djeteta**

Među globalnim instrumentima o ljudskim pravima posebno mjesto pripada dokumentu koji su ratificirale gotovo sve države svijeta, a koji je različitim i specifičnim potrebama djece pridao, kao što smo istaknuli, atribut dječjih prava – Konvenciji o pravima djeteta. Ona je prvi međunarodni obvezujući dokument kojim su izrijeком prepoznata i zaštićena

posebna prava jedne od najranjivijih društvenih skupina – prava djece, te u kojem se prepoznaje potreba osobite zaštite ranjivih skupina djece. Republika Hrvatska stranka je navedene konvencije od 8. listopada 1991. na temelju notifikacije o sukcesiji. Po pravnoj snazi, a u skladu s odredbom čl. 134. Ustava RH, Konvencija je iznad zakona te obvezuje sudove i upravna tijela na neposrednu primjenu.

Preporuke Odbora za prava djeteta u povodu inicijalnog izvješća Republike Hrvatske o stanju prava djece bile su izravan povod uspostavi instituta pravobranitelja za djecu te je prvi zakonski propis koji je uredio njegovo djelovanje i nadležnost usvojen 2003. godine.<sup>30</sup> Uz KPD usvojena su i tri dodatna protokola, koje je Republika Hrvatska ratificirala 2002., odnosno 2017. godine.<sup>31</sup> Sva prava koja se navode u KPD-u jednaka su, temeljna, nedjeljiva i isprepletena te nema govora o hijerarhiji prava, a kada se radi o djeci bez pratnje, od osobite je važnosti odredba čl. 2. KPD-a, prema kojoj će države stranke poštovati i “osigurati svakom djetetu na svojem području prava navedena u ovoj Konvenciji bez ikakve diskriminacije prema djetetu, njegovim roditeljima ili zakonskim skrbnicima glede njihove rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnoga, etničkoga ili socijalnog podrijetla, imovine, teškoća u razvoju, obiteljskog podrijetla ili kakve druge okolnosti”. Prema tome obveza je države svakom djetetu na njezinu teritoriju bez razlike jamčiti i osigurati jednaku razinu prava koja priznaje Konvencija.<sup>32</sup> Unatoč istaknutoj jednakovrijednosti svih konvencijskih prava s aspekta zaštite prava pojedinog djeteta, osobito djeteta bez pratnje, koje je izloženo različitim rizicima, izdvojili bismo pravo na slobodu izražavanja, koje “mora, neovisno o granicama, uključivati slobodu traženja, primanja i širenja obavijesti i ideja svake vrste, usmeno ili pismeno, tiskom ili umjetničkim oblikovanjem, ili kojim drugim sredstvom prema izboru djeteta” (čl. 13. KPD-a). Dijete dakle mora biti informirano o svojim pravima, dostupnim službama te situaciji u kojoj se nalazi, i to na način koji odgovara njegovoj zrelosti i sposobnosti razumijevanja.<sup>33</sup> Preduvjet mogućnosti ostvarivanja njihovih prava jest znanje o njima, dakle dobivanje informacija o pravima koja im kao djeci pripadaju.<sup>34</sup> Činjenica da djeca

---

<sup>30</sup> Institut pravobranitelja uređuje Zakon o pravobranitelju za djecu, Narodne novine, br. 73/2017. Navedenim propisom određena je uloga pravobranitelja za djecu te tako u skladu s odredbom čl. 2. pravobranitelj “štiti, prati i promiče prava i interese djece na temelju Ustava Republike Hrvatske, međunarodnih ugovora, obvezujućih pravnih akata Europske unije i zakona”.

<sup>31</sup> Riječ je o Fakultativnom protokolu glede uključivanja djece u oružane sukobe, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/2002, Fakultativnom protokolu o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/2002, te Fakultativnom protokolu o postupku povodom pritužbi, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 2/2017. Više o protokolima v. Hrabar, D., Protokoli uz Konvenciju o pravima djeteta, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, 2002, br. 2, str. 319–348, dok o posljednje navedenom dodatno v. Hrabar, D., *Bridging the Non-protection of Children's Rights Through the Optional Protocol to the CRC on Communications Procedure and a Future European Court*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. VIII, Posebni broj, 2017, str. 13–33.

<sup>32</sup> O tome v. Hrabar, D., Uvod u prava djece, u: Hrabar, D. (ur.), Prava djece, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, str. 13–39.

<sup>33</sup> Radina, A., *Dijete izbjeglica u svjetlu Konvencije o pravima djeteta*, Pravnik, 43, Posebno izdanje, 2009, str. 238 i 239.

<sup>34</sup> Rap, S. E., *The right to information of (un)accompanied refugee children: improving refugee children's legal position, fundamental rights' implementation and emotional well-being in the Netherlands*, The International Journal of Children's Rights, 28, 2020, 2, str. 324.

dolaze iz drugačijeg kulturnog i jezičnog podneblja može, svakako, predstavljati izazov u njegovu ostvarenju,<sup>35</sup> no u tom smislu postoji odgovornost države poduzeti odgovarajuće mjere kako bi dijete moglo ostvariti ovo pravo, što, primjerice, uključuje osiguranje sudjelovanja prevoditelja. Pored navedenog, dijete je potrebno uključiti u donošenje odluka koje ga se tiču te mu omogućiti da izrazi svoje mišljenje, koje se mora uzeti u obzir sukladno dobi i zrelosti djeteta, te to pravo također jamči KPD u čl. 12. Ostvarenje navedenog prava usko je vezano uz ostvarenje najboljeg interesa djeteta kao temeljne smjernice koju je postavio KPD kod donošenja svih odluka koje se odnose na dijete. Naime, ukoliko se žele donijeti odluke u najboljem interesu djetetu, potrebno mu je omogućiti da bude uključeno, odnosno da izrazi svoje mišljenje o stvarima koje se na njega odnose, što pojašnjava i Odbor za prava djeteta ističući komplementaran odnos tih dvaju konvencijska prava, a ujedno i načela KPD-a.<sup>36</sup> U tom smislu smatramo da je zadaća države djelovati na unaprijeđenju i daljnjem razvijanju kompetencija stručnjaka za komunikaciju s djecom bez pratnje, pri čemu posebice mora imati u vidu specifične potrebe i njihovu ranjivost, a počesto i traumatiziranost.

Uz već spomenuta načela najboljeg interesa djeteta te prava na izražavanje mišljenja među temeljnim načelima KPD-a navode se i pravo na razvoj te zabrana diskriminacije, o kojoj je također bilo govora *supra*.<sup>37</sup> S obzirom na osobitu važnost obrazovanja za razvoj osobnosti i potencijala svakog djeteta,<sup>38</sup> KPD obvezuje države stranke da svakom djetetu omoguće pristup obrazovanju (čl. 28., 29., 30. i 32.). Stoga je uključivanje djece u odgojno-obrazovni sustav te osiguravanje strukturiranog učenja hrvatskog jezika svakako važno dodatno osnažiti.<sup>39</sup> O posebnoj zaštiti djece odvojene od obitelji, što uključuje i djecu bez pratnje, KPD govori u čl. 20., koji glasi: “1. Dijete kojemu je privremeno ili trajno uskraćena obiteljska sredina, ili koje zbog svoje dobrobiti u njoj ne smije ostati, ima pravo na posebnu zaštitu i pomoć države. 2. Države stranke u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom takvu će djetetu osigurati zamjensku zaštitu. 3. Takva zaštita može, *inter alia*, uključivati smještaj kod udomitelja, *kafalu* po islamskom zakonu, posvojenje ili, po potrebi, smještaj u odgovarajuće ustanove za skrb o djeci. Pri donošenju rješenja osobita

---

<sup>35</sup> Kao primjer dobre prakse istaknuli bismo informativni materijal za djecu bez pratnje izrađen u sklopu Projekta „Unaprijeđenje zaštite prava djece bez pratnje“ Hrvatskog pravnog centra. Naime, namjera je bila da se “pri prvom kontaktu s djetetom bez pratnje pusti audiosnimka na jeziku koji to dijete razumije kako bi mu se pružile osnovne informacije, čime bi se olakšao i rad osobama zaduženim za rad s djecom bez pratnje, kao i boravak djeci bez pratnje u Hrvatskoj.” V. <https://www.hpc.hr/2017/07/17/izraden-informativni-letak-za-djecu-bez-pratnje-u-audio-formatu-dostupan-i-na-web-stranici-hpc-a/#> (20. 5. 2024.).

<sup>36</sup> Opći komentar br. 12 Odbora za prava djeteta, t. 74.; *General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard.* Dostupno na: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) (20. 5. 2024.).

<sup>37</sup> Hrabar, D., *Obiteljskopravni odnosi roditelja i djece*, u: Hrabar, D. (ur.), *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021, str. 199.

<sup>38</sup> Fortin, J., *Promoting consultation and decision-making in schools*, *Children's rights and the Developing Law*, LexisNexis UK, 2003, str. 162. Navedeno prema Radina, A., *op. cit.* u bilj. 34, str. 241.

<sup>39</sup> V. *op. cit.* u bilj. 8, str. 186. Pritom treba imati na umu kako je pohađanje škole ključno za „normalizaciju“ stanja djeteta bez pratnje i zbog važnosti za mentalno zdravlje djeteta. V. Buchanan, A.; Kallinikaki, T., *Meeting the needs of unaccompanied children in Greece*, *International Social Work*, 63, 2020, (2), str. 214.

pozornost mora se posvetiti osiguranju kontinuiteta u djetetovu odgoju, kao i njegovu etničkom, vjerskom, kulturnom ili jezičnom podrijetlu.” Prema tome djetetu bez pratnje potrebno je osigurati osobitu zaštitu i pomoć od strane države, što uključuje različite aktivnosti s ciljem ostvarivanja prava navedenih u KPD-u.<sup>40</sup>

Dodatno, treba istaknuti i odredbu čl. 22. KPD-a, koja propisuje obvezu države da poduzme prikladne mjere “kako bi dijete koje traži izbjeglički status ili koje se drži izbjeglicom prema važećem međunarodnom i domaćem pravu, bilo da je bez pratnje ili je u pratnji roditelja ili koje druge osobe, primilo primjerenu zaštitu i humanitarnu pomoć u skladu s primjenjivim pravima navedenim u ovoj Konvenciji i drugim međunarodnim instrumentima ljudskih prava, kao i humanitarnim instrumentima kojih su spomenute države stranke”. U nastavku je određeno da će u tu “svrhu i u mjeri koju drže potrebnom države stranke sudjelovati u svim naporima Ujedinjenih naroda i ostalih mjerodavnih međudržavnih ili nevladinih organizacija koje surađuju s Ujedinjenim narodima da se takvu djetetu pruži zaštita i pomoć i da se pronađu roditelji ili drugi članovi obitelji svakog djeteta izbjeglice kako bi se od njih prikupile obavijesti potrebne za njegovo ponovno sjedinjenje s obitelji. U slučajevima kad se djetetovi roditelji ili članovi obitelji ne mogu pronaći njemu će se osigurati ista zaštita kao i svoj drugoj djeci kojoj je iz bilo kojeg razloga privremeno ili trajno uskraćena njihova obiteljska sredina, kako je navedeno u ovoj Konvenciji”. KPD dakle djeci izbjeglicama jamči ista građanska, kulturna, socijalna,

---

<sup>40</sup> Jedna je od njih imenovanje posebnog skrbnika djetetu, kako predviđa ObZ, kao oblik zaštite djeteta stranog državljanstva ili apatrida koje se bez pratnje zakonskog zastupnika zatekne na teritoriju Republike Hrvatske. Posebni skrbnici imenuju se uglavnom iz reda stručnih radnika područnih ureda Hrvatskog zavoda za socijalni rad, koji uz sve redovite obveze teško da mogu na odgovarajući način skrbiti o djetetu koje je često bilo izloženo višestrukim traumatskim iskustvima, odnosno o njegovim pravima, te mu biti u dovoljnoj mjeri dostupni i izgraditi odnos povjerenja. Dužnost je posebnog skrbnika, kako se navodi u čl. 240. st. 2. ObZ-a, zastupati dijete u postupku za koji je imenovan, dok, kada je u pitanju dijete bez pratnje, posebni skrbnik ima dužnost zastupati dijete u svim postupcima pred nadležnim tijelima, obavijestiti dijete o predmetu, tijeku i mogućem ishodu postupka na prikladan način te osigurati da djetetovo pravo na izražavanje mišljenja bude ostvareno. Velik izazov svakako predstavlja jezična barijera te je ključno osigurati prevoditelje kako bi posebni skrbnik mogao komunicirati s djetetom, odnosno kako bi se djetetu omogućilo da izrazi svoje brige, potrebe i stavove (čl. 240. st. 2. u vezi s čl. 360. st. 3., 5. i 6. ObZ-a.). Nameće se i pitanje potrebne dodatne educiranosti za rad s tom skupinom djece. U tom smislu moguće rješenje koje se sve češće spominje jest profesionalizacija skrbništva.

Smještaj djece bez pratnje može predstavljati velik izazov s obzirom na ograničene mogućnosti koje postoje u domaćem sustavu. Na problem neodgovarajućeg, odnosno neprimjerenog smještaja djece bez pratnje upućuje i pravobraniteljica u svojim izvješćima. Naime, nerijetko se djeca bez pratnje smještaju u uglavnom prekapacitirane ustanove socijalne skrbi za djecu s problemima u ponašanju, što nikako nije primjereno rješenje i dovodi do dodatnih teškoća, osobito zbog kulturnih razlika, te izazova za odgajatelje (v. *op. cit.* u bilj. 8, str. 182). Smještaj u udomiteljskim obiteljima, iako je predviđen posebnim propisom, nije zaživio u praksi. Prema podacima nadležnog ministarstva samo je jedno dijete bez pratnje u 2022. bilo smješteno u udomiteljsku obitelj (V. Godišnje statističko o primijenjenim pravima socijalne skrbi 2022., dostupno na: <https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Glavno%20tajni%C5%A1tvo/Godi%C5%A1nje%20izvje%C5%A1t%C4%87e%202022/Godi%C5%A1nje%20statisti%C4%8Dko%20o%20primijenjenim%20pravima%20socijalne%20skrbi%202022.pdf>, str. 9) te stoga promicanje i osnaživanje udomiteljstva predstavlja veliki izazov. Jedno od rješenja koje bi moglo pridonijeti primjerenijoj zaštiti djece bez pratnje moglo bi biti i osnivanje specijalizirane ustanove za skrb o toj skupini djece s vrlo specifičnim potrebama, u kojoj bi djeci bila pružena i potrebna psihosocijalna podrška, omogućeno učenje jezika te individualizirani pristup, kao i općenito poboljšanje skrbi o njima, a na tu potrebu godinama upozorava i pravobraniteljica za djecu (v. *op. cit.* u bilj. 8, str. 183).

ekonomska i druga prava kao i svoj drugoj djeci.<sup>41</sup> Pored toga u njoj su sadržana dodatna jamstva zaštite upravo djece razdvojene od obitelji, odnosno djece izbjeglica.

Kada je u pitanju tumačenje pojedinih konvencijskih prava djece, važnu ulogu ima Odbor za prava djeteta, koji redovito donosi opće komentare, a jedan od njih posebno se odnosi na ranjivu skupinu djece, koja su tema ovoga rada. To je Opći komentar br. 6 iz 2005. godine o djeci bez pratnje i razdvojenoj djeci.<sup>42</sup> Dok djecu bez pratnje Odbor za prava djeteta određuje kao djecu odvojenu od oba roditelja i drugih srodnika o kojima se ne brine neka druga odrasla osoba odgovorna za njih na temelju zakona ili običaja, razdvojena su djeca ona koja su odvojena od roditelja ili osobe koja je po zakonu ili običaju primarno skrbila o njima (*primary caregiver*), ali ne nužno i od drugih srodnika, te tako mogu biti u pratnji drugog odraslog člana obitelji.<sup>43</sup>

U uvodnom dijelu Općeg komentara br. 6 navodi se kako mu je svrha usmjeriti pozornost na osobitu ranjivost skupine djece na koju se odnosi, istaknuti viševrsne izazove koji stoje pred državama i drugim dionicima u osiguranju ostvarivanja zajamčenih prava djece bez pratnje, kao i pružiti smjernice koje se tiču zaštite, skrbi i odgovarajućeg postupanja prema djeci bez pratnje u skladu s pravnim okvirom koji pruža KPD, s posebnim naglaskom na načela nediskriminacije, najboljeg interesa djeteta te prava djeteta na slobodno izražavanje vlastitog mišljenja.<sup>44</sup> Odbor za prava djece tako ističe nedostatke u zaštiti djece bez pratnje i razdvojene djece, koji se posebice odnose na povećan rizik od spolne zloporabe i iskorištavanja, novačenje djece za vojne svrhe, dječji rad, pritvaranje djece, manjak hrane, skloništa, doma, zdravstvenih usluga i obrazovanja.<sup>45</sup> Tako se u Općem komentaru br. 6 uz određenje temeljnih načela koja se imaju primijeniti na djecu bez pratnje s mnogo pojedinosti detaljno daju upute državama kako odgovoriti na opće i specifične potrebe djece za zaštitom (identificiranje, registracija, informiranje djeteta; imenovanje skrbnika/savjetnika/zakonskog zastupnika; smještaj i skrb; puni pristup obrazovanju; standard življenja sukladan tjelesnom, mentalnom i duševnom razvoju; pristup zdravstvenoj skrbi; sprječavanje trgovine i svih drugih oblika iskorištavanja, zlostavljanja i nasilja; sprječavanje novačenja djeteta; prevencija lišavanja slobode), pristup traženju azila, zatim slijedi dio o sjedinjenju obitelji, povratku te drugim oblicima trajnih rješenja, te na kraju upute o obuci osoba koje rade s djecom bez pratnje, kao i o prikupljanju podataka te vođenju statistike o djeci bez pratnje.

<sup>41</sup> Radina, A., *op. cit.* u bilj. 34, str. 235.

<sup>42</sup> *General Comment no. 6 (2005) Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, donesen na 39. zasjedanju od 17. svibnja do 3. lipnja 2005., u nastavku: Opći komentar br. 6. Tekst dostupan na: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F6%2F2005%2F6&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F6%2F2005%2F6&Lang=en) (20. 5. 2024.). Detaljno o Općem komentaru br. 6 v. Hrabar, D., *Opći komentar br. 6 o djeci bez pratnje i razdvojenoj djeci*, u: Korać Graovac, A. (ur.), *Pravna zaštita djece bez pratnje*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, str. 9–26.

<sup>43</sup> T. 7. i 8. Općeg komentara br. 6.

<sup>44</sup> T. 1. Općeg komentara br. 6.

<sup>45</sup> Hrabar, D., *op. cit.* u bilj. 43, str. 13.

Nadalje, 2017. godine usvojen je i zajednički Opći komentar br. 3 Odbora za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih obitelji te br. 22 Odbora za prava djeteta o općim načelima koja se odnose na ljudska prava djece u kontekstu međunarodnih migracija,<sup>46</sup> kao i Zajednički Opći komentar br. 4 Odbora za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih obitelji te br. 23 Odbora za prava djeteta o obvezama država u vezi s ljudskim pravima djece u kontekstu međunarodne migracije u zemljama podrijetla, tranzita, odredišta i povratka,<sup>47</sup> koji se međusobno nadopunjuju i daju smjernice državama u pogledu zaštite prava djece u okolnostima međunarodnih migracija.

U Općem komentaru br. 22 navodi se tako stav Odbora za prava djeteta kako bi u cilju ostvarivanja prava sve djece u kontekstu međunarodnih migracija sljedeći elementi trebali biti dio politika i prakse koje treba razviti i implementirati. Prvo, sveobuhvatne, međuinstitucijske politike tijela nadležnih za zaštitu i skrb o djeci i drugih ključnih tijela koja se bave socijalnom zaštitom, zdravljem, obrazovanjem, pravosudnih tijela, tijela koja se bave migracijama, kao i između područne, državne te lokalne uprave; zatim prikladna sredstva, uključujući ona financijska namijenjena osiguranju učinkovite implementacije politika i programa; te kontinuirana edukacija, odnosno usavršavanje službenika koji se bave zaštitom djece, migracijama i drugim srodnim područjima o pravima djece, migranata, izbjeglica, apatrida, uključujući i edukacije o višestrukoj diskriminaciji (t. 18.).

Nadalje, ističe se da su države stranke dužne osigurati da se konvencijska načela i odredbe u potpunosti implementiraju i imaju pravni učinak u relevantnom domaćem zakonodavstvu, politikama i praksi. U svim djelovanjima koja se odnose na djecu, dakle i na djecu u okolnostima migracija, države se trebaju voditi temeljnim načelima KPD-a – nediskriminacije, najboljeg interesa djeteta, prava na razvoj (koji uključuje tjelesni, mentalni, moralni, duhovni i socijalni aspekt), prava na izražavanje mišljenja djeteta o svim stvarima koje se na njega odnose te uvažavanja mišljenja djeteta u skladu s njegovom dobi i zrelošću. U tom pogledu navodi se da države trebaju poduzeti mjere, uključujući i one zakonodavne, s ciljem osiguranja pridržavanja navedenih načela u praksi, kao i da navedena načela budu u fokusu svih politika koje utječu na djecu u kontekstu međunarodnih migracija te da se primijene u tumačenju i analizi posebnih obveza države koje su pojašnjene u Općem komentaru br. 23 (t. 19.). Štoviše, Odbor se poziva na nužnost dinamičnog tumačenja obiju konvencija, koje će se temeljiti na pristupu u kojem je dijete u središtu (*childcentred approach*) kako bi se osigurala njihova učinkovita implementacija te poštovanje, zaštita i ostvarivanje prava djece u okolnostima sve većih izazova koje migracije postavljaju pred djecu (t. 20.). Također, pored važnosti primjene načela KPD-a,

---

<sup>46</sup> *Joint General Comment No. 3 of the CMW and No. 22 of the CRC in the context of International Migration: General principles*, dostupno na: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/59/PDF/G1734359.pdf?OpenElement> (20. 5. 2024.), u nastavku: Opći komentar br. 22.

<sup>47</sup> *Joint General Comment No. 4 of the CMW and No. 23 of the CRC in the context of International Migration: States parties' obligations in particular with respect to countries of transit and destination*, dostupno na: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/65/PDF/G1734365.pdf?OpenElement> (20. 5. 2024.), u nastavku Opći komentar br. 23.



naglašava se potreba da države stranke poštuju načelo neprotjerivanja (*non-refoulement*), koje proizlazi iz međunarodnih ugovora koji će dijelom biti analizirani *infra*. U Općem komentaru br. 23 Odbor za prava djeteta razmatra i pojašnjava pojedine obveze država stranaka u pogledu zaštite prava djece u okolnostima međunarodnih migracija.<sup>48</sup> Osobita zabrinutost iskazana je za starije maloljetnike u dobi od 15 do 18 godina, u odnosu na koje je uočeno da im se pruža niža razina zaštite ili se prema njima postupa kao prema odraslima, što nije u skladu s KPD-om te se države pozivaju osigurati jednake standarde zaštite za svako dijete, dakle osobu mlađu od 18 godina, bez obzira na migrantski status (t. 3. i 4.).<sup>49</sup>

Preporuke Odbora za prava djeteta Hrvatskoj iz 2022. kada su u pitanju djeca bez pratnje jesu, među ostalim, okončati praksu prisilnog povratka obitelji i djece u migracijskim situacijama<sup>50</sup> i osigurati njihovu pojedinačnu identifikaciju te registraciju, kao i zaštitu od prisilnog povratka; poboljšati uvjete za prihvata: ojačati okvire skrbištva; osigurati da se mišljenja djece pravilno uzimaju u obzir pri donošenju svih odluka koje se odnose na njih; osigurati da djeca ne budu smještena u čuvane pritvorske centre, odnosno ustanove za djecu s problemima u ponašanju; ojačati podršku za oporavak i socijalnu integraciju; osigurati pristup obrazovanju i zdravstvenoj skrbi te usvojiti mjere za provedbu Zakona o udomiteljstvu,<sup>51</sup> koji predviđa mogućnost smještaja djece bez pratnje u udomiteljske obitelji.<sup>52</sup>

Pored obveza koje postoje na temelju ovog najsveobuhvatnijeg međunarodnog dokumenta o dječjim pravima, imajući u vidu dodatnu ranjivost djece bez pratnje koja su

---

<sup>48</sup> Prava djece (te obveze država u pogledu njihove zaštite i ostvarivanja) koja su predmet razmatranja jesu: pravo na slobodu, pravo na pristup pravosuđu, pravo na osobno ime i stjecanje državljanstva, pravo na zaštitu obiteljskog života, pravo na zaštitu od svih oblika nasilja i zlostavljanja, uključujući i iskorištavanje, dječji rad, odvođenje, prodaju i trgovinu djecom, pravo na zaštitu od ekonomskog izrabljivanja, pravo na primjeren životni standard, pravo na zdravlje, pravo na obrazovanje.

<sup>49</sup> Fragnito, F., *Respecting the rights of unaccompanied migrant children in Europe*, *Drepturile Omului Human Rights*, 2019 (2), str. 76; Lelliot, J., *Unaccompanied Children in Limbo: The Causes and Consequences of Uncertain Legal Status*, *International Journal of Refugee Law*, vol 34, 2022, 1, str. 3 i 24.

<sup>50</sup> Presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetu M. H. i drugi protiv Hrvatske od 18. 11. 2021. prva je presuda u odnosu na Republiku Hrvatsku koja se odnosi na postupanje nadležnih tijela prema ilegalnim migrantima. Podnositelji zahtjeva, afganistanska obitelj s trinaestero djece, naveli su da je nekoliko njih pokušalo u studenome 2017. ilegalno ući u Republiku Hrvatsku, pri čemu ih je zaustavila hrvatska policija, vratila ih na granicu i rekla im da nastave put prema Srbiji. Nekoliko minuta nakon toga, u naletu vlaka, poginula je šestogodišnja djevojčica, kći podnositelja zahtjeva. Djevojčici je ukazana liječnička pomoć na teritoriju Republike Hrvatske, no djevojčica je preminula, a podnositelji su se vratili u Republiku Srbiju. Naknadno, u ožujku 2018. godine, uspjeli su ilegalno ući na teritorij Republike Hrvatske te su bili smješteni u Centar za prihvata stranaca u Tovarniku radi provjere identiteta i provedbe postupka međunarodne zaštite, koji su u međuvremenu pokrenuli. Europski je sud utvrdio da je Republika Hrvatska povrijedila nekoliko temeljnih prava podnositelja zahtjeva, od kojih bismo istaknuli povredu pozitivne obveze temeljem čl. 2. Konvencije neprovođenjem učinkovite istragu vezano uz smrt njihove šestogodišnje djevojčice; povredu čl. 3. Konvencije postupajući protivno zabrani mučenja i ponižavajućeg postupanja u odnosu na maloljetne podnositelje, koji su zajedno s odraslim članovima obitelji gotovo tri mjeseca bili u smještaju zatvorenog tipa, koji se može izjednačiti s detencijom, te povredu čl. 4. Protokola br. 4, koji zabranjuje kolektivno protjerivanje. <https://uredzastupnika.gov.hr/vijesti/nova-presuda-m-h-i-drugi-protiv-hrvatske/753> (20. 5. 2024.).

<sup>51</sup> Zakon o udomiteljstvu, Narodne novine, br. NN 115/18, 18/22.

<sup>52</sup> V. <https://dijete.hr/hr/izvjesca/odbor-za-prava-djeteta-un-a/> (20. 5. 2024.).

suočena i s nekim oblikom invaliditeta, u nastavku ćemo se osvrnuti na sljedeći dokument Ujedinjenih naroda, koji je imao cilj osnažiti zaštitu i promicanje prava upravo osoba s invaliditetom, uključujući, dakako, i djecu.

#### 2.4. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom

Republika Hrvatska bila je među prvim zemljama koje su ratificirale ovaj međunarodni ugovor, koji je, inače, bio najbrže ispregovarani globalni međunarodni dokument i prvi takav u 21. stoljeću usvojen u Općoj skupštini Ujedinjenih naroda u prosincu 2006. godine. Uz Konvenciju usvojen je i Fakultativni protokol. Konvencija ne predviđa neka nova prava osoba s invaliditetom koja već ne postoje u međunarodnim dokumentima te je ona u tome pogledu njima komplementarna, već pojašnjava obveze država stranaka glede postojećih prava, koja na jednakoj osnovi moraju biti poštovana i zaštićena i u odnosu na osobe na koje se Konvencija odnosi, a za koja je zapaženo da se često krše ili uskraćuju ovoj po mnogočemu još uvijek ranjivoj, stigmatiziranoj i marginaliziranoj društvenoj skupini.<sup>53</sup> Ona također postavlja univerzalan minimum standarda koji treba primjenjivati te pruža osnovu za koherentan okvir djelovanja.<sup>54</sup> Osobe s invaliditetom sukladno Konvenciji jesu “one osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima”.<sup>55</sup>

Ako se radi o djeci bez pratnje koja imaju i neki oblik invaliditeta, njihova ranjivost još je intenzivnija te je potreba za zaštitom time naglašeniya. Njihova ranjivost proizlazi kako iz dobi tako i zbog okolnosti što se nalaze izložena različitim opasnostima i rizicima jer su udaljena od doma, razdvojena od roditelja na nepoznatom prostoru, te uz to suočena s izazovima koje pred njih postavlja invaliditet. Uz opća načela Konvencije, među kojima bismo izdvojili načelo poštovanja razvojnih sposobnosti djece s teškoćama u razvoju i poštovanja prava djece s teškoćama u razvoju na očuvanje vlastitog identiteta iz čl. 3., zbog njihove važnosti za djecu bez pratnje s invaliditetom izdvojili bismo konvencijske odredbe koje se odnose na jednakost svih pred zakonom i zabranu diskriminacije (čl. 5.). Radi se o općeprihvaćenim načelima, koja se naglašavaju i u drugim dokumentima o ljudskim pravima, no s obzirom na nužnost njihova dodatnog osnaživanja i primjene glede osoba s invaliditetom posebno su istaknuta u uvodnim odredbama Konvencije. Naime, i u Preambuli Konvencije izražava se zabrinutost time što se osobe s invaliditetom i dalje

---

<sup>53</sup> *United Nations (2007). From Exclusion to equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol. Geneva: United Nations, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Inter-Parliamentary Union.* Dostupno na: <http://archive.ipu.org/PDF/publications/disabilities-e.pdf> (22. 9. 2023.), str. 5. V. Korać Graovac, A.; Čulo, A., *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom – novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, 2011, br. 1, str. 66.

<sup>54</sup> *Ibid.* Smisao Konvencije pobliže određuje čl. 1., sukladno kojemu je to “promicanje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba s invaliditetom i promicanje poštivanja njihova urođenog dostojanstva”.

<sup>55</sup> Više o Konvenciji v. Korać Graovac, A.; Čulo, A., *op. cit.* u bilj. 54, str. 65–109.

suočavaju s višestrukom diskriminacijom, odnosno s teškim oblicima diskriminacije, te se zagovara puno uživanje ljudskih prava i temeljnih sloboda djece s teškoćama u razvoju ravnopravno s drugom djecom, uz prvenstveni značaj najboljeg interesa djeteta u svim aktivnostima koje se odnose na djecu s teškoćama u razvoju te njihovo pravo na slobodno izražavanje vlastitog mišljenja o svim pitanjima koja ih se tiču, uz uvažavanje njihovih stavova u skladu s dobi i zrelosti na ravnopravnoj osnovi s drugom djecom te uz obvezu da im u ostvarenju tog prava bude pružena pomoć u skladu s razinom teškoća u razvoju i uzrastom (čl. 7.). Ta se odredba posebno odnosi na djecu te se oslanja na temeljna načela KPD-a, kojom je potvrđen pravni subjektivitet djeteta, kojemu pripadaju ne samo ljudska prava zajamčena svakom pojedincu već i posebna prava namijenjena upravo njima, dakle djeci kao isključivim adresatima. Dodatna vrijednost odredbe jest i propisivanje obveze države na pružanje dodatne pomoći djeci u ostvarivanju njihovih prava sukladno stupnju teškoća u njihovu razvoju te dobi. Pomoć koja se pruža toj djeci jest specifična ovisno o obliku invaliditeta te svakako zahtijeva individualizirani pristup; osobnu slobodu i sigurnost (čl. 14.); slobodu od mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (čl. 15.); slobodu od izrabljivanja, nasilja i zlostavljanja (čl. 16.). Navedena prava iz čl. 14., 15. i 16. istaknuta su i u ranijim međunarodnim dokumentima te se imaju jednako poštovati i u odnosu na osobe s invaliditetom. Međutim, dodatno su naglašene obveze države u pogledu ostvarivanja navedenih prava, koje uključuju poduzimanje različitih (zakonodavnih, upravnih, socijalnih, obrazovnih i drugih) mjera u cilju zaštite osoba od izrabljivanja, nasilja i zlostavljanja, osiguranje pomoći i potpore obiteljima i njegovateljima osoba s invaliditetom, uključujući i edukacije o tome kako izbjeći, prepoznati i izvijestiti o kršenju ovoga prava;<sup>56</sup> poštovanje i zaštitu tjelesnog i mentalnog integriteta (čl. 17.); neovisno življenje i uključenost u zajednicu (čl. 19.). Obveza je države poduzimanje djelotvornih i odgovarajućih mjera u cilju olakšavanja osobama s invaliditetom punog uživanja toga prava, što obuhvaća i pristup širokom rasponu usluga koje različite službe potpore pružaju osobama s invaliditetom, kao i osobnu asistenciju; slobodu izražavanja i mišljenja te pristup informacijama (čl. 21.); poštovanje privatnosti (čl. 22.). To uključuje i posebno osjetljivo područje zaštite privatnosti osobnih i zdravstvenih podataka te podataka o rehabilitaciji osoba s invaliditetom; jednaka prava djece s teškoćama u razvoju u pogledu obiteljskog života, uz obvezu države osigurati rane i sveobuhvatne informacije, usluge i potporu djeci s teškoćama u razvoju (čl. 23.); obrazovanje, osobito uključivost obrazovnog sustava, kao i cjeloživotno obrazovanje, uz osiguranje razumne prilagodbe individualnim potrebama i pružanje potrebne pomoći osobi, odnosno djetetu s invaliditetom (čl. 24.). Omogućavanjem inkluzije i pružanjem odgovarajuće potpore njezinu ostvarenju, zajedničkim odrastanjem, pohađanjem iste škola od strane djece s teškoćama i bez teškoća u razvoju pridonosi se razvijanju višeg stupnja razumijevanja i poštovanja jednih prema drugima te se na taj način stvaraju preduvjeti za rušenje različitih predrasuda.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Dodatno, obveza je i osigurati senzibiliziranost službi zaštite s obzirom na spol, dob i invaliditet te djelotvoran i neovisan nadzor svih objekata i programa za osobe s invaliditetom (usp. čl. 16. st. 2. i 3. Konvencije).

<sup>57</sup> Korać Graovac, A.; Čulo, A., *op. cit.* u bilj. 54, str. 81.

Odbor za prava djeteta također naglašava dužnost države osigurati pristup obrazovanju djeci s invaliditetom koja su bez pratnje bez diskriminacije,<sup>58</sup> uživanje najviših ostvarivih zdravstvenih standarda bez diskriminacije na osnovi invaliditeta (čl. 25.). To uključuje osiguranje istog opsega i kvalitete zdravstvenih usluga i programa, dodatnih koje su potrebne s obzirom na invaliditet, što uključuje i što raniju identifikaciju i intervenciju, kao i usluge namijenjene smanjenju i prevenciji daljnjeg invaliditeta, zatim pružanje zdravstvenih usluga što je moguće bliže zajednicama u kojima osobe s invaliditetom žive; odgovarajući životni standard osoba, odnosno djece s invaliditetom, što osobito uključuje odgovarajuću prehranu, odijevanje, stanovanje, kao i stalno unaprjeđenje životnih uvjeta te socijalnu zaštitu (čl. 28.).

Pored invaliditeta, i neke druge okolnosti, odnosno obilježja djece bez pratnje mogu biti razlogom njihove osobite ranjivosti te izloženosti dodatnim rizicima kršenja prava, kao što su spol, rasa, bezdržavljanstvo i drugo. Stoga ćemo u nastavku razmotriti globalne dokumente usmjerene na uklanjanje diskriminacije žena te rasne diskriminacije, a potom globalne instrumente o statusu izbjeglica te osoba bez državljanstva.

## **2.5. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena**

Kada su u pitanju djevojčice bez pratnje, one su osobito izložene rizicima ugrožavanja i kršenja prava, što ih čini dodatno ranjivima te je nužno aktivno djelovati u smjeru njihove posebne zaštite. U tom smislu u ovome pregledu važno je spomenuti sljedeći dokument, koji je doduše namijenjen ponajprije odraslim ženama, ali zbog cjelovitosti prikaza važan je i za temu ovoga rada – Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena. Sukladno Konvenciji izraz “diskriminacija žena” označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, gospodarskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena” (čl. 1.). Od osobitog značaja za zaštitu djevojčica bez pratnje istaknuli bismo odredbu čl. 6., kojom se države obvezuju poduzimati odgovarajuće mjere radi suzbijanja svih oblika trgovanja te iskorištavanja prostitucije žena.<sup>59</sup>

## **2.6. Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije**

U kontekstu migracija i zaštite djece migranata bez pratnje koja su druge rase, nacionalnog ili etničkog podrijetla vrijedi istaknuti i sljedeći međunarodni dokument usvojen s ciljem uklanjanja svih oblika rasne diskriminacije. Riječ je o dokumentu Ujedinjenih naroda iz davne 1965. godine – Konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. Rasna diskriminacija definirana je u čl. 1. st. 1. Konvencije kao “svako

<sup>58</sup> T. 41. Općeg komentara br. 6.

<sup>59</sup> Više v. Freeman, M. A.; Chinkin, C.; Rudolf, B. (ur.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: a Commentary*, New York: Oxford University Press, 2012.

razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili za rezultat da unište ili da ugroze priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili na svakom drugom polju javnog života". Iako je naziv Konvencije ograničen na rasnu diskriminaciju, navedena definicija toga izraza postavljena je vrlo široko s obzirom na to da kao temelj diskriminacije prepoznaje, odnosno navodi, ne samo rasu već i boju, pretke, nacionalno ili etničko podrijetlo.

Rasna diskriminacija predstavlja povredu općeprihvaćenog načela međunarodnog prava o jednakosti u dostojanstvu i pravima svih ljudi i nacija, koje je postavila još Opća deklaracija kao temelj suvremenog pogleda na ljudska prava. Od odredbi Konvencije kao osobito važne za pravni položaj djece bez pratnje istaknuli bismo odredbu kojom se države stranke obvezuju zabraniti i ukinuti rasnu diskriminaciju u svim njezinim oblicima te jamčiti svakome pravo na jednakost pred zakonom bez razlike na rasu, boju ili nacionalno ili etničko porijeklo, naročito u pogledu uživanja prava na jednak postupak pred sudovima i drugim nadležnim tijelima, prava na osobnu sigurnost i na zaštitu države od nasilja i tjelesne povrede, političkih prava te ostalih građanskih prava koja su posebno navedena, kao i ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava (čl. 5.). Pored navedenog države stranke osigurat će svakom tko je podvrgnut njihovoj sudbenosti stvarnu zaštitu i pravo na žalbu pred nadležnim domaćim sudovima i ostalim državnim tijelima protiv djela rasne diskriminacije koja bi, suprotno ovoj Konvenciji, povrijedila individualna prava i temeljne slobode osobe, kao i pravo da od tih sudova traži zadovoljenje ili pravičnu i odgovarajuću naknadu za svaku štetu koju bi osoba pretrpjela kao posljedicu takve diskriminacije (čl. 6.).

Kada govorimo o zaštiti djece izbjeglica bez pratnje, osim ranije navedenih dokumenata, a osobito Konvencije o pravima djeteta, treba istaknuti još jedan međunarodni ugovor Ujedinjenih naroda, a to je Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine s pratećim Protokolom iz 1967. godine.

## 2.7. Konvencija o statusu izbjeglica

Važnost je ove Konvencije u tome što predstavlja temelj suvremenog međunarodnog izbjegličkog prava jer kao međunarodni ugovor sveobuhvatno uređuje prava i dužnosti izbjeglica<sup>60</sup> te predstavlja svojevrsnu kodifikaciju prava izbjeglica na međunarodnoj razini.<sup>61</sup> Konvencija pruža "jedinствену definiciju pojma izbjeglice"<sup>62</sup> te se tako izbjeglicom smatra "svaka osoba koja se nalazi izvan zemlje koje je državljanin, zbog

---

<sup>60</sup> O statusu izbjeglica i njihovoj pravnoj zaštiti u međunarodnom pravu v. Lapaš, D., *Međunarodnopravna zaštita izbjeglica*, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2008.

<sup>61</sup> Blagojević, A., *Pravni i institucionalni okvir integracije migranata u hrvatsko društvo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 57, 2020, br. 3, str. 714.

<sup>62</sup> *Ibid.* Ipak, u Konvenciji se izrijekom navode okolnosti kada se ona neće primjenjivati na osobe koje bi inače mogle ispuniti uvjete iz navedene definicije (čl. 1., odjeljak C Konvencije).

opravdanog straha od progona zbog rase, vjeroispovijesti, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj skupini ili zbog političkog uvjerenja i nemoguće joj je da se koristi, ili se zbog straha ne želi koristiti zaštitom te zemlje”.<sup>63</sup> Pored toga, pod istim uvjetima „izbjeglica može biti i osoba bez državljanstva koja se nalazi izvan zemlje svoga ranijeg uobičajenog boravišta, a ne može se ili se zbog straha ne želi vratiti u tu zemlju”.<sup>64</sup> Ono što vrijedi primijetiti jest da Konvencija ne upućuje na osobitu ranjivost djece.<sup>65</sup>

Konvenciju je potrebno promatrati kao “živi instrument” tumačeći njezine norme “u skladu s duhom vremena i prilagođavati različitim sociološko-političkim zbivanjima u svijetu”.<sup>66</sup>

Kao temeljna načela Konvencije mogu se izdvojiti sljedeća: zabrana diskriminacije, *non-refoulement* (neprotjerivanje) te nekažnjavanje zbog nezakonitog ulaska u državu i obveza država da osiguraju izbjeglicama ostvarivanje prava zajamčenih u Konvenciji.<sup>67</sup> Konvencijom je utvrđen minimum standarda koji je potrebno ispuniti u postupanju s izbjeglicama.<sup>68</sup> Glede prava i dužnosti izbjeglica, a imajući u vidu temu rada, istaknuli bismo odredbe Konvencije koje se odnose na: slobodan pristup sudovima (čl. 16.); obvezu države da glede osnovnog obrazovanja djece postupaju na jednak način kao i sa svojim državljanima, a u pogledu daljnjeg obrazovanja primijene što je moguće povoljniji postupak, ne manje povoljan od onoga koji se u istim okolnostima primjenjuje prema strancima (čl. 22.);<sup>69</sup> izdavanje isprava o identitetu izbjeglicama koje nemaju valjanu putnu ispravu (čl. 27.); izdavanje putnih isprava izbjeglicama koje zakonito borave na teritoriju države stranke za putovanja izvan njezina područja, osim ako važni razlozi nacionalne sigurnosti ili javnog reda ne zahtijevaju drugačije (čl. 28.); neizricanje kazni zbog nezakonitog ulaska ili boravka na području države stranke izbjeglicama koje se nezakonito nalaze u zemlji izbjeglištva, a koje su došle izravno s područja gdje je ugrožen njihov život ili sloboda, a ušle su ili se nalaze na njezinu području bez dozvole i pritom su se bez odgode javile vlastima te predočile valjane razloge svojeg nezakonitog ulaska ili boravka (čl. 31.); zabranu prisilnog udaljenja izbjeglice koja zakonito boravi na teritoriju države stranke, osim ako je ugrožena nacionalna sigurnost ili javni red (čl. 32.); zabranu prisilnog udaljenja ili vraćanja (*non-refoulement*) izbjeglice na područje gdje bi njezin život ili sloboda bili ugroženi zbog njezine rasne, vjerske ili nacionalne pripadnosti, ili pak zbog pripadnosti određenoj društvenoj skupini ili političkog mišljenja uz predviđenu

---

<sup>63</sup> Lapaš, D., *op. cit.* u bilj. 61, str. 3; usp. čl. 1. Konvencije.

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 4.

<sup>65</sup> Fragnito, F., *op. cit.* u bilj. 50, str. 76.

<sup>66</sup> Lalić Novak, G.; Giljević, T., *Protokol postupanja prilikom integracije osoba kojima je odobrena međunarodna zaštita i pripadajući priručnik s primjerima dobre prakse*, Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Vlade Republike Hrvatske, 2023, str. 13.

<sup>67</sup> *Ibid.*, str. 13 i 14.

<sup>68</sup> Blagojević, *op. cit.* u bilj. 62, str. 714.

<sup>69</sup> Ovu odredbu treba tumačiti s obzirom na ranije dokumente, osobito KPD, kojom se jamči pravo svakome djetetu na području države stranke na pristup obrazovanju (uključujući i srednjoškolsko).

iznimku<sup>70</sup> (čl. 33.). O vrijednosti ovoga načela govori činjenica da na njega nije moguće izraziti rezerve niti staviti ograničenja.<sup>71</sup> Odbor za prava djeteta, kao što je i prije navedeno, posebno naglašava dužnost države da poštuje to načelo kada su u pitanju djeca bez pratnje te u Općem komentaru br. 6 upućuje na tu konvencijsku odredbu.<sup>72</sup>

Protokol o pravnom položaju izbjeglica “proširio je njezin doseg, odnosno uklonio vremenska i zemljopisna ograničenja iz definicije pojma izbjeglice u Konvenciji”.<sup>73</sup>

Sukladno preporukama Ureda Visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za izbjeglice (UNHCR) djeci bez pratnje potrebno je osigurati prikladnu zaštitu, koja uključuje smještaj kod udomitelja ili u posebnom prihvatilištu te što je moguće prije po dolasku u zemlju prihvata pokrenuti postupak traženja njihovih obitelji. Također, ističe se da je potrebno promptno imenovati djeci skrbnika koji će se brinuti o njihovim socijalnim i pravnim potrebama u cilju što bolje zaštite njihovih interesa.<sup>74</sup>

Naime, brzo imenovanje skrbnika ključna je zaštitna mjera za prava djeteta i djetetovu opću dobrobit kojom se štite djeca bez pratnje, ali i prevenira trgovanje ljudima, kao i drugi oblici zlostavljanja i iskorištavanja djece.<sup>75</sup> Skrbnik, naime, “promiče dobrobit djeteta tako da osigurava ispunjenje djetetovih pravnih, društvenih, zdravstvenih, psiholoških, materijalnih i obrazovnih potreba”.<sup>76</sup>

## **2.8. Konvencija o pravnom položaju osoba bez državljanstva i Konvencija o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva**

Ako se radi o djeci bez pratnje, koja su uz to i bez državljanstva, dakle apatridi, od značaja za njihov status i pravnu zaštitu jesu i odredbe Konvencije o pravnom položaju osoba bez državljanstva. Osoba bez državljanstva Konvencijom je definirana kao “osoba koju nijedna država, na osnovi svojeg zakonodavstva ne smatra svojom državljanicom ili državljaninom” (čl. 1. st. 1.). Taj međunarodni dokument Ujedinjenih naroda usvojen je 1954. godine s ciljem pravne regulacije i unaprjeđenja statusa osoba bez državljanstva, kao i pružanja jamstva njihova uživanja temeljnih ljudskih prava i sloboda bez diskriminacije. Njome je stvoren okvir međunarodnopravne zaštite osoba bez

---

<sup>70</sup> “Olakšicu koju pruža ova odredba, međutim, ne može koristiti izbjeglica kojeg se opravdano smatra opasnim za sigurnost zemlje u kojoj se nalazi ili koji, nakon što je pravomoćno osuđen za posebno težak zločin, predstavlja opasnost za društvo te zemlje.” Čl. 33. st. 2. Konvencije.

<sup>71</sup> Uvodne napomene Ureda Visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za izbjeglice (UNHCR) uz Konvenciju o pravnom položaju izbjeglica i pripadajući Protokol, dostupno na: [https://www.unhcr.org/hr/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/konvencija\\_1951.pdf](https://www.unhcr.org/hr/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/konvencija_1951.pdf) (20. 5. 2024.).

<sup>72</sup> T. 26. Općeg komentara br. 6.

<sup>73</sup> Drventić, M., *Pravni okvir zaštite maloljetnika bez pratnje*, u: Župan, M. (ur.), *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2019, str. 158.

<sup>74</sup> Lapaš, D., *op. cit.* u bilj. 61, str. 45.

<sup>75</sup> *Skrbništvo nad djecom kojoj je uskraćena roditeljska skrb* – Priručnik za poboljšanje sustava skrbništva radi ispunjavanja posebnih potreba djece žrtava trgovine, Agencija Europske unije za temeljna prava, Luxembourg, 2015, str. 55. Dostupno na: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2014-guardianship-children\\_hr.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-guardianship-children_hr.pdf) (20. 5. 2024.).

<sup>76</sup> *Ibid.*, str. 70.

državljanstva te ona predstavlja najsveobuhvatniju kodifikaciju prava osoba bez državljanstva na međunarodnoj razini. Sukladno Konvenciji obveza je država stranaka olakšati njihovu asimilaciju i naturalizaciju.

Među odredbama Konvencije za djecu bez pratnje i bez državljanstva od posebnog su značaja i one o pravu na pristup sudu (čl. 16.), pravu na obrazovanje (čl. 22.), pravu na slobodu kretanja ako zakonito borave na području države stranke (čl. 26.), pravu na izdavanje osobnih isprava (čl. 27.) te putnih isprava (čl. 28.). Zbog velikih teškoća s kojima se suočavaju osobe bez državljanstva na razini Ujedinjenih naroda usvojena je i Konvencija o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva, kojom se, među ostalim, propisuju pretpostavke dodjeljivanja državljanstva osobi koja bi inače bila bez državljanstva, ograničenja u gubitku državljanstva, kao i oduzimanju državljanstva, sve s ciljem smanjenja slučajeva bezdržavljanstva. Sve te odredbe u pojedinim slučajevima mogu biti primjenjive i na djecu bez pratnje koja se zbog okolnosti da su bez državljanstva nalaze u dodatnom riziku kršenja prava te stoga ove međunarodne dokumente valja sagledati kao dopunu ostalim pravnim izvorima, koji skupa čine pravni okvir zaštite djece bez pratnje.

## **2.9. Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebno žena i djece**

Jedan od najtežih oblika kršenja ljudskih prava i dostojanstva čovjeka,<sup>77</sup> te stoga ozbiljan globalni problem općenito, uz to i velik rizik kojem su izložena djeca bez pratnje, predstavlja trgovina, odnosno krijumčarenje i “ponovljena trgovina” djecom, čime se ugrožavaju i krše djetetova prava na život, opstanak i razvoj.<sup>78</sup> Čak četvrtinu registriranih žrtava trgovanja ljudima u Europskoj uniji čine djeca, a žrtve su velikom većinom djevojčice.<sup>79</sup> Pojmovno određenje krijumčarenja osoba na međunarodnoj razini, koje je preuzeto u brojna zakonodavstva, sadržano je u sljedećem važnom globalnom dokumentu Ujedinjenih naroda, a to je Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebno žena i djece, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta.<sup>80</sup> Tako sukladno odredbi čl. 3. st. a) Protokola trgovanje ljudima, odnosno, kako se navodi u tekstu, krijumčarenje osoba, “znači vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvata osoba, pomoću prijetnje ili uporabe sile ili drugih oblika prinude, otmice, prijevare, zlorabe ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava da bi se postigla

---

<sup>77</sup> Krznar, A., *Zaštita maloljetnih žrtava trgovanja ljudima u sustavu socijalne skrbi*, u: Korać Graovac, A., *Pravna zaštita djece bez pratnje*, Zbornik radova znanstveno-stručnog skupa, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, str. 49.

<sup>78</sup> V. Hrabar, D., *op. cit.* u bilj. 43, str. 21. O izloženosti djece bez pratnje tome riziku govori i Opći komentar br. 6 (t. 23.).

<sup>79</sup> *Djeca bez roditeljske skrbi pronađena u drugoj državi članici EU-a – Vodič za bolju zaštitu djece usmjeren na žrtve trgovanja ljudima*, Agencija Europske unije za temeljna prava i Europska unija, Luxembourg, 2020, str. 3. Dostupno na: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2019-children-deprived-of-parental-care\\_hr.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-children-deprived-of-parental-care_hr.pdf) (20. 5. 2024.).

<sup>80</sup> Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/02.



privola osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom, u svrhu izrabljivanja. Izrabljivanje će minimalno uključiti iskorištavanje prostitucije drugih ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa”.<sup>81</sup> Za pravnu zaštitu djece bez pratnje vrijedi istaknuti da će se, sukladno Protokolu, vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta ili prihvata nekog djeteta u svrhu izrabljivanja smatrati “krijumčarenjem osoba” čak i ako to ne uključuje bilo koje sredstvo navedeno u ranijoj definiciji krijumčarenja (čl. 3. st. c). Dakle, kada je u pitanju dijete, nije potrebna prijetnja, uporaba sile ili drugi oblici prinude te druga sredstva koja navodi Protokol, a kako bi se postigao pristanak, štoviše, eventualno je postojanje pristanka irelevantno.<sup>82</sup>

Za postizanje učinkovitosti u borbi protiv krijumčarenja ljudi, kako se navodi u Preambuli, potreban je sveobuhvatan međunarodni pristup kako u državama podrijetla tako i u državama tranzita i odredišta. Taj je pristup trojak jer uključuje mjere prevencije, dakle mjere za sprječavanje takva krijumčarenja, zatim mjere za kažnjavanje krijumčara i, ono što je osobito važno, mjere za zaštitu žrtava takva krijumčarenja, posebno žena i djece, što uključuje i zaštitu njihovih ljudskih prava priznatih u brojnim međunarodnim dokumentima. Usvajanjem Protokola stvoren je univerzalni međunarodni instrument usmjeren na sve aspekte krijumčarenja osoba.<sup>83</sup>

Za pravnu zaštitu djece bez pratnje koja su žrtve trgovanja izdvojili bismo odredbu čl. 6. o pružanju pomoći i zaštite žrtvama trgovanja, u kojoj se, među ostalim, naglašava važnost uzimanja u obzir posebnih potreba djece, “uključujući odgovarajući smještaj, obrazovanje i skrb”.

U cilju učinkovite borbe protiv globalnog problema trgovanja ljudima u Republici Hrvatskoj usvojen je niz strateških dokumenata, a u tijeku je i izrada Nacionalnoga plana za suzbijanje trgovanja ljudima za razdoblje do 2030. godine, kojemu je cilj “prevencija trgovanja ljudima, unaprjeđenje sustava identifikacije, pomoći i zaštite žrtava trgovanja ljudima i unaprjeđenje regionalne i međunarodne suradnje na području trgovanja ljudima”.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Usp. čl. 4. Konvencije o suzbijanju trgovanja ljudima Vijeća Europe, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 7/07, te čl. 2. Direktive EU-a o suzbijanju trgovanja ljudima (2011/36/EU); Direktiva 2011/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2011. o sprečavanju i suzbijanju trgovanja ljudima i zaštiti njegovih žrtava te o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2002/629/PUP, Službeni list Europske unije, L 101/1. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036> (20. 5. 2024.).

<sup>82</sup> Korać Graovac, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 84.

<sup>83</sup> Naime, svrha je Protokola, kako se navodi u čl. 2., sprječavanje i borba protiv krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece; zaštita i pomoć žrtvama takva krijumčarenja, uz potpuno poštovanje njihovih ljudskih prava; i promicanje suradnje između država stranaka kako bi se ispunili ti ciljevi.

<sup>84</sup> Nacrt Nacionalnoga plana za suzbijanje trgovanja ljudima za razdoblje do 2030. godine. Dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=26672> (20. 5. 2024.).

Sustav borbe protiv trgovanja ljudima u Republici Hrvatskoj obuhvaća brojne i različite aktivnosti nadležnih tijela i organizacija “od trenutka identifikacije žrtve trgovanja ljudima sve do njezine potpune integracije u društvo”.<sup>85</sup>

U ovome pregledu globalnih međunarodnih dokumenata istaknuli bismo još jedan iznimno važan, iako pravno neobvezujući dokument, u kojem se posebno naglašavaju određeni aspekti zaštite prava djece bez pratnje. To su Smjernice Ujedinjenih naroda za alternativnu skrb o djeci.

## 2.10. Smjernice Ujedinjenih naroda za alternativnu skrb o djeci

Ovaj dokument prihvaćen je Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda 24. ožujka 2010. godine<sup>86</sup> s ciljem osnaživanja primjene KPD-a, kao i drugih međunarodnih instrumenata koji se odnose na zaštitu i dobrobit djece kojoj je uskraćena roditeljska skrb ili koja su izložena takvu riziku. Kao jedno od načela Smjernica istaknuto je da države trebaju nastojati osigurati odgovarajuće i kulturno osjetljive mjere kojima će pružiti odgovarajuću skrb i zaštitu djeci iz ranjivih skupina, među kojima se posebno navode djeca koja su bez pratnje ili su odvojena od roditelja (t. 9.), kao i da posebne napore treba uložiti u suzbijanje diskriminacije na temelju bilo kakva statusnog obilježja djeteta (t. 10.).

Poseban dio Smjernica posvećen je skrbi o djeci koja se nalaze izvan države u kojoj imaju prebivalište. Tako se navodi da djeca koja su bez pratnje ili su razdvojena, a nalaze se u inozemstvu, “u načelu trebaju uživati jednaku razinu zaštite i skrbi kao i lokalna djeca u dotičnoj državi” (t. 141.). Kada se odlučuje o odgovarajućem obliku skrbi za tu djecu, “treba uzeti u obzir individualne različitosti i specifičnosti odvojene djece ili djece bez pratnje – kao što su etničko i migracijsko podrijetlo ili kulturne i vjerske specifičnosti” (t. 142.). Smjericama se također određuje da se djecu bez pratnje, uključujući i onu koja su na nezakonit način ušla u državu, “u pravilu ne smije lišiti slobode isključivo zbog kršenja bilo kojeg zakona koji regulira ulazak i boravak u zemlji” (t. 143.).

Ako se radi o djeci bez pratnje koja su žrtve trgovanja, ne bi se smjela zadržavati u policiji niti kažnjavati zbog prisilnog sudjelovanja u radnjama koje su nezakonite (t. 144.). Važno je istaknuti da se Smjericama potiču države da djetetu bez pratnje odmah po zatjecanju na njihovu području odrede “skrbnika ili, kada je to potrebno, organizaciju koja će tijekom postupka utvrđivanja djetetova statusa i donošenja odluka u vezi s njime zastupati dijete i biti odgovorna za njegovu/njezinu skrb i dobrobit” (t. 145.). Nakon smještaja djeteta u sustav skrbi potrebno je odmah poduzeti sve razumne mjere radi pronalaženja djetetove obitelji i uspostave obiteljskih veza ukoliko je to u najboljem interesu djeteta i ne predstavlja ugrozu za dijete odnose uključene osobe (t. 146.). Radi olakšanja planiranja budućnosti djeteta bez pratnje na način koji najbolje štiti njegova prava “mjerodavna državna tijela i službe socijalne zaštite trebaju poduzeti sve razumne mjere da pribave

<sup>85</sup> Krznar, A., *op. cit.* u bilj. 78, str. 53.

<sup>86</sup> (A/RES/64/142).

dokumentaciju i informacije potrebne za procjenu rizika djeteta te socijalnih i obiteljskih uvjeta u državi u kojoj dijete ima prebivalište” (t. 147.).<sup>87</sup>

Ključni elementi za ocjenu opravdanosti povratka djeteta jesu sigurnost, odgovarajuća skrb za dijete i, kao primarno načelo u prosudbi i donošenju odluka u vezi s djetetom, najbolji interes djeteta. Osobe koje su odgovorne za dijete bez pratnje dužne su mu omogućiti redovitu komunikaciju s obitelji, “osim u slučajevima kada je to protivno želji djeteta ili pak očito nije u skladu s najboljim interesom djeteta” (t. 151.). Kada je u pitanju posvojenje, odnosno *kafala* prema islamskom pravu, tu mogućnost treba razmotriti “tek nakon što se iscrpe svi naponi usmjereni na pronalaženje djetetovih roditelja, proširene obitelji ili uobičajenih pružatelja skrbi” (t. 152.).

Ovaj globalni dokument, kako mu i sam naziv govori, treba usmjeriti djelovanje nadležnih tijela koja postupaju s djecom kojima je potrebna skrb izvan vlastite obitelji kako bi se na najbolji način zadovoljile individualne potrebe svakog djeteta, uključujući svakako i dijete bez pratnje.

### **2.11. Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsi i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece**

Kao što je u uvodnom dijelu rada navedeno, komplementarni naponi Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u zaštiti prava djece rezultirali su usvajanjem više međunarodnih ugovora kolizijskopravne naravi te bismo u pogledu zaštite djece bez pratnje izdvojili Konvenciju o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsi i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece iz 1996. godine. Razlozi njezina usvajanja istaknuti su u Preambuli, u kojoj se navodi potreba poboljšanja zaštite djece u međunarodnim okolnostima, usmjerenost na izbjegavanje sukoba između pravnih poredaka glede nadležnosti, mjerodavnog prava, priznanja i ovrhe mjera za zaštitu djece, važnost međunarodne suradnje za zaštitu djece, te se potvrđuje da najbolji interesi djeteta moraju biti od primarne važnosti.

Konvencija iz 1996. odnosi se na vrlo širok opseg međunarodno obilježenih pitanja koja se tiču zaštite djece. Mjere usmjerene zaštiti osobe i imovine djeteta navedene su u čl. 3. Konvencije,<sup>88</sup> a za djecu bez pratnje istaknuli bismo osobito skrbništvo, određivanje i

---

<sup>87</sup> Sukladno Smjernicama djeca bez pratnje ne smiju se vratiti u državu prebivališta:

“a) ako, prema rezultatima procjene rizika i sigurnosti, postoji osnovana sumnja da je sigurnost djeteta ugrožena

b) ako se prije povratka ne utvrdi odgovarajući pružatelj skrbi, primjerice roditelj, drugi srodnik, druga odrasla osoba pružatelj skrbi, državna agencija ili ovlaštena agencija, ili ustanova u zemlji podrijetla koja pristane i u mogućnosti je preuzeti odgovornost za dijete i pružati mu odgovarajuću skrb i zaštitu

c) ako to prema ocjeni mjerodavnih tijela iz drugih razloga nije u najboljim interesima djeteta.”

<sup>88</sup> Mjere usmjerene zaštiti osobe i imovine djeteta mogu se osobito odnositi na:

“a) dodjelu, ostvarivanje, prestanak ili ograničenje roditeljske odgovornosti, kao i njezino prenošenje

b) prava skrbi, uključujući prava povezana s brigom o osobi djeteta, i, posebice, pravo odlučivanja o boravištu djeteta, kao i prava pristupa, uključujući i pravo da se dijete kroz neko ograničeno vrijeme odvede u mjesto koje nije djetetovo redovito boravište

utvrđivanje djelovanja osobe koja se brine o djetetu, odnosno zastupa dijete, smještaj djeteta te nadzor od strane javnog tijela ovlaštenog za skrb o djetetu, nad svakom osobom kojoj je dijete povjereno.

Sve navedene mjere mogu se, dakako, primijeniti i na djecu bez pratnje, stoga je učinkovita implementacija i primjena normi konvencije od osobite važnosti i za tu skupinu djece.<sup>89</sup> Primjerice, sukladno odredbama te Konvencije odredit će se država čija su tijela nadležna odlučiti o izboru skrbnika, njegovu imenovanju ili, primjerice, o smještaju djeteta te o tome koje će se pravo primijeniti.

Konvencija, naime, posebno određuje pitanje nadležnosti za poduzimanje mjera usmjerenih na zaštitu djetetove osobe ili imovine “za djecu izbjeglice i djecu koja su, zbog nemira do kojih je došlo u njihovoj zemlji, raseljena u inozemstvu” na način da će nadležnost imati tijela države ugovornice na čijem se državnom području nalaze ta djeca (čl. 6. u vezi sa čl. 5. st. 1.). Također su predviđene i iznimke, kada nadležno tijelo države ugovornice može zatražiti da tijelo druge državne ugovornice preuzme nadležnost za poduzimanje mjera zaštite djeteta ako bi smatralo da bi u određenom slučaju ono bilo prikladnije za procjenu najboljeg interesa djeteta. Tijelo kojem je upućen zahtjev može preuzeti nadležnost ako smatra da je to u najboljem interesu djeteta.<sup>90</sup> Ako se radi o žurnim slučajevima, “tijela bilo koje države ugovornice na čijem se državnom području nalazi dijete ili imovina koja pripada tom djetetu nadležna su poduzimati sve neophodne mjere zaštite” (čl. 11.).

### **3. KRATKI OSVRT NA NEKE OD DOKUMENATA EUROPSKE UNIJE OD POSEBNOG ZNAČAJA ZA DJECU BEZ PRATNJE**

Iako je rad primarno usmjeren na globalni međunarodnopravni okvir zaštite djece bez pratnje, kratko ćemo se osvrnuti na neke od dokumenata Europske unije u kojima se izrijeком prepoznaju djeca bez pratnje kao ranjiva skupina u okolnostima migracija. Tako bismo izdvojili ponajprije Povelju o temeljnim pravima Europske unije,<sup>91</sup> koja predstavlja najvažniji dokument Europske unije o ljudskim pravima te sadrži katalog prava, od kojih bismo s obzirom na temu rada posebno istaknuli pravo na zaštitu i poštovanje ljudskog

---

c) skrbništvo, tutorstvo i slične institucije

d) određivanje i utvrđivanje djelovanja svake osobe ili tijela koji se brinu o djetetovoj osobi ili imovini, koji dijete zastupaju ili mu pomažu

e) smještaj djeteta u udomiteljsku obitelj ili u ustanovu za skrb o djeci, ili pružanje skrbi putem *kafale* ili neke druge slične ustanove

f) nadzor od strane javnog tijela ovlaštenog za skrb o djetetu nad svakom osobom kojoj je dijete povjereno

g) upravljanje, zaštitu ili raspolaganje imovinom djeteta.” Čl. 3. Konvencije iz 1996.

<sup>89</sup> *Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, Hague Conference on Private International Law 2014*, str. 11. Dostupno na: <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf> (20. 5. 2024.).

<sup>90</sup> V. čl. 8. Konvencije iz 1996.

<sup>91</sup> Povelja o temeljnim pravima Europske unije, Službeni list Europske unije 2012/C 326/02.

dostojanstva (čl. 1.), zabranu mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne (čl. 4.), pravo na slobodu i sigurnost (čl. 6.), pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 7.), pravo na slobodu izražavanja i informiranja (čl. 11.), pravo na obrazovanje (čl. 14.), pravo na azil (čl. 18.), pravo na zaštitu u slučaju udaljavanja, protjerivanja ili izručenja (čl. 19.), jednakost pred zakonom (čl. 20.), zabranu diskriminacije (čl. 21.). Novina koju donosi ovaj opći dokument o ljudskim pravima jest to što se u njemu izrijeком navode prava pojedinih skupina, kao što su prava djece, prava starijih osoba i prava osoba s invaliditetom.<sup>92</sup> Uz istaknuta prava koja pripadaju svakom pojedincu djeca „imaju pravo na zaštitu i brigu koja je potrebna za njihovu dobrobit. Ona mogu slobodno izražavati svoje mišljenje. Njihovo se mišljenje uzima u obzir u pitanjima koja se na njih odnose u skladu s njihovom dobi i zrelosti” te “u svakom djelovanju koje se odnosi na djecu, bez obzira na to provode li ga tijela javne vlasti ili privatne institucije, primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta” (čl. 24.). Radi se o pravima djece iz KPD-a, štoviše, pravima koja su uzdignuta u rang temeljnih konvencijskih načela, a koja su u ovoj odredbi izdvojena kao osobito važna za djecu na prostoru EU-a.<sup>93</sup>

Kako je Europska unija nadležna donositi propise u području migracija i međunarodne zaštite,<sup>94</sup> najčešći pravni instrumenti Unije kojima se ostvaruju ciljevi zajedničke europske politike u pogledu međunarodne zaštite jesu direktive i uredbe.<sup>95</sup> Stoga bismo od sekundarnih propisa Europske unije izdvojili nekoliko onih koji izrijeком spominju upravo djecu bez pratnje.<sup>96</sup> Tako već prije spomenuta Direktiva o privremenoj zaštiti određuje da, kada su u pitanju djeca bez pratnje koja uživaju privremenu zaštitu, države članice u najkraćem mogućem roku poduzimaju mjere kojima će im osigurati potrebno i odgovarajuće zastupanje (čl. 16. st. 1.). Glede smještaja djece bez pratnje tijekom trajanja privremene zaštite države članice osiguravaju da ona budu smještena: „(a) kod odraslih rođaka; (b) kod udomiteljske obitelji; (c) u prihvatnim centrima s posebnim pogodnostima za maloljetnike ili u nekom drugom obliku smještaja pogodnom za maloljetnike; (d) kod osobe koja je brinula o djetetu tijekom bijega“ (čl. 16. st. 2.). Pri tome se, kako je navedeno u nastavku odredbe, stajališta djeteta uzimaju u obzir u skladu s dobi i zrelošću djeteta, što je pravni standard koji je postavio KPD. U preinačenoj Direktivi o uvjetima prihvata<sup>97</sup> utvrđuju se standardi za prihvata podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji će biti dostatni za osiguranje dostojnog životnog standarda te

<sup>92</sup> V. Korać Graovac, A., *Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo*, u: Bodiřoga-Vukobrat, N., *et al.*, *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 30.

<sup>93</sup> *Ibid.*, str. 45.

<sup>94</sup> Peers, S., *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, *European Journal of Migration and Law*, 10 (2008), str. 219–224; Iusmen, I., *Whose children? protecting unaccompanied migrant children in Europe: case of diffused responsibility?*, *The International Journal of Children's Rights*, 28, 2020 (4), str. 941.

<sup>95</sup> Majstorović, I., *Obiteljskoppravna zaštita djece azilanata i tražitelja azila bez pratnje u pravnom okviru Europske unije*, u: Korać Graovac, A., *Pravna zaštita djece bez pratnje*, Zbornik radova znanstveno-stručnog skupa, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, str. 66.

<sup>96</sup> Usp. *ibid.*, str. 66–76, Parusel, *op. cit.* bilj. 2., str. 7–9.

<sup>97</sup> Direktiva 2013/33/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju standarda za prihvata podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka), Službeni list Europske unije, L 180/96.

usporedivi životni uvjeti u svim državama članicama. Sukladno Direktivi, ako se radi o djetetu bez pratnje, zadržavanje je moguće samo u izvanrednim okolnostima te se čini sve što je moguće da se ono oslobodi u najkraćem mogućem roku, s time da nije dopušteno zadržavanje u zatvoru. U mjeri u kojoj je to moguće maloljetnicima se smještaj osigurava u "ustanovama koje imaju osoblje i kapacitete koji uzimaju u obzir potrebe osoba njihove dobi" (čl. 11. st. 3.). U istoj je odredbi navedeno da je potrebno osigurati da su djeca smještena odvojeno od odraslih. Kao opće načelo ta Direktiva određuje da pri njezinu prenošenju u nacionalno pravo države uzimaju u obzir poseban položaj ranjivih osoba, među kojima se posebno navode djeca bez pratnje (čl. 21.). Direktivom se također uređuju određena pitanja zastupanja djeteta bez pratnje (čl. 24. st. 1.) te je tako određeno da države članice što je prije moguće donose mjere kojima osiguravaju da zastupnik zastupa dijete bez pratnje i pomaže mu tako što mu omogućuje da ostvaruje prava i ispunjava obveze iz predmetne Direktive, da se dijete bez pratnje odmah obavještava o imenovanju zastupnika, koji svoje dužnosti obavlja u skladu s načelom "najveće koristi djeteta" te ima za to potrebno stručno znanje. Također, ako postoji sukob interesa, isključeno je zastupanje djeteta od strane te osobe.

Glede smještaja djece bez pratnje koja podnose zahtjev za međunarodnu zaštitu navodi se, među ostalim, da bi on trebao biti primjeren djeci, preciznije, djecu bez pratnje podnositelje zahtjeva za međunarodnu zaštitu smješta se s odraslim rođacima, u udomiteljskoj obitelji, u centru za smještaj s posebnim mogućnostima zbrinjavanja za djecu ili u drugim smještajnim kapacitetima primjerenim za djecu, dok je djecu koja su navršila 16 godina moguće smjestiti u centar za smještaj za odrasle podnositelje zahtjeva ako je to u njihovu interesu. Promjene boravišta djeteta ograničavaju se na najmanju moguću mjeru (čl. 24. st. 2.). Države započinju traženje članova obitelji djeteta bez pratnje što je moguće prije nakon podnošenja zahtjeva štiteći pritom djetetove najbolje interese. U slučajevima kada je ugrožen život ili integritet djeteta ili njegovih bliskih srodnika, posebno ako su ostali u zemlji podrijetla, potrebno je osigurati povjerljivost pri prikupljanju, obradi i širenju informacija koje se odnose na te osobe kako se ne bi ugrozila njihova sigurnost (čl. 24. st. 3.). Direktivom se također naglašava važnost odgovarajuće osposobljenosti te kontinuiranog usavršavanja osoba koje rade s djecom bez pratnje (čl. 24. st. 4.).

U preinačenoj Direktivi o standardima za ostvarivanje međunarodne zaštite<sup>98</sup> kada su u pitanju djeca bez pratnje naglašeno je da je potrebno bez odgode osigurati njihovo primjereno zastupanje nakon odobravanja međunarodne zaštite te da pri provedbi Direktive države osiguravaju da zastupnik brine o potrebama djeteta u skladu s propisima, a nadležna tijela provode redovite procjene (čl. 31. st. 1. i 2.). Države članice također osiguravaju odgovarajući smještaj djeteta bez pratnje kod odraslih rođaka, kod udomitelja, u centrima specijaliziranim za smještaj djece, ili u drugim smještajnim

---

<sup>98</sup> Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni status izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena), Službeni list Europske unije, L 337/9.

objektima primjerenim djeci, a pri tome se uzimaju u obzir djetetove želje sukladno dobi i zrelosti (čl. 31. st. 3.). Glede prikupljanja, obrade i razmjene informacija o djetetu ili njegovim bliskim srodnicima mora se osigurati povjerljivost kada život ili integritet tih osoba mogu biti ugroženi (čl. 31. st. 5.). Osobe koje rade s djecom bez pratnje moraju biti za to osposobljene te se nastavljaju educirati o potrebama djece bez pratnje (čl. 31. st. 6.).

Sljedeća direktiva koju bismo naveli i u kojoj se posebno spominju djeca bez pratnje jest Direktiva o sprečavanju i suzbijanju trgovanja ljudima.<sup>99</sup> Sukladno čl. 23. Direktive potrebno je posebnu pozornost posvetiti “djeci bez pratnje koja su žrtve trgovanja ljudima budući da im je potrebna posebna pomoć i potpora zbog njihova stanja posebne bespomoćnosti. Od trenutka identificiranja djeteta bez pratnje koje je žrtva trgovanja ljudima pa do pronalaska trajnog rješenja države članice trebaju primjenjivati mjere za prihvat koje odgovaraju potrebama djece i trebaju osiguravati da se primjenjuju odgovarajuća postupovna jamstva.” U nastavku te odredbe navodi se potreba promptnog odlučivanja o budućnosti svakog djeteta bez pratnje koje je žrtva trgovanja s ciljem pronalaženja trajnih rješenja (to može biti “povratak ili reintegracija u zemlju podrijetla ili zemlju povratka, integracija u društvo zemlje domaćina, priznavanje statusa međunarodne zaštite ili drugog statusa u skladu s nacionalnim pravom država članica”) u skladu s najboljim interesom djeteta, “što treba imati prvenstvo”.

Dublinska uredba<sup>100</sup> iz 2013. godine razrađuje posebna postupovna jamstva djeci bez pratnje, učvršćuje obvezu država članica da međusobno surađuju te utvrđuje kriterije i mehanizme za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj državi članici podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva.<sup>101</sup> Vrijedi istaknuti kako Uredba naglašava da su najbolji interesi djeteta primarna briga država članica u svim postupcima koje predviđa Uredba (čl. 6. st. 1.) te se ujedno njome određuju i smjernice, odnosno čimbenici za utvrđivanje najboljeg interesa djeteta bez pratnje, a to su: mogućnosti ponovnog spajanja obitelji, dobrobit i socijalni razvoj maloljetnika, pitanja vezana uz sigurnost i zaštitu, posebno kada postoji opasnost da je dijete žrtva trgovine ljudima, mišljenje djeteta u skladu s njegovom dobi i zrelošću” (čl. 6. st. 3.). Države članice osiguravaju da zastupnik zastupa i/ili pomaže djetetu bez pratnje u svim postupcima iz te Uredbe te je osposobljen i ima stručna znanja osigurati poštovanje najboljih interesa djeteta (čl. 6. st. 2.). Država članica u kojoj je dijete bez pratnje podnijelo zahtjev za međunarodnu zaštitu “što je prije moguće poduzima odgovarajuće mjere za identifikaciju članova obitelji, braće i sestara ili rođaka” djeteta bez pratnje na teritoriju država članica štiteći pritom najbolje interese djeteta (čl. 6. st. 4.). Čl. 8. Uredbe detaljno propisuje kriterije za određivanje odgovorne države članice za djecu

<sup>99</sup> Direktiva 2011/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2011. o sprečavanju i suzbijanju trgovanja ljudima i zaštiti njegovih žrtava te o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2002/629/PUP, Službeni list Europske unije, L 101/1.

<sup>100</sup> Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), Službeni list Europske unije, L 180/31.

<sup>101</sup> V. Majstorović, *op. cit.* u bilj. 96, str. 74; Fragnito, F., *op. cit.* u bilj. 50, str. 85.

bez pratnje, pri čemu se najbolji interes djeteta posebno naglašava kao vrhunski pravni standard kod odlučivanja u vezi s djetetom. Tako odgovorna država može biti država članica u kojoj je zakonito prisutan član obitelji ili brat ili sestra djeteta bez pratnje, podredno država u kojoj je zakonito prisutan drugi srodnik djeteta sposoban brinuti se o djetetu. U odsutnosti člana obitelji, brata ili sestre, odnosno drugih srodnika, odgovorna je ona država članica u kojoj je dijete bez pratnje podnijelo zahtjev za međunarodnu zaštitu.<sup>102</sup>

Direktiva o vraćanju<sup>103</sup> sadrži posebne odredbe o vraćanju i udaljavanju djece bez pratnje te o njihovu zadržavanju. Tako se, sukladno odredbi čl. 10. st. 1., prije izdavanja odluke o vraćanju djetetu "dodjeljuje pomoć odgovarajućih tijela koja nisu tijela koja izvršavaju prisilno vraćanje, uz uzimanje u obzir najboljeg interesa djeteta". Prije udaljavanja djeteta bez pratnje "s državnog područja države članice tijela te države članice uvjeravaju se da će on ili ona biti vraćeni članu njegove ili njezine obitelji, imenovanom skrbniku ili odgovarajućoj prihvatnoj ustanovi u državi povratka" (čl. 10. st. 2.). Kada se radi o zadržavanju, dijete bez pratnje zadržava se samo kao posljednja mjera, i na najkraće moguće vrijeme, a zadržana djeca imaju "mogućnost uključivanja u slobodne aktivnosti, uključujući i igru i rekreativne aktivnosti primjerene njihovoj dobi, a ovisno o duljini boravka imaju i pristup obrazovanju" (čl. 17. st. 1. i 3.). Pored toga, djeci bez pratnje osigurava se, "u mjeri u kojoj je to moguće, smještaj u ustanovama koje imaju osoblje i mogućnosti koji uzimaju u obzir potrebe njihove dobi" te će se najviše uzimati u obzir "najbolji interesi djeteta u smislu zadržavanja maloljetnika koji čekaju udaljavanje" (čl. 17. st. 4. i 5.).

I na kraju spomenut ćemo još Direktivu o spajanju obitelji,<sup>104</sup> kojoj je cilj "utvrditi uvjete za ostvarenje prava na spajanje obitelji državljana trećih zemalja koji zakonito borave na teritoriju država članica" (čl. 1.). Njome se, među ostalim, određuje da, ukoliko je izbjeglica dijete bez pratnje, države članice dopuštaju ulazak i boravište u svrhu spajanja obitelji njegovih srodnika "u prvom stupnju izravne uzlazne linije" bez primjene uvjeta iz čl. 4. st. 2. Direktive<sup>105</sup> te mogu dopustiti ulazak i boravište u svrhe okupljanja obitelji djetetova

---

<sup>102</sup> Točka 17. Preambule ove Uredbe sadrži tzv. humanitarnu klauzulu, prema kojoj svaka država članica može odstupiti od navedenih kriterija nadležnosti, i to osobito iz humanitarnih razloga i razloga sućuti, a s ciljem ponovnog ujedinjenja obitelji. V. Majstorović, I., *op. cit.* u bilj. 96, str. 75 i 76.

<sup>103</sup> Direktiva 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, Službeni list Europske unije, L 348/98.

<sup>104</sup> Direktiva Vijeća 2003/86/EZ od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji, Službeni list Europske unije, L 251/12.

<sup>105</sup> Navedena odredba glasi: "Slijedom ove Direktive i u skladu s uvjetima utvrđenim u poglavlju IV., države članice mogu zakonom ili propisom dopustiti ulazak i boravište sljedećim članovima obitelji: (a) rodbini u prvom stupnju u izravnoj uzlaznoj liniji sponzora ili njegova ili njezina supružnika kada su ovisni o njima i ne uživaju odgovarajuću obiteljsku potporu u državi podrijetla; (b) odrasloj neoženjenoj/neudanoj djeci sponzora ili njegova ili njezina supružnika kada oni nisu objektivno u mogućnosti skrbiti se za svoje vlastite potrebe zbog svoga zdravstvenog stanja."



“zakonskog skrbnika ili bilo kojeg drugog člana obitelji kada izbjeglica nema rodbine u izravnoj uzlaznoj liniji ili se takva rodbina ne može pronaći” (čl. 10. st. 3.).<sup>106</sup>

Navedenim sekundarnim propisima Europske unije nastojala se osnažiti pravna zaštita te ranjive i sve brojnije skupine djece. Naime, u njima su sadržane pojedine odredbe specifično namijenjene zaštiti i ostvarivanju prava djece, kao što su odredbe o sudjelovanju djece, pravo na podršku i pomoć skrbnika, pravo na sjedinjenje obitelji te, što osobito vrijedi istaknuti, upućivanje na vrhunski pravni standard najboljeg interesa djeteta,<sup>107</sup> čime se ti propisi oslanjaju na najvažniji globalni instrument o pravima djece – KPD. Ono što se prepoznaje kao dodatni izazov jest činjenica kako je usmjerenost na prava djece (*child rights agenda*) u Europskom sustavu međunarodne zaštite nedovoljna i zapravo podređena u odnosu na sveobuhvatnu usmjerenost na kontrolu migracija (*migration control agenda*).<sup>108</sup>

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Razmotreni međunarodni dokumenti postavljaju određena globalno prihvaćena načela, kao što su: najbolji interes djeteta, zabrana diskriminacije, pravo djeteta da bude saslušano, jednakost pred zakonom, *non-refoulement* (neprotjerivanje), kao i međunarodni globalni standardi priznanja, zaštite, uživanja i ostvarivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, i svi su oni dio nacionalnog pravnog poretka te se imaju primijeniti kada je u pitanju pravna zaštita djece bez pratnje u Republici Hrvatskoj. Naime, sukladno Ustavu, “međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske” i imaju nadzakonsku snagu (čl. 134.). Pojedini od analiziranih dokumenata jamče određena ljudska prava bez diskriminacije na bilo kojem temelju te se stoga imaju primijeniti i na djecu bez pratnje, dok neki od njih propisuju posebna prava djece kao podskupinu ljudskih prava svojstvenih isključivo djeci, kao i posebnu zaštitu djece, dok se nekima izrijeком predviđaju određene obveze država stranaka u pogledu ostvarivanja prava posebno ranjivih skupina djece – djece bez pratnje, djece (bez pratnje) s invaliditetom, djece (bez pratnje) koja su žrtve trgovine, djece (bez pratnje) bez državljanstva, djece izbjeglica. I oni od međunarodnih dokumenata koji su sadržani u ovome pregledu, a koji nemaju obvezujuću pravnu narav, itekako su važni s aspekta zaštite prava i dobrobiti djece koja su tema ovoga rada jer se u njima s jedne strane navode prava koja se moraju jamčiti, odnosno poštovati i omogućiti njihova zaštita, a s druge strane pružaju smjernice,

---

<sup>106</sup> Dodatno bismo spomenuli političku inicijativu Europske komisije – Europsko jamstvo za djecu, koja je sastavni dio Strategije EU-a o pravima djeteta. U njoj se određuje da bi države članice trebale zajamčiti da djeca kojoj je potrebna pomoć, među kojom posebno prepoznaje djecu migrante, imaju pristup besplatnom obrazovanju i skrbi, besplatnoj zdravstvenoj skrbi te barem jednom besplatnom zdravom obroku svakog školskog dana. Pored toga djeci bi se trebala zajamčiti i zdrava prehrana te odgovarajući smještaj. <https://www.consilium.europa.eu/hr/infographics/european-child-guarantee/#0> (20. 5. 2024.). Vlada Republike Hrvatske donijela je Odluku o donošenju Nacionalnog akcijskog plana za provedbu preporuke Vijeća Europske unije o uspostavi europskog jamstva za djecu (Narodne novine, br. 87/23).

<sup>107</sup> Iusmen, I., *op. cit.* u bilj. 95, str. 930.

<sup>108</sup> *Ibid.*

odnosno praktičan vodič za postupanje nadležnih državnih tijela kada su u pitanju djeca bez pratnje. Obveza je države s obzirom na obveze preuzete ovim međunarodnim dokumentima kontinuirano djelovati na implementaciji i oživotvorenju u praksi spomenutih načela i globalnih standarda kako bi osigurala učinkovito i uspješno ostvarivanje zajamčenih prava i sloboda te posljedično i poboljšanje pravnog položaja i zaštite djece bez pratnje i razdvojene djece na svojem teritoriju. U tom smislu vrijedi napomenuti kako u tom pogledu prostora za unaprjeđenje itekako ima, osobito kad je u pitanju sprječavanje nezakonitih protjerivanja, odgovarajuće i prikladno zbrinjavanje i smještaj djece bez pratnje, što zahtijeva jačanje ne samo smještajnih već i kadrovskih kapaciteta, razvijanje programa podrške i specijaliziranih usluga prilagođenih potrebama djece bez pratnje, te odgovarajuća kontinuirana edukacija djelatnika ustanova, kao i udomitelja, ali i posebnih skrbnika, zatim uključivanje djece bez pratnje u odgojno-obrazovni sustav, o čemu govori i pravobraniteljica za djecu u svojem posljednjem izvješću o radu.<sup>109</sup> Pored navedenog, smatramo da je potrebno dodatno osnažiti skrbništvo za djecu bez pratnje, u zakonskim normama predvidjeti imenovanje matičnih, a ne posebnih skrbnika za djecu strance koja se zateknu na području RH bez pratnje zakonskog zastupnika s obzirom na potrebu cjelovite brige o djetetu štíćeniku, koji će biti za to educirani i odgovarajuće plaćeni, odnosno valjalo bi razmotriti profesionalizaciju skrbništva. Na kraju možemo zaključiti kako predani rad na zaštiti onih najslabijih u društvu jest pravi pokazatelj stupnja razvijenosti toga društva te usmjerenosti države i njezine spremnosti, među ostalim i ulaganjem financijskih sredstava u postizanje potrebnih standarda poštovanja prava onih koji se o svojim pravima zbog dobi, ali i drugih okolnosti, nisu u stanju brinuti. Time država pokazuje i svoju odgovornost u međunarodnoj zajednici u ispunjenju preuzetih obveza i u slijeđenju ideje o zaštiti dobrobiti djece kao najvećoj vrjednoti njezina pravnog poretka.

---

<sup>109</sup> V. *op. cit.* u bilj. 8.

## THE GLOBAL INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED CHILDREN

*This paper analyses the most important international documents adopted at the global level that are relevant to the legal position and primarily family law protection of unaccompanied children. These are a particularly sensitive and vulnerable group of children who find themselves in the dangerous situation of being alone, separated from their parents or family, usually in the territory of another country. Due to the special vulnerability of this group of children, increasing attention is being paid to them at the global and national level since they are exposed to various negative circumstances and consequently to violations of their rights. Ensuring adequate care and protection of unaccompanied children is a great challenge both for national legislation and for the practice of implementing already adopted legal rules both at the domestic and international level, which regulate how competent authorities act in the protection of unaccompanied children. Therefore, on the basis of an analysis of selected global international instruments, an attempt is made to single out fundamental principles and generally accepted global standards, the consistent application of which should strengthen the legal position and effective realisation of the guaranteed rights of unaccompanied children. Suggestions will also be made for improvements in the application of the existing legal framework, primarily from the family law aspect.*

Keywords: unaccompanied children, children's rights, human rights

**Anica Čulo Margaletić**, PhD, Associate Professor at the Department of Family Law, University of Zagreb Faculty of Law

# THE EXCUSAL OF A JUDGE AND THE EXCUSAL OF AN ARBITER – A GUARANTEE FOR THE IMPARTIALITY OF COURT PROCEEDINGS AND ARBITRATION PROCEEDINGS

*Professional paper*

UDK 342.722

347.962.2/.6

347.918.2

Received: February 28, 2023

Arta Bilalli\*

Artan Grubi\*\*

Arbër Ademi\*\*\*

---

*The principles of independence and impartiality are of core importance and interest in court and arbitration proceedings. They represent "tools" and guarantees for establishing and assuring fair proceedings that will not be based upon favors, bias, or prejudice in the adjudication of a case.*

*This paper focuses on one mechanism that attempts to guarantee as much as possible the impartiality of judges in a court proceeding and the impartiality of an arbiter in an arbitration procedure. The excusal of judges and arbitrators represents a mechanism implemented in both court and arbitration procedures to ensure that the judge or the arbiter will decide without prejudice or influence of a direct or indirect nature from any source or for any reason. Lack of impartiality may affect the final decision. Thus, national and international documents set out cases that may reflect a judge's and an arbiter's impartiality. In this paper, we will analyze and compare the reasons for a judge's and an arbiter's lack of impartiality and give conclusions about the similarities and distinctions between them. This paper will also focus on the neutrality of the arbitrators.*

Keywords: impartiality, judges, arbitrators, excusal of judges and arbitrators

---

## 1. INTRODUCTION

A tribunal's Independence and impartiality are often synonymous but represent two different notions. Legal theory emphasizes that these notions include two different aspects of objectivity,<sup>1</sup> or they are seen as two sides of the same coin <sup>2</sup>These two principles are relevant to arbitration and judicial procedures. Due to the different subjects of those two procedures, their definitions and functioning in practice share some similarities and differences.

---

\* Arta Bilalli, PhD, Associate Professor at the Faculty of Law, University of Tetova

\*\* Artan Grubi, PhD, Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Tetova

\*\*\* Arbër Ademi, PhD, Professor at the Faculty of Law, University of Tetova

<sup>1</sup> Knezević G., Pavić V., Arbitraža i ADR, Treće Izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, pp.92

<sup>2</sup> Redfern A. & Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2004, pp. 238

Since we will analyze the excusal of judges and arbitrators, this paper's primary goal will be the court's impartiality and the arbitration. The excusal is a mechanism for reflecting on the tribunal's impartiality.

While Independence of the judiciary means a judiciary that is free from internal and external pressures and makes decisions only by application of law and in line with the solemn declaration, impartiality sounds as close. However, it is not the same as that. Impartiality means that in a particular case, the judging and decision-making process, the judge will not be biased by any parts and, thus, be able to bring the right decision through due process. Impartiality does not exclude only pressures and influences from different entities but excludes pressures and influences for any reason. This means that judges may not be influenced only by different actors, but they may sometimes have a reason to bring a decision in favor of a part. The word "impartiality" etymology suggests that the judge will be free of both parties within a case. If we look at the general picture, this is sent to the decision-making process done through the application of law and by their solemn declaration- mentioned in the part about Independence. However, the elements that ensure impartiality are different and will be elaborated in addition to this text. The term "impartiality" describes a state of mind in which the subject is balanced in a perfect equilibrium between parties- it is synonymous with "non-partisan" or "neutral." It is generally defined logically in negative terms as "the absence of prejudice or bias."<sup>3</sup> The concept of impartiality requires that a judge act without favor, bias, or prejudice in adjudicating a case. A judge who holds an actual bias or prejudice against a person who is a party to the proceedings (e.g., the accused) or who has personal knowledge of the disputed facts of the case cannot be considered impartial. Moreover, a judge must not have a vested interest in a case. A vested interest occurs when a judge has an economic or other interest in the case's outcome or has a spousal, parental, or other close family, personal or professional relationship, or a subordinate relationship with any part<sup>4</sup>.

In international commercial arbitration, "independence" means an objective situation that derives from the relations between the arbitrator and one of the parties, which may be financial or other relations.<sup>5</sup> Scott Donahey gives a similar definition: "The term independence measures the relationship between the arbitrator and the parties- personal, social and financial. The closer the relationship in any of these spheres, the "less" independent the arbitrator is from the party. The test is objective in that it is generally easy to measure whether the arbitrator and the party are in a kinship, whether they have a business and financial relations, and whether and to what degree they are involved socially."<sup>6</sup> These definitions imply that Independence supposes that the arbitrator must

---

<sup>3</sup> Stephan Treshcel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp.61

<sup>4</sup> O'Connor- Rausch, *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice*, Volume II, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 2008, pp. 64

<sup>5</sup> Blackaby, N., C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp.267

<sup>6</sup> Donahey S., 'The Independence and Neutrality of Arbitrators', *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, No. 4, December 1992, pp. 31

be free from any relationship with the parties that may make him *suspect* in his Independence. Namely, that might affect his decision. The arbitrator will not be independent if a financial, professional, or social relationship between him and one of the parties indicates his interest in the case or the final decision.<sup>7</sup>

On the other hand, the term "impartiality" refers to the arbitrator's lack of impermissible bias toward a party or the subject matter in dispute. This is a subjective test since it is difficult to measure directly.<sup>8</sup> Impartiality means freedom from favoritism or bias by word or action and a commitment to serve all parties. Impartiality is a more abstract concept than Independence in the sense that it implies a state of mind which is difficult to measure and quantify<sup>9</sup>. According to the above-given definitions, an arbitrator will be impartial if he does not favor either any of the parties or when there is no prejudice regarding the subject matter of the dispute. As a subjective category, it is challenging to prove that the arbitration institutions and national courts face significant difficulties when examining this standard.<sup>10</sup> From what has been pointed out, these two terms are similar but not the same. In this regard, Doak Bishop and Lucy Reed emphasize that: "An arbitrator who is impartial but not completely independent may be qualified, while an independent arbitrator who is not impartial must be disqualified. In selecting arbitrators in international arbitration appointed by the parties, the absolute and prevalent criteria must be impartiality.<sup>11</sup>

## 2. IMPARTIALITY OF JUDGES AND IMPARTIALITY OF ARBITRATORS

### 2.1. Impartiality of judges

By far the most important guarantee enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights<sup>12</sup> [herein after ECHR] is that of an independent and impartial tribunal established by law. It is also one of the most important guarantees of the whole Convention. There are two aspects of this guarantee. On the one hand, an individual's human rights ensure that a neutral authority decides disputes involving the individual. On the other hand, however, it also has an institutional aspect of constitutional importance: it lays the foundation for what has been labeled since Montesquieu is the third power in a state after the legislative and the executive.<sup>13</sup> It is unnecessary to enter

<sup>7</sup> Ademi A., Zgjidhja e kontesteve tregtare para arbitrazhit tregtar ndërkombëtar, Doctoral Dissertation, University of Tirana- Tirana, 2015, pp. 162

<sup>8</sup> Donahey, pp. 32

<sup>9</sup> Mullerat R., 'Ethical Rules for International Arbitrators', publikuar në *Chicago International Dispute Resolution Association*, 29th of March, 2004, available in: [http://www.cidra.org/ethicalrules03#4th-III\\_2](http://www.cidra.org/ethicalrules03#4th-III_2) (last seen on: 10.07.2021).

<sup>10</sup> Ademi, pp.162

<sup>11</sup> Bishop D. & Reed L., 'Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration,' *Arbitration International*, Volume 14, Issue 4, 1998, pp. 399

<sup>12</sup> Article 6 of the European Convention on Human Rights, 1950

<sup>13</sup> Treschel, pp.46

into a long argument to establish that no rule of law can exist without independent courts. One may wonder whether the law itself can have any actual existence in the absence of a judiciary. An examination of the development of Roman law leads to the conclusion that the judges (in particular the praetor) contributed more to the development of the law than the legislature.<sup>14</sup> The fact that the guarantee of an independent and impartial tribunal is the essential element of Article 6 of the ECHR is not just a theoretical aspect. It can also be seen in the case law. In particular, it is always the first element to be examined in a case brought under Article 6. If it turns out that a tribunal does not conform to the requirements of Article 6, there will be no further examination of the proceedings-proceedings before a tribunal that does not satisfy the criteria of Independence and impartiality can never be fair, and there is thus no reason either to examine whether a hearing before such a tribunal was held in public or reasonable time<sup>15</sup>.

According to the Bangalore Principles for Judicial Conduct<sup>16</sup> (Value 2), Impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office. It applies not only to the decision itself but also to the process by which the decision is made. A judge shall perform his or her judicial duties without favor, bias, or prejudice and shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession, and litigants in the impartiality of the judge and the judiciary. Impartiality is a part of the IBA Minimum Standards for Judicial Independence (Section G-Securing Impartiality and Independence). Namely, paragraph (44) foresees that a judge shall not sit in a case where there is a reasonable suspicion of bias or potential bias, and (Paragraph 45), a judge shall avoid any course of conduct which might give rise to an appearance of partiality.<sup>17</sup>.

### **2.1.1 Exclusion of a judge as a tool for impartial justice**

Impartiality may occur for subjective reasons and objective reasons.

However, it is impossible to determine whether the judge has an impartial state of mind. It is even very doubtful whether it is possible in theory, particularly if one has regard to the psychoanalytical school of psychology. There can hardly be any doubt that no human being will be entirely without bias. Mostly, however, we are not aware of our hidden tendencies. Lawyers, in particular, tend to overestimate their objectivity. In practice, a judge who is aware of his or her tendency to be biased and is capable of sufficient self-criticism and self-control will be more neutral than a judge who is entirely unaware of his or her predispositions.

---

<sup>14</sup> Ibid, pp.46

<sup>15</sup> Ibid, pp.46-47

<sup>16</sup> THE BANGALORE PRINCIPLES OF JUDICIAL CONDUCT 2002 (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002)

<sup>17</sup> Articles 45 and 46 of IBA Minimum Standards for Judicial Independence, 1982

The exclusion of judges is generated when impartiality occurs for objective reasons. This second group of reasons that might cause a lack of impartiality of a judge or a court comes into consideration where there have been some previous involvements of a judge in the same case but in different positions. The position that a judge might hold and can make a judge doubtful and ineligible, thus partial, for further remaining as a judge in a specific case is previously being a prosecutor of that case, a member of the police, an investigator, a member of a body responsible for preparing the indictment, having taken one or more decisions regarding the defendant's detention, a judge on the merits, a defense counsel.

According to paragraph 18 (Excusal of a Judge on Account of Lack of Impartiality) of the Model Code for Post-Conflict Criminal Justice<sup>18</sup>, a judge must not participate in a case if he or she: a). is a victim of the criminal offense; b) is a relative of a defense counsel, the victim, the counsel for the victim, or the accused; c) has taken part in the proceedings as a prosecutor, a defense counsel, or a counsel for the victim, or has been examined as an expert witness or witness; or d). In the same case, has taken part in rendering a decision of a lower court, or, if in the same court, has taken part in rendering a decision challenged by appeal. A judge must not participate in confirming an indictment where he or she has ordered the suspect's detention (paragraph 2). A judge must not participate in the trial of an accused if he or she: a) has participated in pre-trial proceedings, including proceedings to confirm an indictment in the same case; or b) has participated in pre-trial proceedings to confirm an indictment against the same accused person in a different case. Besides this, a judge must refrain from participating in a case where, apart from the above-given situations, his or her impartiality is likely to be doubted on any ground.

The Bangalore Principles for Judicial Conduct<sup>19</sup>, also foresees situations for judges' excusal from a particular case. Namely, according to value 2.5: "A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge cannot decide the matter impartially. Such proceedings include, but are not limited to, instances where a). the judge has actual bias or prejudice concerning a party or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceedings; b). the judge previously served as a lawyer or was a material witness in the matter in controversy, or c). the judge, or a member of the judge's family, has an economic interest in the outcome of the matter in controversy. Provided that disqualification of a judge shall not be required if no other tribunal can be constituted to deal with the case or, because of urgent circumstances, failure to act could lead to a severe miscarriage of justice.

---

<sup>18</sup> Vivienne O'Connor and Colette Rausch, *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice*, Volume II, United States Institute of Peace, Washington D.C., 2008, pp.64

<sup>19</sup> THE BANGALORE PRINCIPLES OF JUDICIAL CONDUCT 2002 (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002)



North Macedonia's legislation foresees two grounds for the exclusion of a judge: a) the absolute grounds for exclusion, and b) the relative grounds for exclusion<sup>20</sup>. The absolute grounds for disqualification do not allow a judge to decide and participate in a case and make that judge or juror an ineligible judge or juror-*index inhabits*. The Law on Criminal Procedure<sup>21</sup> of North Macedonia in its article 33, paragraph 1 (1-5) enumerates these grounds, and according to the law, they are: 1) if he or she is damaged or a victim of that crime- *Nemo iudex in sua causa*; 2) if the defendant, his counsel, the plaintiff, the damaged party, his legal representative or authorized representative is his or her spouse or a non-married spouse or relative by blood, in the straight line to any degree, in the sideline to the fourth degree and by affinity to the second degree; 3) if with the defendant, his counsel, the plaintiff, or the damaged party, is about a guardian, a person under guardianship, an adoptive parent, or an adoptive child, 4) if in the same criminal case, has participated as a pre-trial judge, has participated in the examination of the indictment before the main hearing, or has participated in the procedure as plaintiff, defense counsel, legal representative or counsel of the victim, or has been examined as witness or as an expert and 5) if in the same case, has participated in the decision of the lower court or if in the same court has participated in the adoption of a decision that has been challenged by appeal.

According to the Law on Criminal Procedure of North Macedonia, there is also one more ground or reason for the disqualification of a judge. This is outlined in the Article 33 and states that a judge or a juror may be disqualified from a trial, if any circumstances causes suspicion of his or her impartiality- *iudex suspectus*. The Article 33 may be considered in different situations, such as joint property interests, the relationship between trustee-debtor, close relatives ( mentioned in paragraphs 2 and 3), and close friendship.

According to the law on criminal procedure in North Macedonia, the judge can initiate the issue of impartiality. However, if a judge does not voluntarily exclude himself or herself from a case, mechanisms must be established for his or her exclusion with the parties' initiative. This kind of disqualification does not mean permanent removal of a judge but only removal from the specific case. Usually, the decision is brought by the Court's President.

## 2.2. The impartiality of the arbitrators

In order to ensure the consistent application of the Principle of Independence and Impartiality of the arbitration process in the cases in front of the international commercial arbitration, the provisions of national legislations and the dispositions of rules of institutional arbitration have obliged the arbitrator to disclose all of the circumstances

---

<sup>20</sup> Matovski N., Buzharovska G., Kallajxhiev G., Kazneno procesno pravo, Vtoro dopolneto i izmeneto izdanie, Skopje, 2011, pp. 106

<sup>21</sup> Article 33 of the Law on Criminal Procedure of North Macedonia, Official Gazzete nr.115/10

and facts that may put suspicions in his Independence and impartiality. This duty of the arbitrator is foreseen in order to fasten the process of appointment of another arbitrator, to strengthen the trust among the parties and the arbitrators, and thus to eliminate all grounds of suspicion that are or can be related to the integrity of the arbitrators and the process as a whole.<sup>22</sup>This is a very important duty and responsibility in international commercial arbitration because the parties usually come from different countries and know little about the arbitrators appointed by their counterparts.

Even though the arbitrator's duty to disclose all of the important circumstances that may make him or her a "partial" or "dependent" arbitrator is almost universally recognized in the national legislation, rules of institutional arbitration, and codes of ethics, these specific standards are not unified. Consequently, we can face more specific requirements in some arbitration institutions than others. The dilemmas or the questions about the facts and circumstances that must be disclosed differ and vary a lot, and they also need to specify in detail which facts and circumstances must be disclosed. However, the arbitrator must disclose and present all facts and circumstances that may cause his/her exclusion.<sup>23</sup>

### **2.2.1 National legislation and the arbitrator's duty to disclose circumstances that might be relevant to the assessment of his/her Independence and impartiality**

The obligation of the arbitrator to disclose facts and circumstances that might be relevant during the assessment of his/her Independence and impartiality is a fundamental element of different national legislations. The French Code of Civil Procedure<sup>24</sup>Article 1456, paragraph 2 provides the following solution: "Before the acceptance of the mandate, the arbitrator has to disclose any circumstance that may affect his or her independence or impartiality. He/she must disclose any circumstances arising after accepting the mandate". German Code of Civil Procedure also obliges the potential arbitrator to disclose all circumstances that may raise reasonable doubts about his/her impartiality or Independence. Furthermore, an arbitrator, from the moment of his or her appointment and throughout the arbitration process, has to, without delay, disclose to the parties all such circumstances, unless in cases where he or she has previously informed them of these circumstances. *On the contrary*, the United States Federal Arbitration Law does not contain any provision that would explicitly impose the arbitrator's duty to disclose facts and circumstances that may put suspicion on his or her independence or impartiality. However, such an obligation for the arbitrators derives from the US court decisions. Thus, according to a US Supreme Court decision: "Arbitrators should disclose to the parties any dealings which might create an impression of possible bias."<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Triva S., Uzelac A., *Hrvatsko Arbitražno Pravo: Komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava*, Narodne Novine, Zagreb, 2007, pp. 97

<sup>23</sup> Ademi, pp.164

<sup>24</sup> French Code of Civil Procedure, [https://allowb.org/acts\\_pdfs/CPC.pdf](https://allowb.org/acts_pdfs/CPC.pdf)

<sup>25</sup> US Supreme Court, *Commonwealth Coatings v. Continental Cas.*, 393 U.S. 145 (1968).

The Law on International Commercial Arbitration of North Macedonia<sup>26</sup> has adopted the solution from the article 12(1) of UNCITRAL<sup>27</sup> (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration in terms of the arbitrator's duty to disclose the circumstances relevant to assessing his or her Independence and impartiality. Namely, article 12, in paragraph 1, provides that: "When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or Independence. From the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, an arbitrator shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless he has already informed them."

As we can see from this legal provision, the Law on international commercial arbitration of North Macedonia does not specify nor describe the circumstances the arbitrator has to present. However, it derives from the abovementioned situations and solutions, according to which the arbitrator has to present all circumstances, which for his or her disqualification may be requested, even those circumstances which he or she does not believe may affect his/her Independence and impartiality, but which, may arise suspicions to the parties. This obligation exists both before and after the appointment of the arbitrator. Regarding the deadline when this obligation must be fulfilled, the cited provision operates with the expression "without delay," which means that the arbitrator must present such circumstances immediately, as soon as he or she realizes them or in the first opportunity to disclose them. On the contrary, unreasonable delays of the arbitrator in this respect may result in his or her liability for eventual damages caused. The law does not expressly provide the form of disclosure (written or oral), but it should be presented in writing to facilitate the presentation experience.<sup>28</sup>

### **2.2.1.1 Guidelines of the International Chamber of Advocates on Conflict of Interest in International Arbitration**

Although national legislations and arbitration regulations provide specific standards about the arbitrator's duty to disclose circumstances that may affect his/her Independence and impartiality, they do not provide detailed guidelines on this matter, and there is a lack of uniformity in this duty. In order to avoid different standards in terms of the duty of the arbitrator to clarify the circumstances and to establish a set of common principles for identifying circumstances that may raise doubts about the Independence and the impartiality of the arbitrator, the International Bar Association (IBA) adopted Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The latest version of the IBA Guidelines was adopted by the Resolution of the IBA Council on the 23<sup>rd</sup> of October, 2014, and they are dedicated for immediate use worldwide. This version clarifies and

---

<sup>26</sup> Law on International Commercial Arbitration of North Macedonia, Official Gazette of North Macedonia no.39/2006

<sup>27</sup> UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 amended 2006

<sup>28</sup> Ademi, pp.165

modifies the original Guidelines, which the IBA Council adopted on 22<sup>nd</sup> of May, 2004. The publication consists of two parts<sup>29</sup> The The First Part follows the Introduction entitled "General standards related to independence, impartiality and disclosure," and the Second Part is entitled "Practical implementation of general standards". In the last part of the Guidelines, the Working Group that drafted this publication provided examples of how the general standards set out in Part I should be applied. The list of unique situations is divided into three groups named by the traffic light colors: red (absolute and relative), orange, and green. Let us look at the four illustrated categories of situations, defined in colors, in which the arbitrator might be:

- **"The Absolute Red List"** (Non-Waivable Red List)- includes situations that reflect such a close relationship between the arbitrator and a party that makes non-allowable the acceptance of the arbitrator, based on the basic principle that no one can be a judge in his or her case. In these cases, the arbitrator is obliged not to accept the appointment. Such situations, for example, are if the arbitrator is a manager, a director, or a member of the supervisory board or has a similar influence toward one of the parties; if the arbitrator has a significant financial and personal interest from one of the parties or in the outcome of the case and so on.
- **"The Relative Red List"** (Waivable Red List) includes examples potentially leading to disqualification. However, if the parties are aware of the circumstances of this nature and if they expressly agree not to disqualify the arbitrator, then the arbitrator can accept the appointment. In any case, the arbitrator must fully disclose the circumstances or facts described in this list. Some arbitrators call the Relative Red List "the Pink List."<sup>30</sup> Such situations occur if the arbitrator has been previously involved in the given case, if a close family member of the arbitrator has a substantial financial interest in the outcome of the dispute, if the arbitrator is an advocacy lawyer in the same law firm as the lawyer of one of the parties, and so on.
- **"The Orange List"**- includes situations in which the potential arbitrator must disclose the circumstances and the facts that may give the parties reasonable doubt in terms of the dependence and bias of the arbitrator. The obligation of the arbitrator to disclose such circumstances and facts is provided to allow the parties to evaluate whether the arbitrator may serve or not. If the parties, after properly disclosing such circumstances and facts, do not make any objections within the prescribed time, it is considered that they have accepted the arbitrator and have given up on any possible conflict of interest based on disclosed facts and circumstances. Such situations, for example, may occur if the arbitrator within the

---

<sup>29</sup> International Bar Association (IBA) adopted Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (<[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> (last seen on 02.03.2015)

<sup>30</sup> Moses, M. L., *The principle and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp.133

last three years has been appointed as arbitrator in two or more cases by one of the parties or by the dependent company of one of the parties; if the lawyer's office in which the arbitrator works at the same time provides services to one of the parties or its dependent company but without establishing a significant commercial relationship and without the involvement of the arbitrator; if a close family member of the arbitrator is a partner or an employee in the lawyer's office representing one of the parties but the arbitrator himself or herself is not assisting in the dispute; if the arbitrator has previously in a public way presented a specific view or position about the case and other similar situations.

- **"The Green List"** includes situations that cannot doubt the Independence and the arbitrator's impartiality, and thus, the arbitrator is not obliged to disclose such circumstances. This group includes situations where the arbitrator has previously published a general opinion (i.e., in a legal journal or a public lecture) on a legal issue that is presented as contentious before the arbitration (but this opinion is not linked or focused on the case that is being arbitrated); if the lawyer's office in which the arbitrator works has acted against the party or its dependent company in a matter that is not related to the dispute; if the arbitrator has a relationship with another arbitrator or with the defense council of one of the parties through the organization in the same professional association or social organization, and so on.

### **2.3. Exclusion of the arbitrator as a tool for impartial arbitration**

Bearing in mind the importance of the principle of Independence and impartiality of arbitrators in the successful implementation of this dispute resolution mechanism, the international commercial arbitration law provides the institute of exclusion of arbitrators, which is expressed if there are reasonable doubts on the objectivity of the arbitrator. The exclusion of arbitrators is the primary tool in checking and guaranteeing the moral, professional, and other qualities of the arbitrator, which is provided due to the request that the arbitrator meet specific minimum criteria or standards to ensure a fair trial. The exclusion of the arbitrator can be defined as an important mechanism that protects the integrity of the process. As Miodrag Trajkovich points out: "The exclusion of the arbitrator is a correctional institute of the arbitration law, which through an arbitrator can be disqualified due to doubts on his or her impartiality or neutrality."<sup>31</sup>.

Legal discussions about this institute mainly focus on the following questions: What will happen if the arbitrator appointed by the party does not have any or none of the qualifications provided in the arbitration agreement, the applicable arbitration

---

<sup>31</sup> Trajković, M., *Međunarodno Arbitražno Pravo*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000, pp.376

regulation, or even the applicable national legislation? What will happen if the appointed arbitrator fails to comply with the obligation to carry out his or her mission independently and impartially?

The answers to the reasons for the arbitrator's exclusion and the procedure that will take place are part of the rules of arbitration institutions and national legislation. In the upcoming part of this paper, while dealing with the arbitrator's exclusion and the proper procedure, we will focus mainly on the Law of international trade arbitration of the Republic of North Macedonia.

### **2.3.1. The reasons for the exclusion of the arbitrator**

The reasons for the arbitrator's exclusion vary and depend on the rules of the applicable arbitration institution and the applicable national legislation. One widely accepted reason is the arbitrator's lack of Independence and impartiality, although many national legislations and arbitration rules provide other reasons.

Regarding the reasons for the exclusion of the arbitrator, the Law on International Trade Arbitration of North Macedonia contains a provision of an imperative nature (*ius cogens*) from which parties cannot voluntarily waive. According to this law, the institute of exclusion of the arbitrator does not refer only to the situations in which there are reasonable doubts about the objectivity of the arbitrator but also refers to the doubts related to the qualities that an arbitrator must have. Namely, following Article 12, paragraph 2 of this law, the exclusion of the arbitrator may be requested in two cases: first, if there are circumstances that lead to reasonable doubt in his or her impartiality or Independence, and second, if the arbitrator does not meet the criteria agreed by the parties. The exact reasons for the exclusion of the arbitrator are provided in the Rules of the Permanent Court of Arbitration at the Macedonian Chamber of Commerce, in its article 35, paragraph 2, in which it is stated that: "The exclusion of an arbitrator may be requested if there are circumstances which may raise a reasonable doubt to his or her impartiality or Independence or if the arbitrator does not have the qualifications agreed by the parties." We can conclude that the Law on international commercial arbitration of the Republic of North Macedonia contains the same solution as Article 12, paragraph 2 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

Regarding Independence and impartiality, the Law on International Commercial Arbitration of North Macedonia uses the term "reasonable doubt" and not any doubt. Regarding the lack of qualifications agreed upon by the parties, they should be evaluated in the context of the provisions in the arbitration agreement that the parties have made. For example, suppose the parties have agreed that the arbitrator is a lawyer and the

appointed arbitrator is an economist. In that case, the parties may request the removal of that arbitrator within the prescribed period.<sup>32</sup>

It should be mentioned that different national legislations do not provide the same reasons or grounds for excluding the arbitrator. For example, Swiss Federal Law on Private International Law<sup>33</sup> of 1987 refers only to the lack of Independence as a reason for the exclusion of the arbitrator, but not the lack of impartiality, although Swiss case law and arbitration practice recognize the exclusion of the biased arbitrator. On the other hand, article 1033, paragraph 1 of the Dutch Code of Civil Procedure<sup>34</sup> provides that the arbitrator may be excluded if circumstances give rise to reasonable doubts about his or her impartiality or Independence. The Law on Arbitration of the Republic of Kosova<sup>35</sup>, like the Law on international commercial arbitration of North Macedonia, article 10.2 provides that: " Each party may request the exclusion of the arbitrator if he or she has reasonable doubts on the impartiality or Independence of the arbitrator or if the arbitrator does not meet the qualifications agreed upon by the parties. A party may request the exclusion of the arbitrator only if the reasons for his or her exclusion have arisen after the arbitrator's appointment. The concerned party is obliged to request the exclusion of the arbitrator as soon as he or she is notified about the circumstances that justify the exclusion".

Compared to the law on international commercial arbitration in North Macedonia, there are also legislations that provide more reasons for the exclusion of the arbitrator. Thus, following the Croatian arbitration legislation, there are three basis or grounds for the exclusion of the arbitrator: a). the existence of circumstances that lead to reasonable doubt in the Independence or impartiality of the arbitrator; b). If the arbitrator does not meet the appropriate qualifications agreed upon by the parties and c). If the arbitrator fails to lead the process in due time<sup>36</sup>. The English Arbitration Act<sup>37</sup> of 1996 is even more comprehensive and provides the following grounds for exclusion of the arbitrator: a). the existence of circumstances that give rise to reasonable doubt about his impartiality; b). If the arbitrator does not possess the required qualifications by the arbitration agreement; c). If the arbitrator is physically or mentally incapable of leading the proceedings or has reasonable doubts about his or her capacity to do so; d). If the arbitrator has refused or failed to lead the process correctly.

The reasons for the exclusion of the arbitrator are also provided in the arbitration rules of proceedings. For example, the UNCITRAL Arbitration Rules of 2010, in its article 12,

---

<sup>32</sup> Ademi, pp. 169

<sup>33</sup> Swiss Federal Law on Private International Law, 1987

<sup>34</sup> Dutch Code of Civil Procedure, <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm> (last opened: 01.06.2024)

<sup>35</sup> Law on arbitration of the Republic of Kosova, 2008, Law no. 02/L-75 Ligji për arbitration

<sup>36</sup> Zakon o arbitraži, NN 88/01, <https://www.zakon.hr/z/250/Zakon-o-arbitra%C5%BEi> (last opened: 01.06.2024)

<sup>37</sup> English Arbitration Act, 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>, (last opened: 01.06.2024)

paragraph 1, provides that: " Any arbitrator may be excluded if there are circumstances that give rise to a reasonable doubt as to the impartiality or Independence of the arbitrator." On the other side, the International Chamber of Commerce Arbitration Rules<sup>38</sup> of 2012 contains a comprehensive formulation that allows for different interpretations. According to the International Chamber of Commerce Arbitration Rules, the arbitrator may be disqualified if there are doubts about his or her Independence, impartiality, or other reasons.<sup>39</sup> (ICC Arbitration Rules 2012, Article 14(1)). Also, the London Court of Arbitration Rules<sup>40</sup>The law provides other grounds for excluding an arbitrator besides doubt related to the arbitrator's independence or impartiality.

### 3. THE NEUTRALITY OF THE ARBITRATOR

Arbitration law's fundamental tenet is that the sole arbitrator or chairman must be independent and impartial. The arbitrator's "neutrality" goes further than his Independence or impartiality, although it is often considered synonymous under a narrow and superficial interpretation. Its first and better-known aspect is sometimes called "national neutrality." As much as parties, in most cases, have different nationalities and/or residences or commercial establishments, it stands to reason that the "third arbitrator" or chairman should not, as a general rule, have the same nationality as one of the parties.<sup>41</sup>

Neutrality fundamentally relates to the arbitrator's predisposition towards a party or to the party's position. As noted, this predisposition has generally been accepted as resulting from the nationality and culture the arbitrator and one of the parties share. An international arbitrator should be neutral regarding both parties' nationalities, political systems, and legal systems and effectively possess a high degree of "international mindedness." Hence, the link between neutrality and nationality is predicated on the assumption that an arbitrator who shares the same nationality, culture, and language as one of the parties will be susceptible or sympathetic to that party and their position in the arbitration, with apparent concerns for both the fairness of the process and ultimate award, as the acceptability of the award will be dependent on the quality, skills, and credibility of the arbitrators who deliver it. While this is an assumption and may not be the practice in most cases, the concerns about bias, or the perception of bias, have been sufficient such that the general practice is to select sole arbitrators and presiding

---

<sup>38</sup> International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2012, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/> (last opened: 01.06.2024)

<sup>39</sup> ICC Arbitration Rules 2012, Article 14(1)

<sup>40</sup> London Court of Arbitration Rules, 2014, [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx) (last opened: 01.06.2024)

<sup>41</sup> Lalive P., On the neutrality of the arbitrator and the place of arbitration, 1970, pp.43



arbitrators that possess nationalities that are different from the nationalities of the parties to the arbitration.<sup>42</sup>

However, others contend that a common outlook associating neutrality with nationality should not be generalized, as any arbitrator who is "neutral," regardless of nationality, should be sufficiently competent to use their judgment and determine the arbitration in favor of the party that makes the better case. Regardless of such contentions, neutrality is linked to nationality, and some contend that Independence, impartiality, and neutrality are all synonymous concepts. However, there are apparent differences as neutrality relates more to the perception of bias than actual bias and is consequently different from impartiality, which relates to actual bias and adopts a subjective test.<sup>43</sup>

The requirement that an arbitrator's nationality be different from that of the parties is reflected in various international arbitration rules including the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") Arbitration Rules ("UNCITRAL Rules"),<sup>28</sup> the American Arbitration Association International Arbitration Rules ("AAA Rules"),<sup>29</sup> the London Court of International Arbitration Rules ("LCIA Rules"),<sup>30</sup> the International Chamber of Commerce Arbitration Rules ("ICC Rules")<sup>31</sup> and the World Intellectual Property Organisation Arbitration Rules ("WIPO" Rules).

#### 4. CONCLUSIONS

The most widespread idea is that Independence and impartiality are different but, in the meantime, closely related to each other. Independence is often related to specific institutional guarantees that allow judges to free themselves from internal and external pressures while making a final decision. Such guarantees include independence from other branches of government, independence from an authority within the same court, and immunity.

For obvious reasons, such guarantees do not exist in international arbitration. Therefore, Independence is understood differently, mainly as an absence of family or social ties and professional or business relationships between the arbitrator and one of the parties or any third party with an interest in the proceedings.

Impartiality, in contrast, is usually associated with the objectivity of the decision or the absence of bias toward one or other parties. There is also a distinction between *personal* impartiality, which depends on having no stake in the outcome of the proceedings, and *institutional* impartiality, which is more related to what is usually referred to as Independence.

---

<sup>42</sup> R. Feehily, Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, A Fine Balance in the Quest For Arbitral Justice, Volume 7, Issue 1, Penn State Journal of Law & International Affairs, 2019, pp. 92

<sup>43</sup> Ibid, pp. 93

In international arbitration, according to *Doak Bishop* and *Lucy Reed*, it is acceptable that "An arbitrator who is impartial but not completely independent may be qualified, while an independent arbitrator who is not impartial must be disqualified." In selecting arbitrators in international arbitration appointed by the parties, the absolute and prevalent criteria must be impartiality.

Impartiality may occur for subjective reasons and objective reasons. It is impossible to determine whether the judge has an impartial state of mind. It is even very doubtful whether it is possible in theory, particularly if one has regard to the psychoanalytical school of psychology. There can hardly be any doubt that no human being will be entirely without bias. Mostly, however, we are not aware of our hidden tendencies. Lawyers, in particular, tend to overestimate their objectivity. In practice, a judge who is aware of his or her tendency to be biased and is capable of sufficient self-criticism and self-control will be more neutral than a judge who is entirely unaware of his or her predispositions!

The exclusion of judges occurs when impartiality occurs for objective reasons, which are foreseen in national acts (Codes/ Laws of Criminal Procedures). The International Bar Association Minimum Standards of Judicial Independence also address a judge's personal and substantive Independence. The Bangalore Principles of Judicial Conduct of the United Nations also deal with judicial Independence and impartiality.

In order to ensure the consistent application of the principle of Independence and impartiality of the arbitration process in the cases in front of the international commercial arbitration, the provisions of national legislations and the dispositions of rules of institutional arbitration have obliged the arbitrator to disclose all of the circumstances and facts that may put suspicions in his Independence and impartiality. This duty of the arbitrator is foreseen in order to fasten the process of appointment of another arbitrator, to strengthen the trust among the parties and the arbitrators, and thus to eliminate all grounds of suspicion that are or can be related to the integrity of the arbitrators and the process as a whole.

Even though the arbitrator's duty to disclose all of the important circumstances that may make him or her a "partial" or "dependent" arbitrator is almost universally recognized in the national legislation, rules of institutional arbitration, and codes of ethics, these specific standards are not unified. Consequently, we can face more specific requirements in some arbitration institutions than others. The dilemmas or the questions about the facts and circumstances that must be disclosed differ and vary a lot, and they also need to specify in detail which facts and circumstances must be disclosed. However, the arbitrator must disclose and present all facts and circumstances that may cause his/her exclusion.

Although national legislations and arbitration regulations provide specific standards about the arbitrator's duty to disclose circumstances that may affect his/her Independence and impartiality, they do not provide detailed guidelines on this matter, and there is a lack of uniformity in this duty. In order to avoid different standards in terms

of the duty of the arbitrator to clarify the circumstances and to establish a set of common principles for identifying circumstances that may raise doubts about the Independence and the impartiality of the arbitrator, the International Bar Association (IBA) adopted Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The latest version of the IBA Guidelines was adopted by the Resolution of the IBA Council on the 23<sup>rd</sup> of October, 2014, and they are dedicated for immediate use worldwide.

The reasons for the arbitrator's exclusion vary and depend on the rules of the applicable arbitration institution and the applicable national legislation. One reason that has been widely accepted is the arbitrator's lack of Independence and impartiality, even though this is not the only reason in many national legislations and arbitration rules.

The Law on international commercial arbitration of the Republic of North Macedonia contains the same solution as Article 12, paragraph 2 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Regarding Independence and impartiality, the Law on International Commercial Arbitration of North Macedonia uses the term "reasonable doubt" and not any doubt. Regarding the lack of qualifications agreed upon by the parties, they should be evaluated in the context of the provisions in the arbitration agreement that the parties have made.

Compared to the law on international commercial arbitration in North Macedonia, there are also legislations that provide more reasons for the exclusion of the arbitrator. Thus, according to Croatian arbitration legislation, there are three bases or grounds for the exclusion of the arbitrator: a). the existence of circumstances that lead to reasonable doubt in the Independence or impartiality of the arbitrator; b). If the arbitrator does not meet the appropriate qualifications agreed upon by the parties and c). If the arbitrator fails to lead the process in due time. The English Arbitration Act of 1996 is even more comprehensive and provides the following grounds for exclusion of the arbitrator: a). the existence of circumstances that give rise to reasonable doubt about his impartiality; b). If the arbitrator does not possess the required qualifications by the arbitration agreement; c). If the arbitrator is physically or mentally incapable of leading the proceedings or has reasonable doubts about his or her capacity to do so; d). If the arbitrator has refused or failed to lead the process correctly.

## **IZUZEĆE SUCA I IZUZEĆE ARBITRA – JAMSTVO NEPRISTRANOSTI SUDSKOG POSTUPKA I ARBITRAŽNOG POSTUPKA**

*Načela neovisnosti i nepristranosti od ključne su važnosti i interesa u sudskim i arbitražnim postupcima. Oni predstavljaju "alate" i jamstva za uspostavu i osiguranje pravičnog postupka koji se neće temeljiti na naklonosti, pristranosti ili predrasudama u presuđivanju predmeta. Ovaj se rad fokusira na jedan mehanizam kojim se pokušava u najvećoj mogućoj mjeri zajamčiti nepristranost sudaca u sudskom postupku i nepristranost arbitra u arbitražnom postupku. Izuzeće sudaca i arbitara predstavlja mehanizam koji se primjenjuje u sudskim i arbitražnim postupcima kako bi se osiguralo da sudac ili arbitar odluče bez predrasuda ili utjecaja izravne ili neizravne prirode iz bilo kojeg izvora ili iz bilo kojeg razloga. Nedostatak nepristranosti može utjecati na konačnu odluku. Stoga nacionalni i međunarodni dokumenti navode slučajeve koji mogu ukazivati na nepristranost suca i arbitra. U ovom radu analizirat ćemo i usporediti razloge sučeve i arbitrove nepristranosti te iznijeti zaključke o sličnostima i razlikama među njima. Ovaj će se rad također usredotočiti na neutralnost arbitara.*

Keywords: nepristranost, suci, arbitri, izuzeće sudaca i arbitara

**Dr. sc. Arta Bilalli**, izvanredna profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Tetovu

**Dr. sc. Artan Grubi**, asistent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Tetovu

**Dr. sc. Arbër Ademi**, profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Tetovu

# DIGITALIZACIJA JAVNE UPRAVE I NJEZINA PRIMJENA U ODABRANIM PODRUČJIMA

Stručni rad

UDK 35.072.2:004.3/4

Primljeno: 22. veljače 2024.

Monika Bedeković \*

Ksenija Grubišić \*\*

---

*Prilagodбом standardima europeizacije u Republici Hrvatskoj dolazi do jačanja digitalizacije javne uprave te uspostave sustava e-Građani. Modernizacijom sustava e-Građani razvijaju se područja u kojima se usluge pružaju, a poseban osvrt autorice daju područjima obitelji i života te visokog obrazovanja. U prvom dijelu rada analiziraju se pojedina obilježja procesa digitalizacije u javnoj upravi, istražuju usluge u istaknutim područjima te mjerodavni normativni okvir. Drugi dio rada prikazuje rezultate provedenih online-anketa o načinu i procjeni korištenja pojedinih digitalnih usluga.*

Ključne riječi: europeizacija, obitelj, život, visoko obrazovanje, e-Građani, e-Savjetovanje

---

## 1. UVOD

Današnje društvene promjene uvjetovane su velikim dijelom procesima globalizacije i tehnološkog razvoja, što se na *poseban* način odražava na sustave javnog upravljanja. Naime, javna uprava kao sustav normativno određen na razini svake države postaje sve podložnija procesima koji su po svojim bitnim obilježjima „nacionalni“ ili izazivaju „nacionalne“ posljedice. U tom je smislu i u Republici Hrvatskoj razvoj javne uprave u posljednjim desetljećima ponajviše uvjetovan procesom europeizacije i procesom digitalizacije. O procesu europeizacije napisano je podosta znanstvene i stručne literature, što zasigurno otežava iznošenje obuhvatnijeg i jednoznačnijeg tumačenja tog pojma. Možda je jednu od prvih značajnijih odredbi postavio Robert Ladrecht 1994. godine navodeći kako je europeizacija „inkrementalni proces reorijentacije usmjerenja i forme politike prema stupnju gdje politička i gospodarska dinamika EU-a postaje dio organizacijske logike nacionalnih politika“.<sup>1</sup>

Proces europeizacije može se prikazati pomoću tri glavna modela. Razlikuju se model institucionalne adaptacije, javne politike i nepodudarnosti. U modelu institucionalne adaptacije postojeće strukture i prakse trajno se zamjenjuju novima. Mehanizmi kojima

---

\* Monika Bedeković, diplomirala na Sveučilištu u Zagrebu Pravnom fakultetu s temom „Europeizacija i digitalizacija javne uprave“

\*\* Dr. sc. Ksenija Grubišić, izvanredna profesorica na Katedri za sociologiju, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

<sup>1</sup> Trnski, M., *Prilog pojmovnom određenju europeizacije*, Međunarodne studije, 2015, XV (4), str. 11 (preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/181455>).

se zamjena ostvaruje mogu uključivati regulacijsko natjecanje, u kojem se države natječu u razvijanju uspješnog modela; prinudu, kod koje Europska unija nameće model; normativni pritisak i imitaciju, prilikom kojih se model oponaša kako bi se izbjegla nesigurnost; te uokvirivanje, kod kojeg države članice samo promoviraju nove norme i ideje. Model javne politike temelji se na prirodi javnih politika te razlikuje politike negativne i pozitivne integracije. Politike negativne integracije obilježava neizravna i horizontalna europeizacija zbog pritiska regulatornog natjecanja i promjene strukture mogućnosti. Kod politike pozitivne integracije europeizacija je vertikalna zbog postojanja prinude, koja uzrokuje izričite pritiske za promjenama. Model nepodudarnosti kritizira značajna nekompatibilnost između nacionalne i europske razine. Takva situacija može dovesti do potrebe za promjenama u državi kandidatkinji ili članici. Kod postojanja nekompatibilnosti praksi, normi i ideja između nacionalne i europske razine europeizacija se smatra vrstom socijalizacije, a vjerojatnost promjene veća je ako je nepodudaranje manje. U slučaju postojanja nekompatibilnosti politika političko-upravnih procesa i institucija promjena je izglednija ako je nekompatibilnost veća.<sup>2</sup>

Sva tri modela prepoznatljiva su i u promjenama javne uprave u posljednjim desetljećima. Proces europeizacije u Republici Hrvatskoj započinje početkom 2000-ih, dok se proces digitalizacije u istom razdoblju počinje jače razvijati. Pružanjem javnih usluga u elektroničkom obliku javna uprava postaje prepoznatljiva pod nazivima kao što su elektronička uprava (e-uprava), *online*-uprava ili digitalna uprava. Kao posljedica sveobuhvatnijeg i dinamičnijeg utjecaja informacijsko-komunikacijskih tehnologija razvijaju se novi oblici participacije građana u kreiranju javnih politika, kao što su, primjerice, različiti oblici e-savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u donošenju propisa. U razdoblju prilagodbe Europskoj uniji Republika Hrvatska provela je brojne reforme na upravnoj razini kako bi što bolje uskladila djelovanje javne uprave sa standardima na europskoj razini. Primjerice, regulacija procesa savjetovanja u Republici Hrvatskoj počinje 2009. godine, kada je Vlada Republike Hrvatske donijela Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata (dalje u tekstu: Kodeks).<sup>3</sup> Nadalje, pristupanjem Republici Hrvatskoj članstvo Europskoj uniji 2013. godine napravljen je bitan iskorak prema većoj digitalizaciji javne uprave. Portal e-Građani uspostavljen je 2014. godine kao jedinstveno upravno mjesto sa svrhom približavanja građanima i korisnicima javnih usluga. U travnju 2015. godine uspostavljen je središnji internetski portal za savjetovanja pod nazivom e-Savjetovanja.

S obzirom na navedene procese u ovom radu nastoje se istražiti osnovna obilježja, odnosno aktivnosti digitalizacije javne uprave u području *obitelji i života* te području *visokog obrazovanja*. Prvi dio rada sadrži šire tumačenje pojmova e-uprava i e-javne usluge, analizu sustava e-Građani i e-Savjetovanja s pripadajućim digitalnim uslugama te

---

<sup>2</sup> Đurman, P., *Europeizacija javne uprave i načelo otvorenosti*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 2016. vol. VII, br. 1, str. 344.

<sup>3</sup> Narodne novine, 140/09.

mjerodavni normativni okvir. U drugom dijelu rada analizira se razina upotrebe e-javnih usluga koje pruža sustav e-Građanin te usluga e-Savjetovanja u istaknutim područjima. Za potrebe ovog dijela istraživanja, temeljem prigodnog uzorka, provedene su dvije *online*-ankete među ustanovama u području obitelj i život te visokog obrazovanja: Anketa o primjeni usluga sustava e-Građani i e-Savjetovanja u području obitelji i života te Anketa o primjeni usluga sustava e-Građani i e-Savjetovanja u području visokog obrazovanja. Cilj je bio ispitati razinu korištenja digitalnih usluga te stavove ispitanika. Posljednje poglavlje sadrži zaključna razmatranja.

## 2. DIGITALIZACIJA

### 2.1. E-uprava

Pojam e-uprava odnosi se na upotrebu informacijsko-komunikacijske tehnologije (IKT) u području javne uprave. Cilj korištenja IKT-a jest utjecati na veću odgovornost i transparentnost javnog upravljanja te omogućiti učinkovitije i efikasnije pružanje javnih usluga. U tom se smislu kao ključni ciljevi digitalizacije ističu olakšavanje komunikacije između države, građana i tvrtki, osiguranje bolje digitalne dostupnosti informacija i javnih usluga, omogućavanje automatske elektroničke povezanosti tijela javne vlasti obuhvaćanjem svih sektora, smanjivanje nepotrebne interakcije s administracijom te povećanje digitalnog pružanja usluga, što ujedno omogućuje spajanje sustava javne uprave s civilnim društvom, privatnim sektorom te institucijama Europske unije.

Razvoj e-uprave može se pratiti od 80-ih godina dvadesetog stoljeća kao reakcija na smanjeno povjerenje građana u vlast, a dobrim se dijelom bazira na uspjehu e-aktivnosti privatnog sektora kao što su e-poslovanja i e-trgovine. „Porast e-uprave povezan je sa širokom upotrebom Interneta i *World Wide Weba* tijekom 1990-ih.“<sup>4</sup> Zbog kontinuiranog razvoja informacijsko-komunikacijske tehnologije, u prvom redu interneta i mobilnih uređaja, u novije vrijeme u fokus dolazi pojam m-uprave (*m-government*).

M-uprava poseban je oblik e-uprave kojim se nastoji nadopuniti postojeći koncept. Pojavljuje se kao posljedica mobilnih tehnologija, a omogućuje interakciju korisnika i uprave te pristup uslugama na personaliziran način bilo gdje i bilo kada. M-uprava upotrebljava različite oblike mobilnih i bežičnih tehnologija kako bi korisnicima osigurala pružanje usluga i informacija bez ikakvih barijera te na što je moguće pristupačniji način.

Klačmer razlikuje razvoj digitalne javne uprave u tri faze:

---

<sup>4</sup> Musa, A., Đurman, P., *Digital local government: promoting transparency, openness and efficient local public services*, u: Lhomme, D., Musa, A., de La Rosa, S. (ur.), *Good Local Governance: Application of European Standards for Local Public Services in France and Croatia*. Edition Rencontres Europeennes. Bruxelles: Bruylant – Larcier, 2016, str. 342.

1. Uprava 1.0, koja se odnosi na razdoblje u kojem se pojavljuju prvi pokušaji uspostave e-uprave upotrebom IKT-a
2. Uprava 2.0, koja se razvila kao posljedica stvaranja aplikacija *Web 2.0*. Takva uprava temelji se na pružanju usluga e-uprave uz pomoć integriranih aplikacija *Web 2.0*. Tako se ostvaruje otvorenija interakcija između građana i javne vlasti.
3. Uprava 3.0 predstavlja budućnost Uprave 2.0 te bi se trebala razviti zbog utjecaja treće generacije interneta. *Web 3.0* bazira se na mreži računala koja je decentralizirana te daje mogućnost bolje privatnosti i povezanosti, a fokus stavlja na sigurnost podataka.<sup>5</sup>

Nadalje, razvoj e-uprave može se pratiti i kao proces kod kojeg se kontinuirano unaprjeđuje eksterno i interno komuniciranje uprave, pružanje usluga, a sastoji se od nekoliko međusobno povezanih stupnjeva koji bi trebali dovesti do pune digitalizacije uprave. Najčešće se ističe pet glavnih faza razvoja e-uprave:

1. FAZA 0 (Nema informacije) – informacije i usluge nisu dostupne na internetu, što znači da nema postojanja e-uprava.
2. FAZA 1 (Informacija) – na internetu postoji informacija o načinu na koji se pojedina usluga ostvaruje, što uključuje opis uvjeta i postupaka, pravnog okvira i slično. West (2004) ovoj fazi daje naziv faza oglasnog prostora.
3. FAZA 2 (Jednosmjerna interakcija) – usluga se ostvaruje u djelomičnom obliku budući da postoji dostupnost formulara u elektroničkom obliku, ali korisnici moraju određene korake obavljati u fizičkom obliku.
4. FAZA 3 (Dvosmjerna interakcija) – usluga se *online* može ostvariti samo djelomično, i to prijavom uz autentifikaciju i interaktivnim ispunjavanjem formulara, ali dobivanje potvrde ili certifikata moguće je samo u fizičkom obliku.
5. FAZA 4 (Transakcija) – nema potrebe za ostvarivanjem dijela usluge u fizičkom obliku budući da je cijela usluga dostupna *online*.<sup>6</sup>

Izmjena faza ostvarivanja određenih aktivnosti i faza zatišja obilježavaju razvoj elektroničke uprave u Republici Hrvatskoj. Razvoj počinje 2000-ih godina, preciznije 2002. usvajanjem Strategije o informacijsko-komunikacijskoj tehnologiji, te 2003., kada je osnovan Središnji državni ured za e-Hrvatsku. Godine 2007. usvojen je program e-Hrvatska, koji je bio usmjeren na elektronički razvoj pravosuđa, obrazovanja, uprave,

---

<sup>5</sup> Klačmer, M., *Činitelji prihvatanja javnih usluga e-participacije u Republici Hrvatskoj* (disertacija), Fakultet organizacije i informatike Sveučilišta u Zagrebu, 2020, str. 12 i dalje (preuzeto s: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:211:847258>).

<sup>6</sup> Vrček, N., Musa, A., *E-uprava u Hrvatskoj: izazovi transformacije uprave u digitalnom društvu*, u: Musa, A. (ur.), *Uprava u digitalno doba III: Transformacijski potencijali e-uprave za veću učinkovitost i odgovornost*. Dvanaesti forum za javnu upravu, Institut za javnu upravu i Friedrich-Ebert-Stiftung, Zagreb, 2017, str. 13.



gospodarstva, zemljišnih knjiga itd. Do 2011. traje razdoblje pridruživanja Europskoj uniji. Strateški pristup e-upravi nakon 2012. godine ne postoji te se razvijaju usluge temeljem sektorskih i posebnih strategija. Najveći iskorak postignut je između 2014. i 2015. godine pokretanjem portala otvorenih podataka, portala e-Građani, portala e-Savjetovanja te Središnjeg državnog portala.

## 2.2. E-javne usluge

*Online* javne usluge vrlo su važne u današnje moderno doba budući da omogućavaju korisnicima obavljanje pojedinih usluga u digitalnom obliku. Homburg razlikuje nekoliko vrsta digitalnih usluga: „informacijske usluge (informacije, propisi, dokumenti, brošure, otvoreni podaci), kontaktne usluge (postavljanje pitanja, podnošenje pritužbi, davanje mišljenja), transakcijske usluge (podnošenje zahtjeva vezanih uz ostvarivanje prava ili ispunjavanje obveze te njihovo procesuiranje), participacijske usluge (sudjelovanje u odlučivanju putem interaktivnih portala, foruma, virtualnih zajednica, društvenih mreža i sl.) i usluge prijenosa podataka (razmjena podataka između tijela javne vlasti; podatkovne usluge)“.<sup>7</sup>

Europska je unija početkom 2000-ih nizom akcijskih planova odredila 20 ključnih e-javnih usluga koje bi svaka država članica trebala osigurati u potpunosti *online* za privatni sektor i za građane. Za privatni sektor predviđeno je osam *online* javnih usluga, a za građane 12 (v. Tablica 1). Usluge namijenjene privatnom sektoru odnose se na postupke javne nabave, plaćanje poreza na dobit, registraciju poduzeća, carinske deklaracije, dozvole iz područja okoliša, dostavu podataka u statistički ured, plaćanje PDV-a te plaćanje doprinosa za zapošljavanje. Usluge za građane odnose se na usluge u zdravstvu, prijavu i plaćanje poreza na prihod, upis u sustav visokog obrazovanja, podnošenje prijave policiji, korištenje javnim knjižnicama, dobivanje izvadaka iz matice rođenih i matice vjenčanih, prijavu mjesta boravišta ili prebivališta, dobivanje naknade iz socijalnih osiguranja, traženje posla, podnošenje zahtjeva za građevinsku dozvolu, registraciju vozila te izdavanje osobnih dokumenata.

Podatke o uslugama u elektroničkom obliku koje korisnicima pružaju tijela javne vlasti u Republici Hrvatskoj prikuplja Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva, a broj elektroničkih usluga u kontinuiranom je porastu. Pritom treba reći kako se proces digitalizacije javnih usluga u Republici Hrvatskoj ubrzao uslijed pandemije COVID-19 budući da je u tom razdoblju uspostavljen velik broj usluga koje se pružaju putem sustava e-Građani. Dio javnih usluga čijoj se digitalizaciji pružao otpor sada je ubrzano digitaliziran te su korisnici zapravo bili primorani koristiti digitalne javne usluge s obzirom na to da većina ustanova nije radila na klasičan način.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Vidi Vrčec, Musa, *op. cit.* u bilj. 8, str. 14.

<sup>8</sup> Vidi više u: Rogić Dumančić, L., Bogdan, Ž., Raguž Krištić, I., *Utjecaj COVID-19 krize na hrvatsko gospodarstvo*, u: Tica, J., Bačić, K.: *Ekonomika politika Hrvatske u 2021.: Hrvatska poslije pandemije*, Zagreb, Hrvatsko društvo ekonomista, 2020, str. 121 i dalje.

Online usluge za građane	Online usluge za privatni sektor
Porez na prihod	Doprinos za zapošljavanje
Traženje posla	Porez na dobit
Naknade iz socijalnog osiguranja (nezaposlenost, dječji doplatak, zdravstveni troškovi, studentski zajmovi)	PDV
Osobni dokumenti (putovnica, vozačka dozvola)	Registracija novog poduzeća
Registracija vozila	Dostava podataka u statistički ured
Zahtjev za građevinsku dozvolu	Carinska deklaracija
Prijava policiji	Dozvole iz područja okoliša
Javne knjižnice	Javna nabava
Izvaci iz matice rođenih i matice vjenčanih	
Upis u sustavu visokog obrazovanja	
Prijava mjesta prebivališta/boravišta	
Usluge u zdravstvu	

Tablica 1. Dvadeset *online* javnih usluga

Izvor: Europska komisija (2005)

### 2.3. Sustav e-Građani

Današnje moderno informacijsko društvo zahtijeva brže, lakše i jednostavnije dobivanje usluga koje tijela javne vlasti pružaju. „Pružanje javnih usluga na *jedinstvenom upravnom mjestu*<sup>9</sup> (*one-stop-shop, point of single contact*) jedan je od elemenata integriranog upravljanja, koje je usredotočeno na potrebe građana, poduzetnika i drugih korisnika javnih usluga“.<sup>10</sup> Jedinstveno upravno mjesto može se uspostaviti kao točka digitalnog ili fizičkog kontakta, može obuhvatiti veći ili manji broj potrebnih savjeta i uputa, dozvola, informacija, isprava te ostalih javnih usluga koje su namijenjene pružanju poduzetnicima ili građanima. Kada je riječ o digitalnoj lokaciji, korisnicima je potrebno osigurati mogućnost jednostavnog i sigurnog pristupa, pronalaženja obavijesti, popunjavanja službenih obrazaca *online*, preuzimanja službenih dokumenata i omogućiti sudjelovanje u elektroničkim transakcijama s javnopravnim tijelima.

Svaka država članica Europske unije na temelju Direktive 2006/123/EZ od prosinca 2009. godine obvezna je osnovati jedinstveno upravno mjesto. U Republici Hrvatskoj sustav e-Građani pokrenut je 2014. godine kao prvi pravi i obuhvatni *one-stop-shop* s nizom javnih usluga namijenjen građanima i poduzetnicima, koji mogu u svoje ime, u ime svoje djece, u ime osoba za koje su skrbnici te u ime svog poslovnog subjekta pristupiti e-javnim uslugama čiji su pružatelji tijela javnog sektora. „Sustav e-Građani s radom je

<sup>9</sup> Kurziv M. B.

<sup>10</sup> Koprić, I., *Jedinstveno upravno mjesto (one-stop shop) u europskom i hrvatskom javnom upravljanju*, u: Koprić, I., Musa, A., Giljević, T. (ur.), *Građani, javna uprava, lokalna samouprava: povjerenje, suradnja i potpora*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2017, str. 561.

započeo 2014. s četiri ključna cilja: i) modernizacijom, ii) pojednostavljenjem, iii) ubrzavanjem komunikacije između građana i javne uprave te iv) povećanjem transparentnosti u sektoru javne uprave.“<sup>11</sup> Obuhvaća 12 područja u kojima se pružaju e-javne usluge. Ta su područja:

1. *Pravna država i sigurnost* – e-Upravni postupak, e-Zahtjev za izdavanje putovnice, e-Usluge MUP-a, e-Ovrhe, e-Birači, Uvjerenje da se ne vodi kazneni postupak, Korisnički pretinac, Registar birača, Uvjerenje iz kaznene evidencije, Moj profil, Suglasnost i punomoć u postupcima iz djelokruga MUP-a, e-Prijava boravišta hrvatskih državljana, Izdavanje elektroničke isprave Grada Zagreba
2. *Promet i vozila* – ePlovila, e-Zahtjev za izdavanje vozačke dozvole, e-Nautika, Obavijest o prekršaju u prometu, Registar operatera bespilotnih zrakoplova, Porezna prijava za obračun i plaćanje posebnog poreza na motorna vozila, Otočna iskaznica, eTahograf, Dostava elektroničkih isprava za registraciju vozila u Republici Hrvatskoj
3. *Obitelj i život* – Kalkulator doplatka za djecu, e-Matične knjige, e-Prijava vjenčanja, e-Novorođenče, e-Prijava životnog partnerstva, e-usluge Grada Bjelovara, Potvrde iz Registra osoba s invaliditetom, e-Usluge socijalna skrb, e-Dječja kartica – Mudrica, Zahtjev za izdavanje iskaznice za pomorski prijevoz osoba s invaliditetom
4. *Prava potrošača* – korisnicima je omogućena provjera prava koja imaju u odnosu na pružatelje usluga
5. *Zdravlje* – Portal zdravlja, EU digitalna COVID potvrda, Pregled izabranog liječnika, Otvorene narudžbe, Moja EKZO – Moji troškovi, Realizirani recepti
6. *Hrvatski branitelji* – Predaja zahtjeva hrvatskih branitelja i članova obitelji
7. *Rad* – Burza rada, e-Pomorac, Moj račun – REGOS, e-Usluge Središnjeg registra osiguranika – REGOS, e-Potvrde iz mirovinskog sustava, e-Osiguranje radničkih tražbina, Obvezni mirovinski fond (prijava/promjena), Korisničke stranice HZMO-a, Postupci vezani uz članstvo Hrvatske komore psihoterapeuta, Elektronički zapis o radnopravnom statusu (e-radna knjižica), Mirovinsko osiguravajuće društvo (prijava/promjena), Odabir mirovine (mirovina samo iz I. stupa ili mirovina iz I. i II. stupa), e-Usluge HZMO-a
8. *Stanovanje i okoliš* – Komunalne usluge i naknade, eObnova, Geoportal Jaska, Moj račun – Gradska plinara Zagreb – Opskrba, Moja mreža – HEP Operatora distribucijskog sustava, Zajednički informacijski sustav zemljišnih knjiga i katastra – ZIS OSS, eGrađevinska dozvola i druge usluge u gradnji, Jedinstvena

---

<sup>11</sup> Đanić Čeko, A., Guštin, M., *Digitalizacija hrvatske javne uprave s posebnim osvrtom na sustav socijalne skrbi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 59, br. 4, 2022, str. 804.

informacijska točka – Sustav katastra infrastrukture, Vodne usluge Međimurskih voda

9. *Odgoj i obrazovanje* – e-Zapis o statusu studenta, Online tečajevi Srca, e-Razmjena studentskih ocjena, e-Dnevnik za roditelje, e-Upisi u odgojno-obrazovne ustanove, Prijava na diplomatske studijske programe, ePodnesak Ministarstva znanosti i obrazovanja, servis *Home for Homeless* sustava AAI@EduHr
10. *Financije i porezi* – Moj OIB, e-Blokade, SKDD e-Ulagatelj, ePorezna
11. *Poslovanje* – Uvid u Registar stvarnih vlasnika, e-Obrt, e-Ovlaštenja, Kalendar plaćanja obveznih naknada, Prijava (registracija) žiga, Registar poreznih savjetnika, Zastupanje i kolektivno ostvarivanje prava intelektualnog vlasništva, Portal MJERE – očuvanje gospodarske aktivnosti i likvidnosti, e-Zahtjev za izdavanje vodopravnih akata, Prijava industrijskog vlasništva, e-Autoškola, e-Visitor, Postupci vezani uz članstvo u Hrvatskoj komori inženjera strojarstva, Postupci vezani uz članstvo u Hrvatskoj komori inženjera građevinarstva, Postupci vezani uz članstvo u Hrvatskoj komori ovlaštenih inženjera geodezije, Postupci vezani uz članstvo u Hrvatskoj komori inženjera elektrotehnike, Poslovi vezani uz članstvo u Hrvatskoj komori arhitekata, Registar revizora, Registracija objekata koji pružaju uslugu smještaja strancima, Registar stranih vlasnika, Prijava polaganja stručnog ispita za obavljanje stručnih geodetskih poslova, START – elektroničko pokretanje poslovanja, e-Turizam, e-Direktive te
12. *Aktivno građanstvo* – Registri neprofitnih pravnih osoba, eSavjetovanja, Moja e-Kultura, Moj Zagreb, e-Prijavnice Ministarstva kulture i medija.

Navedene usluge namijenjene su korisnicima za prekograničnu suradnju EU-a, poslovne korisnike i građane. Portal e-Građani mogu koristiti osobe koje imaju hrvatsko državljanstvo ili za sebe, ili kao poslovni subjekti, ili za svoje dijete, zatim digitalni nomadi, osobe koje su državljani Europske unije preko čvora za prekograničnu suradnju, državljani EEA-e/EU-a koji imaju boravište u Republici Hrvatskoj te državljani zemalja koje nisu u Europskoj uniji, ali imaju boravište u Republici Hrvatskoj.

U skladu s odredbama čl. 7. Zakona o državnoj informacijskoj infrastrukturi<sup>12</sup> (dalje u tekstu: ZDII) sustav e-Građani dio je državnog informacijskog sustava te se sastoji od tri temeljna dijela: nacionalnog identifikacijskog i autentifikacijskog sustava (dalje u tekstu: NIAS), središnjeg državnog portala i sustava osobnog korisničkog pretinca. Cilj njihova osnivanja jest povećanje transparentnosti pružanja javnih usluga te ubrzanje, modernizacija i pojednostavnjivanje procesa komuniciranja između javnog sektora i građana.

---

<sup>12</sup> Narodne novine, br. 92/14.

*NIAS* se može definirati kao posrednik između pružatelja e-usluge, izdavatelja vjerodajnice i korisnika e-usluge te kao sustav koji je središnje mjesto za autentifikaciju i identifikaciju korisnika tijekom prijave na e-uslugu. *NIAS* je i „cjelovito informacijsko-tehnološko rješenje za identifikaciju i autentifikaciju korisnika na nacionalnoj razini koje omogućava uključivanje više tipova vjerodajnica (certifikata) različitih razina sigurnosti“.<sup>13</sup> Temeljem čl. 7. st. 3. ZDII-ja tijela javne vlasti obvezna su upotrebljavati *NIAS* za autentificiran i identificiran pristup e-javnim uslugama iz vlastitog djelokruga te koristiti vjerodajnice koje sustav može prihvatiti. Vjerodajnica je sredstvo kojim se korisnik prijavljuje na elektroničku uslugu, odnosno sredstvo kojim se dokazuje elektronički identitet.

*Središnji državni portal* uspostavljen se kako bi sve usluge tijela javne vlasti bile dostupne na jednom mjestu. U skladu s čl. 7. st. 2. ZDII-ja tijela javne vlasti moraju koristiti središnji državni portal za prikazivanje podataka o javnim uslugama te dokumentacije i podataka povezanih s provođenjem politika iz vlastitog djelokruga. Drugim riječima, on bi trebao sadržavati sve podatke o javnim uslugama na jednom mjestu u formatu koji je lako dostupan, kao i dokumente povezane s obavljanjem poslova pojedinog tijela javne vlasti. Naime, temeljna svrha osnivanja središnjeg državnog portala bila je objediniti raspršene informacije državnih institucija kako bi korisnici do traženih informacija došli na što jednostavniji način.

*Osobni korisnički pretinac* usluga je portala e-Građani koja omogućuje zaprimanje službenih poruka koje su povezane s javnim uslugama, statusom i postupcima, njihovu pohranu, pregled i upravljanje, čime je korisnicima omogućeno pouzdano i sigurno zaprimanje informacija i obavijesti povezanih s njihovim pravima i obvezama. U skladu s tim čl. 7. st. 4. ZDII-ja propisuje obavezu tijelima javnog sektora da dostavljaju informacije građanima u elektroničkom obliku putem osobnog korisničkog pretinca, koji je dostupan i u obliku aplikacije za mobilne uređaje na platformi iOS ili Android.

Stupanjem na snagu Zakona o pravu na pristup informacijama<sup>14</sup> (dalje u tekstu: ZPPI), odnosno izmjenama ZPPI-ja 2015., uspostavljen je *Portal otvorenih podataka*. Portal otvorenih podataka namijenjen je kategorizaciji, prikupljanju i distribuciji podataka javnog sektora. Takvi su podaci otvoreni, besplatni i javno dostupni, a služe ponovnom korištenju, bilo za nekomercijalnu bilo za komercijalnu namjenu. Prema odredbama čl. 10. ZDII-ja tijela javne vlasti moraju objavljivati baze podataka i registre koje izrađuju u svojoj nadležnosti.

Ministarstvo uprave objavljivalo je do sredine 2020. godine na svojim internetskim stranicama podatke o upotrebi sustava e-Građani. Statistiku o sustavu e-Građani sada prikuplja Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva, a sadrži informacije o ukupnom broju jedinstvenih korisnika, kao i informacije o korištenju usluga i

<sup>13</sup> Dragičević, D., Lisičar, H., Katulić, T., *Elektroničko poslovanje*, u: Dragičević, D., *Pravna informatika i pravo informacijskih tehnologija*, Narodne novine, Zagreb, 2015, str. 332.

<sup>14</sup> Narodne novine, br. 25/13, 85/15 i 69/22.

vjerodajnica. Prema statističkim podacima ukupan broj vjerodajnica koje su registrirane u sustavu e-Građani iznosi 3 088 043. Broj jedinstvenih korisnika, odnosno različitih OIB-a, koji su minimalno jednom izvršili prijavu na neku elektroničku uslugu jest 1 742 936. Informacije prikupljene na Portalu otvorenih podataka prikazuju kako je najviše korisnika sustava e-Građani u najnaseljenijim županijama Republike Hrvatske. Prema podacima Portala otvorenih podataka stanovnici Grada Zagreba najviše koriste sustav e-Građani, odnosno s tog područja čak je 458 117 korisnika, tj. 26,60 %. U Splitsko-dalmatinskoj županiji ima 174 038 korisnika, tj. 10,10 %, dok je u Primorsko-goranskoj županiji 138 131 korisnik, tj. 8,02 %. Broj korisnika u ostalih sedam županija u kojima je sustav najkorišteniji prikazan je u Tablici 3.

NAZIV ŽUPANIJE	BROJ JEDINSTVENIH KORISNIKA	UDIO (%)
GRAD ZAGREB	458 117	26,60
SPLITSKO-DALMATINSKA	174 038	10,10
PRIMORSKO-GORANSKA	138 131	8,02
ZAGREBAČKA	125 167	7,27
OSJEČKO-BARANJSKA	100 367	5,83
ISTARSKA	95 831	5,56
VARAŽDINSKA	69 257	4,02
ZADARSKA	62 646	3,64
SISAČKO-MOSLAVAČKA	53 269	3,09
KRAPINSKO-ZAGORSKA	50 755	2,95

Tablica 3. Korisnici sustava e-Građani prema županijama

Izvor: Autorica prema podacima na <https://data.gov.hr/ckan/dataset/e-gradjani-statistika>

Portal otvorenih podataka navodi kako su najkorištenije usluge sustava e-Građani Korisnički pretinac s ukupno 32 157 078 prijava, tj. 1 407 881 jedinstvenih korisnika, Moj profil s 19 811 236 prijava, tj. 1 387 838 korisnika, te ePorezna s ukupno 10 180 714 prijava, odnosno 822 080 korisnika. U Tablici 4 prikazano je ostalih sedam najkorištenijih usluga.

NAZIV USLUGE	UKUPAN BROJ PRIJAVA	BROJ JEDINSTVENIH KORISNIKA
1. Korisnički pretinac	32 157 078	1 407 881
2. Moj profil	19 811 236	1 387 838

3.	ePorezna	10 180 714	822 080
4.	Portal zdravlja	9 065 561	711 440
5.	eKomunikacija	7 886 205	201 525
6.	e-Dnevnik za roditelje	4 469 967	153 993
7.	e-Matične knjige	4 122 481	984 072
8.	EU digitalna COVID potvrda	3 540 478	934 920
9.	Elektronički zapis o radno pravnom statusu	3 529 334	756 010
10.	ePropusnica	3 006 411	436 475

Tablica 4. Najkorištenije e-usluge u sustavu e-Građani

Izvor: Autorica prema podacima na: <https://data.gov.hr/ckan/dataset/e-gradjani-statistika>

Tablica 5 prikazuje deset najkorištenijih vjerodajnica za prijavu u sustav e-Građani. Najčešće korištena vjerodajnica za prijavu jest ePass s ukupno 20 050 957 prijava, tj. 602 389 korisnika, a slijede je ZABA token s 11 050 992 prijava, tj. 446 945 jedinstvenih korisnika, te PBZ s 9 413 698 prijava, odnosno 377 805 korisnika.

NAZIV	UKUPAN BROJ PRIJAVA	BROJ JEDINSTVENIH KORISNIKA
1. ePass	20 050 957	602 389
2. ZABA token	11 050 992	446 945
3. PBZ	9 413 698	377 805
4. Certilia osobni certifikat	4 935 748	22 745
5. Erste & Steiermärkische Bank d. d.	4 826 172	236 722
6. mToken	3 608 346	200 590
7. AAI@EduHr	3 593 961	226 913
8. Fina RDC Poslovni certifikat	3 423 995	65 088
9. RBA	2 651 030	125 768
10. eOsobna iskaznica	2 204 995	161 464

Tablica 5. Najkorištenije vjerodajnice u sustavu e-Građani

Izvor: Autorica prema podacima na <https://data.gov.hr/ckan/dataset/e-gradjani-statistika>

## 2.4. E-savjetovanja

Participacija javnosti u procesu donošenja propisa omogućena je nizom formalnih instrumenata, od kojih se najčešće primjenjuju savjetovanje s javnošću ili javna savjetovanja (konzultacije). Savjetovanje s javnošću kao temeljni način provedbe postupka procjene učinaka propisa znači da su tijela javne vlasti obvezna javno objaviti nacrt normativnog akta i pozvati javnost na izražavanje svojeg mišljenja, tj. davanja povratnih informacija o predloženom aktu. Po tehnici objave nacrta akta te načinu prikupljanja povratnih informacija od javnosti razlikuju se *online-* i *offline-*oblici savjetovanja, odnosno javnost može izraziti stavove usmenim ili pisanim putem. Javnost izražava stavove u usmenom obliku kada je savjetovanje organizirano kao javno okupljanje, a pisanim slanjem komentara e-poštom, poštom ili putem posebnog internetskog portala. *Online-*savjetovanja omogućuju uključivanje šire javnosti, veću transparentnost oblikovanja određenog propisa, kao i veći stupanj interakcije

Razvoj suvremene informacijsko-komunikacijske tehnologije potaknuo je sve veće uključivanje javnosti u postupke oblikovanja javnih politika. Kao moguće prednosti sudjelovanja građana u kreiranju javnih politika navode se integracija i edukacija građana, povećanje povjerenja u institucije, osnaživanje socijalnog kapitala, veća legitimacija i podrška politikama i odlukama, povećanje kvalitete politike te inovativniji prijedlozi. Jedna od važnijih prednosti e-savjetovanja jest i pružanje građanima mogućnosti za ostvarivanje nadzora nad kvalitetom postupanja svih tijela javne vlasti. Međutim, izostajanje odgovora nadležnih tijela javne vlasti o rezultatima provedenih savjetovanja ističe se i kao najveća potencijalna manjkavost. Naime, u slučajevima nepostojanja povratnih informacija osobama koje su sudjelovale u savjetovanju opravdano se može zaključiti kako su *online-*savjetovanja samo prikaz političke korektnosti te kao takva ne pridonose stvarnom značajnom angažmanu građana.<sup>15</sup>

Nenamjeravani učinci e-savjetovanja nastoje se prevenirati i na normativnoj razini. Tako se Lisabonskim ugovorom te Protokolom br. 2 o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, koji sadrži odredbe „koje se prilažu Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o funkcioniranju Europske unije“, utvrđuje razvoj dijaloga sa zainteresiranom javnošću te obveza savjetovanja s javnošću tijekom pripreme europskih javnih politika.<sup>16</sup> U skladu s navedenim Europska komisija odredila je opća načela i minimalne standarde savjetovanja sa zainteresiranim dionicima, koji su u primjeni od 1. siječnja 2003. Načela se odnose na participaciju, učinkovitost, odgovornost i otvorenost te koherentnost. *Participacijom* se nastoji osigurati široko sudjelovanje prilikom cijelog procesa stvaranja politika. *Učinkovitost* se odnosi na participaciju zainteresiranih aktera u što ranijem stadiju. *Odgovornost i otvorenost* omogućuju jasan uvid javnosti u to tko i na koji način

---

<sup>15</sup> Vidačak, I., Đurman, P., *Savjetovanje s javnošću u donošenju propisa: kvaliteta javnog odlučivanja i sudjelovanja građana*, u: Koprić, I., Musa, A., Giljević, T. (ur.), *Građani, javna uprava i lokalna samouprava: povjerenje, suradnja, potpora*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2017, str. 88–89.

<sup>16</sup> Vidi više na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FPRO%2F02> (posjećeno 23. 1. 2024.).



sudjeluje u procesu savjetovanja, dok *koherentnost* obuhvaća evaluacije, mehanizme povratnih informacija te nadzor.<sup>17</sup> Standardi pak obuhvaćaju uključivanje ciljanih skupina, omogućavanje dostatnog vremenskog ograničenja za uključivanje, jasnoću samog procesa savjetovanja, podizanje svijesti i publikacije te davanje povratne informacije o dobivenim inputima. *Uključivanje ciljanih skupina* znači da u postupku savjetovanja sudjeluju akteri na koje se politika odnosi te tijela koja ostvaruju izravan interes u takvoj politici. *Dostatno vremensko ograničenje* osigurava dovoljno vremena za samu pripremu i uključivanje zainteresiranih aktera te postavlja standard od osam tjedana. *Jasnoća procesa* odnosi se na davanje obrazloženja i objašnjenja pojedinih pitanja, kao i davanja informacija vezanih za rokove, kontakte i sl. *Podizanje svijesti i publikacije* mogu se ostvarivati putem medija, interneta, raznih brošura, a usmjerene su na ciljane skupine. *Davanjem povratne informacije o dobivenim inputima* priznaje se doprinos sudionika, a povratna informacija daje se slanjem potvrde o primljenom komentaru.<sup>18</sup>

Postupak sudjelovanja javnosti u formiranju javnih politika te donošenju propisa i drugih dokumenata u Republici Hrvatskoj reguliran je odredbama ZPPI-ja, ZDII-ja, Zakona o procjeni učinaka propisa,<sup>19</sup> Kodeksom te drugim propisima. Kodeks utvrđuje standarde, opća načela, mjere savjetovanja sa zainteresiranom javnošću tijekom postupka donošenja propisa, zakona i drugih akata državnih tijela. Mjere i standardi odnose se na: vrijeme trajanja, dostupnost i jasnoću savjetovanja, davanje informacija o učinku savjetovanja, usklađivanje postupka savjetovanja između državnih tijela te poboljšanje kvalitete rada državnih institucija.

U skladu s odredbama Kodeksa razlikuju se sljedeći stupnjevi participacije zainteresirane javnosti:

1. *Informiranje* je prvi stupanj sudjelovanja zainteresirane javnosti. Informiranje je jednosmjernan proces. U prvom stupnju građani pronalaze informacije temeljem vlastite inicijative pristupom internetskim stranicama državnih tijela, pristupom javnim aktima ili službenim glasilima, ali i državna tijela mogu prema vlastitom nahođenju informirati građane.
2. *Savjetovanje* je dvosmjernan proces u kojem državna tijela mogu tražiti i dobiti povratne informacije od zainteresirane javnosti, tj. građana.

---

<sup>17</sup> Đurman, P. *Savjetovanje s javnošću u pripremi propisa u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta, vol. 70, br. 2-3, 2020, str. 418; EUR-Lex, više na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0704> (posjećeno 18. 1. 2024.).

<sup>18</sup> Đurman, P., *Savjetovanje s javnošću u pripremi propisa u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta, vol. 70, br. 2-3, 2020, str. 419-422; EUR-Lex, više na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0704>.

<sup>19</sup> Narodne novine, br. 44/17.

3. *Uključivanje* je viši stupanj dvosmjernog procesa. Uključivanje omogućuje predstavnicima zainteresirane javnosti aktivno uključivanje u utvrđivanje javnih politika, npr. članstvom u radnim skupinama.
4. *Partnerstvo* označava najviši mogući stupanj surađivanja te uzajamne odgovornosti između predstavnika zainteresirane javnosti za proces donošenja i provedbe propisa i Vlade RH.

Donošenjem ZPPI-ja napravljen je važan iskorak u ostvarivanju normativnih pretpostavki za savjetovanje, među ostalim zbog toga što su u tekstu tog Zakona sadržane odredbe koje obvezuju provedbu savjetovanja s javnošću za sva tijela javne vlasti tijekom izrade zakona, propisa i drugih akata, uveden je i institucionalni mehanizam nadzora provedbe ZPPI-ja, odnosno povjerenik za informiranje, itd. Izmjenama i dopunama ZPPI-ja 2015. godine internetsko savjetovanje postaje obvezno te su izričito određene i jedinice regionalne (područne) i lokalne samouprave, tijela državne uprave, pravne osobe s javnim ovlastima i druga državna tijela kao obveznici provedbe savjetovanja, dok tijela javne vlasti moraju na svojoj internetskoj stranici objaviti godišnji plan savjetovanja. Zakonom se propisuje i rok provođenja savjetovanja, koji u pravilu iznosi 30 dana.

Slijedom navedenog Središnji internetski portal za savjetovanje s javnošću pod nazivom e-Savjetovanja uspostavljen je u travnju 2015. godine. Stranica e-Savjetovanja omogućuje pretragu savjetovanja tijela javne vlasti prema određenim kriterijima. Pretraga se može filtrirati prema instituciji, stanju, riječima i danu otvaranja. Kod pretrage prema instituciji razlikuju se agencije, komore, zavodi, ministarstva, središnji državni uredi, zaklade, uredi itd. Kod filtriranja po stanju razlikuju se zatvorena i otvorena savjetovanja, savjetovanja za koja se čeka odobravanje izvještaja te savjetovanja za koja su objavljena izvješća. Kod pretrage po riječima moguće je upisati riječi koje određeno savjetovanje sadrži, dok filtriranje prema danu otvaranja omogućuje upisivanje ili odabir datuma.

Središnji državni portal za savjetovanje donosi nekoliko temeljnih prednosti. Uvedena je jedinstvena adresa za sva savjetovanja tijela državne uprave, a korisnicima se omogućuje lagano pretraživanje koje je za njih prilagođeno. Primljeni komentari efikasno se i brzo obrađuju, a izvješća o rezultatima savjetovanja koja su provedena brže se objavljuju. Korisničko je sučelje jednostavno te omogućuje lakše sudjelovanje javnosti. Registrirani korisnici e-poštom dobivaju obavijesti o savjetovanjima koja su novootvorena te im se tako omogućuje još veće sudjelovanje. Javnost može nadzirati kvalitetu odgovora tijela državne uprave, tj. obrazloženje nekog neprihvaćenog prijedloga. Sustav savjetovanja tako postaje otvoren i transparentan budući da su svi pristigli komentari i odgovori vidljivi. Iako je uvođenjem savjetovanja u elektroničkom obliku povećana razina transparentnosti tijela javne vlasti, još uvijek postoje određene manjkavosti. Rokovi savjetovanja neopravdano se skraćuju, a zamjećuje se i kako se zanemaruje objavljivanje dodatnih obrazloženja putem posebnih dokumenata.

I konačno, važno je spomenuti kako je 2023. godine donesena *Strategija digitalne Hrvatske za razdoblje do 2032. godine*,<sup>20</sup> koja u sljedećem desetljeću pretpostavlja primjenu naprednih tehnologija u javnom i privatnom sektoru, kao što su 5G/6G, umjetna inteligencija (engl. *artificial intelligence* – AI), strojno učenje (engl. *machine learning*), računarstvo u oblaku (engl. *cloud computing*), tehnologija velikih količina podataka (engl. *Big data*) i tehnologija ulančanih blokova (engl. *blockchain*).

### **3. VRSTE I UPOTREBA DIGITALNIH JAVNIH USLUGA PUTEM SUSTAVA E-GRADANI**

#### **3.1. Obitelj i život**

##### **3.1.1. Službene e-usluge**

Područje obitelji i života od svih je 12 područja u kojima se pružaju e-javne usluge zapravo najneodređenije. U ovom je radu analizirano iz razloga što sustav e-Građani omogućuje korištenje niza digitalnih usluga. Neka od tijela javne uprave koja to područje obuhvaća jesu Ministarstvo pravosuđa i uprave, Središnji državni ured za demografiju i mlade, Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike, zavodi itd. E-javne usluge koje građani mogu koristiti jesu: e-Matične knjige, Potvrde iz Registra osoba s invaliditetom, e-Dječja kartica – Mudrica, e-Prijava životnog partnerstva, Zahtjev za izdavanje iskaznice za pomorski prijevoz osoba s invaliditetom, e-usluge Grada Bjelovara, Kalkulator doplatka za djecu, e-Usluge socijalna skrb, e-Novorođenče te e-Prijava vjenčanja.<sup>21</sup> Sve usluge namijenjene su građanima, a za korištenje je potrebno imati vjerodajnice niske ili značajne razine sigurnosti.

Uslugom e-Matične knjige građani mogu preuzeti izvadak iz matice rođenih, potvrdu o životnom partnerstvu te elektronički zapis vjenčanog lista, domovnice ili rodnog lista. Potvrde iz Registra osoba s invaliditetom omogućuju dobivanje potvrda koje se odnose na upis u Hrvatskom registru o osobama s invaliditetom, subvencioniranje kredita te zapošljavanje. Uslugom e-Dječja kartica – Mudrica roditelji mogu zatražiti elektroničku dječju karticu. Pomoću kartice mogu ostvariti povoljniji pristup uslugama i robama. Uslugom e-Prijava životnog partnerstva partneri mogu podnijeti prijavu o namjeri sklapanja životnog partnerstva, koje se odvija u službenim prostorijama. Uslugom Zahtjev za izdavanje iskaznice za pomorski prijevoz osoba s invaliditetom osobe s invaliditetom ostvaruju pravo povlaštenog prijevoza na linijama javnog pomorskog prometa. E-uslugama Grada Bjelovara građani Grada Bjelovara mogu izvršiti prijavu za jednokratne potpore namijenjene udrugama u vremenu njihova otvaranja i za dodjeljivanje stipendija studentima. Kalkulatorom doplatka za djecu građani mogu izračunati uvjete dohodovnog cenzusa, dodatak za treće i četvrto dijete temeljem odredbi Zakona o doplatku za djecu te

<sup>20</sup> Narodne novine, br. 2/23.

<sup>21</sup> Vidi više na: <https://gov.hr/hr/katalog-usluga/10?katalog=1&podrucje=39> (posjećeno 20. 1. 2024.).

svotu koja im pripada ovisno o prethodno utvrđenom cenzusu. E-Usluga socijalna skrb omogućuje dobivanje potvrde o korištenju usluge i/ili prava u čijoj je nadležnosti Hrvatski zavod za socijalni rad. Moguće je i predati zahtjev kojim se ostvaruje priznavanje prava na osobnu invalidninu za dijete ili odraslu osobu, status njegovatelja ili roditelja njegovatelja te doplatak za pomoć i njegu za odraslu osobu ili dijete. Uslugom e-Novorođenče roditelji mogu upisati djetetovo ime, ali i ostvariti regulaciju statusa u evidencijama države za dijete koje je rođeno. E-Prijava vjenčanja *online* jest usluga koja omogućuje nevjesti i ženiku podnošenje prijave za namjeru sklapanja braka u građanskom obliku, plaćanje upravne pristojbe *online*, rezerviranje lokacije u službenim prostorijama te termina sklapanja braka.

### 3.1.2. E-Usluge ustanova i tijela

U ovom dijelu navedene su pojedine e-Usluge koje se koriste na razini pojedinih tijela javne uprave u ovom području, a nisu navedene u katalogu usluga na mrežnoj stranici e-Građanin. Na mrežnim stranicama *Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje* vidljivo je kako HZMO koristi *online*-usluge za pravne i fizičke osobe. Za pravne osobe razlikuju se usluge Provjera vjerodostojnosti, Potvrde o dužniku radi pokretanja ovršnog postupka te Elektroničko poslovanje. Za fizičke osobe razlikuju se: e-Zahtjev za invalidsku mirovinu, e-Zahtjev za isplatu dijela obiteljske mirovine, e-radna knjižica, e-Zahtjev za obiteljsku mirovinu iza korisnika, e-Zahtjev za nacionalnu naknadu za starije osobe, e-Zahtjev za starosnu/prijevremenu starosnu mirovinu, Potvrde iz mirovinskog sustava, Provjera vjerodostojnosti, e-Zahtjev za privremenu invalidsku mirovinu, e-Zahtjev za obiteljsku mirovinu iza osiguranika, Upiti na evidencije, e-Zahtjev za odstupanje prema čl. 16. uredbe 883/2004 – pomorci, e-Zahtjev za ostvarivanje prava na doplatak za djecu te e-Prijava za osobe koje rade u dvije ili više država članica EU-a. *Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje* pruža uslugu e-Zdravstveno za poslovne korisnike.

*Ministarstvo financija*, tj. *Porezna uprava*, omogućuje poreznim obveznicima putem sustava ePorezna – Jedinstveni portal Porezne uprave (ePorezna – JPPU) pristup digitalnim uslugama. Portal ePorezna daje korisnicima mogućnost predaje zahtjeva za izdavanje porezne potvrde o: imovnom stanju; stanju duga; visini primitaka i dohodaka; nerezidentnosti/rezidentnosti te visini dohotka. Uz to portal omogućuje i podnošenje zahtjeva za izmjenu ili izdavanje porezne kartice. Za predaju tih zahtjeva potrebno je korištenje vjerodajnice niske razine sigurnosti. Vjerodajnica značajne razine sigurnosti omogućuje korisnicima predaju zahtjeva za: žalbu ili prigovor; registriranje za potrebe poreza na dodanu vrijednost; zastaru; izmjenu podataka u registru poreznih obveznika; ovjeru PKK te za povrat doprinosa iznad najviše osnovice. Moguća je i prijava u Registar poreznih obveznika (RPO), kao i podnošenje prijedloga za sklapanje porezne nagodbe i sklapanje ugovora za građane. Portal omogućuje predaju obrazaca za preknjiženje, obrasca P-DIP te obrazaca INO-DOH, INO-IZJAVA, JOPPD i ZPP – DOH. Mogući su uvidi u Poreznu knjigovodstvenu karticu, Moj JOPPD, obveze, ovlaštenike, informacije o poreznim obveznicima, Korisnički pretinac te Poreznu karticu – uvid u podatke Obrasca

PK. Na mrežnim stranicama Ministarstva financija postoji i usluga e-Carina. Na mrežnim stranicama Carinske uprave vidljive su elektroničke usluge koje korisnici mogu obaviti putem sustava e-Građani. Korisnici mogu podnijeti e-prijavu za obračun posebnog poreza na motorna vozila, koja ujedno omogućuje i njegovo plaćanje.

Nadalje, *Zavod za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom* pruža e-uslugu Nera/2.0, u kojoj se prati kvotna obaveza te podnose e-izjave za izuzimanjem iz ukupnog broja zaposlenih ili zahtjevi za zamjenske kvote. *Ministarstvo pravosuđa i uprave* omogućuje korištenje e-Komunikacije, Uvjerenja iz kaznene evidencije, Registra neprofitnih pravnih osoba, e-Oglasne ploče, Uvjerenja da se ne vodi kazneni postupak, e-Ovrhe, Uređene zemlje – ZIS, e-Predmeta, Registra nesolventnosti, Registra birača, Zajedničkog informacijskog sustava zemljišnih knjiga i katastara – ZIS OSS, Registra birača – e-Privremeni upis te Sudskog registra. *Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja* pruža digitalne usluge u obliku e-servisa, od kojih se omogućuje pristup e-Naukovanju, eUredu za djelatnost trgovine, e-Obrtu, Jedinstvenom registru poduzetničke infrastrukture (JRPI), Informacijskom sustavu MORE, Informacijskom sustavu unutarnjeg tržišta, START-u – elektroničkom pokretanju poslovanja, Validatoru e-računa u obliku aplikacije, a moguć je i pregled Registra obnovljivih izbora energije i kogeneracije te povlaštenih proizvoda. *Ministarstvo poljoprivrede* omogućuje pristup sustavu e-doniranje te eDPZ, odnosno aplikaciji za postupke revalorizacije naknada za korištenje državnih poljoprivrednih zemljišta. *Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva* omogućuje uvid u Megaregistar i ProDII – Javni Registar za koordinaciju projekata izgradnje državne informacijske infrastrukture. *Državni zavod za intelektualno vlasništvo* pruža usluge e-Registre industrijskog vlasništva te e-Prijavu intelektualnog vlasništva.

### 3.1.3. Normativni okvir

Pored zakona koji uređuju ustroj i djelovanje državnih tijela istaknutih u ovom dijelu rada, osobito ZDII-ja i ZPPI-ja, u nastavku slijedi popis pojedinih propisa koji uređuju procese digitalizacije usluga u području obitelji i života:

1. *Zakon o pristupačnosti mrežnih stranica i programskih rješenja za pokretne uređaje tijela javnih službi*,<sup>22</sup> kojim se propisuju mjere za osiguravanje pristupačnosti mrežnih stranica i programskih rješenja za pokretne uređaje tijela javnog sektora korisnicima, osobito osobama s invaliditetom.

2. *Pravilnik o obrascu matice vjenčanih, izvacima i potvrdama koji se izdaju na temelju državnih matice*,<sup>23</sup> koji propisuje, među ostalim, način vođenja matice rođenih, matice vjenčanih i matice umrlih u elektroničkom obliku.

<sup>22</sup> Narodne novine, br. 17/19.

<sup>23</sup> Narodne novine, br. 91/13.

3. *Pravilnik o elektroničkom zapisu podataka iz područja radnih odnosa.*<sup>24</sup> Tim se Pravilnikom propisuje sadržaj elektroničkog zapisa, izdavanje elektroničkog zapisa, ispravak podataka na elektroničkom zapisu, razmjena podataka između tijela s javnim ovlastima i vođenje evidencije o izdanim elektroničkim zapisima. 4. *Pravilnik o radu u sustavu eSPis.*<sup>25</sup> Pravilnikom se propisuju pravila o korištenju jedinstvenog informacijskog sustava za upravljanje i rad na sudskim predmetima, koji se sastoji od standardne aplikacije, računalne i telekomunikacijske opreme i infrastrukture, systemske programske opreme i alata te svih podataka koji se tim sustavom unose, pohranjuju i prenose iz svih vrsta upisnika na općinskim, županijskim te trgovačkim sudovima, Visokom trgovačkom sudu Republike Hrvatske i Vrhovnom sudu Republike Hrvatske.

5. *Pravilnik o vrstama i sadržaju dozvola kojima se utvrđuju uvjeti ponovne upotrebe informacija,*<sup>26</sup> kojim se uređuju sadržaj i vrste dozvola koje utvrđuju uvjete ponovne upotrebe informacija tijela javne vlasti.

6. *Pravilnik o Središnjem katalogu službenih dokumenata Republike Hrvatske,*<sup>27</sup> koji propisuje ustrojavanje, održavanje i vođenje Središnjeg kataloga službenih dokumenata Republike Hrvatske.

#### **3.1.4. Analiza primjene usluga**

Uvodno je spomenuto kako su za potrebe rada provedene dvije ankete. Jedna je od njih Anketa o primjeni usluga sustava e-Građani i e-Savjetovanja u području *obitelji i života*, provedena na prigodnom uzorku među ustanovama koje pripadaju području obitelji i života. Anketom se ispitala razina upotrebe e-javnih usluga koje pruža sustav e-Građanin te usluga e-Savjetovanja. Istraživanje se provodilo *online* u razdoblju od 1. do 15. prosinca 2023. Zaprimljeno je 25 odgovora. U nastavku su prikazani rezultati te njihova interpretacija. Analizom odgovora može se zaključiti kako je najviše ispitanika zaposleno u državnim upravnim organizacijama, zatim udrugama, ministarstvima, zavodima, Uredu pravobraniteljice za djecu te drugim tijelima državne uprave. Sjedišta su svih tijela u Zagrebu. Anketu je ispunilo najviše službenika, zatim čelnika tijela, zaposlenika te namještenika. Svi ispitanici koristili su usluge sustava e-Građani, a više od 80% tijela u kojima su ispitanici zaposleni koristi usluge sustava. Osobni stavovi ispitanika pokazuju kako se gotovo svi slažu s time da je korištenje e-usluga učinkovito, a više od tri četvrtine slaže se s time kako su e-usluge dostupne korisnicima.

---

<sup>24</sup> Narodne novine, br. 32/15.

<sup>25</sup> Narodne novine, br. 35/15.

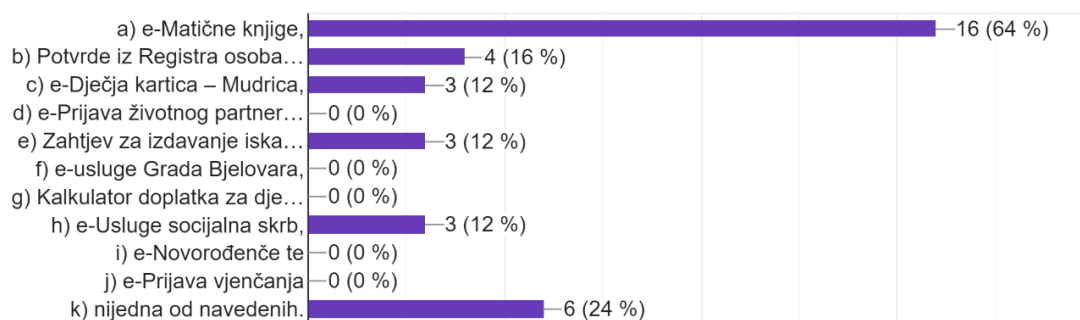
<sup>26</sup> Narodne novine, br. 67/17.

<sup>27</sup> Narodne novine, br. 123/2022.

Grafikon 1 Usluge sustava e-Građani

## 5. OZNAČITE USLUGU SUSTAVA E-GRAĐANI KOJU STE KORISTILI.

25 odgovora

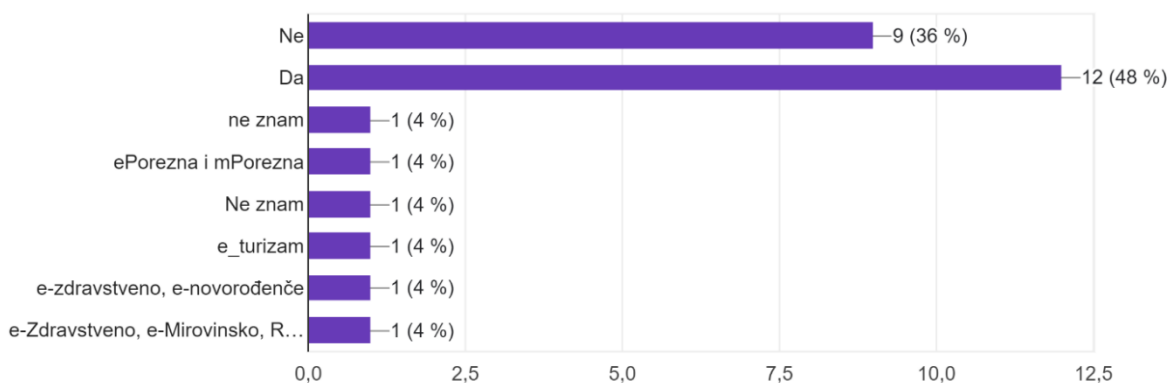


Peto pitanje ispitalo je koje usluge sustava e-Građani iz područja obitelji i života ispitanici koriste. Najviše ispitanika, njih 64 %, koristi uslugu e-Matične knjige. 16 % ispitanika koristi uslugu Potvrde iz Registra osoba s invaliditetom, a 12 % ispitanika koristi usluge e-Dječja kartica – Mudrica, e-Usluge socijalna skrb te Zahtjev za izdavanje iskaznice za pomorski prijevoz osoba s invaliditetom. 24 % ispitanika ne koristi nijednu od navedenih usluga.

Grafikon 2 Druge online-usluge

## 7. Osim usluga sustava e-Građani, koristi li vaše tijelo druge online usluge? (npr. Elektroničko poslovanje, e-prijave za osobe koje rade u dvije ili više država, e-Zdravstveno i sl.) Napišite naziv tijela i usluge.

25 odgovora

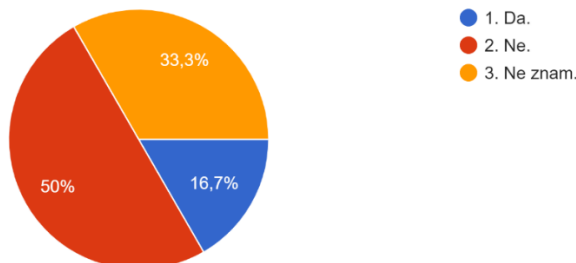


Sedmo pitanje ispitalo je korištenje drugih *online*-usluga, osim usluga sustava e-Građani, u tijelu u kojem su ispitanici zaposleni. 36 % ispitanika odgovorilo je kako tijelo u kojem su zaposleni ne koristi druge *online*-usluge osim onih putem sustava e-Građani. Usluge koje se koriste u tijelima jesu e-Zdravstveno, eTurizam, e-Mirovinsko, ePorezna te mPorezna.

Grafikon 3 Donošenje općih akata

10. Je li tijelo u kojem ste zaposleni donijelo neki opći akt (pravilnik, naputak ili dr.) kojim se uređuje način primjene e-usluga koje koristite?

24 odgovora

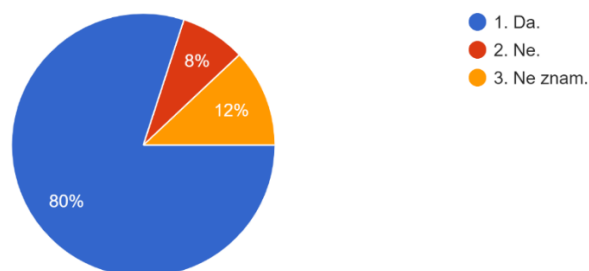


Pitanje 10 odnosilo se na donošenje općih akata u tijelu kojima se uređuje način primjene e-usluga koje tijelo koristi. 50 % ispitanika odgovorilo je kako tijelo u kojem su zaposleni nije donijelo opći akt kojim se uređuje način primjene e-usluga koje koriste. 33,3 % ne zna je li takav akt donesen, a 16,7 % odgovorilo je da je tijelo u kojem su zaposleni donijelo takav opći akt. Ispitanici su kao opće akte naveli Opći porezni zakon te Pravilnik o provedbi Općeg poreznog zakona. U dvije trećine tijela u kojima su ispitanici zaposleni ne organiziraju se nikakvi tečajevi u svrhu edukacije zaposlenika o korištenju e-usluga, a 28 % tijela organizira takve tečajeve. Gotovo polovina tijela u kojima su ispitanici zaposleni ne omogućuje pohađanje tečajeva o korištenju e-usluga, a 44 % to omogućuje.

Grafikon 4 Korištenje usluge e-Savjetovanja

14. Koristi li tijelo u kojem ste zaposleni uslugu e-Savjetovanja kod zakona i drugih propisa koji se primjenjuju na rad odnosno djelatnosti tijela u kojem ste zaposleni?

25 odgovora



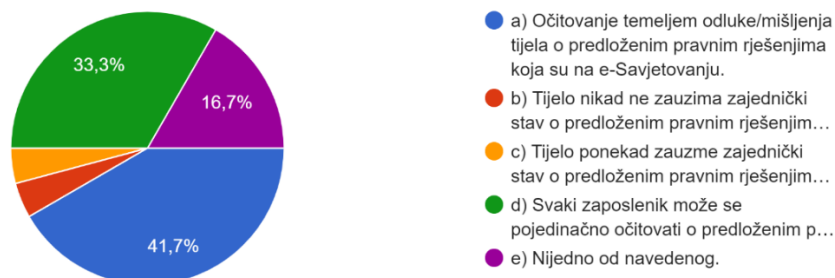
Pitanje 14 ispitivalo je korištenje usluge e-Savjetovanja u vezi sa zakonima i drugim propisima koji se primjenjuju u radu u tijelu u kojem su ispitanici zaposleni. 80 % ispitanika odgovorilo je kako tijelo u kojem su zaposleni koristi uslugu e-Savjetovanja u vezi sa zakonima i drugim propisima koji se primjenjuju na njihov rad. 12 % ispitanika odgovorilo je kako ne zna, a 8 % odgovorilo je negativno.



Grafikon 5 Način sudjelovanja u e-Savjetovanju

15. Označite način sudjelovanja vašeg tijela u usluzi e-Savjetovanja.

24 odgovora

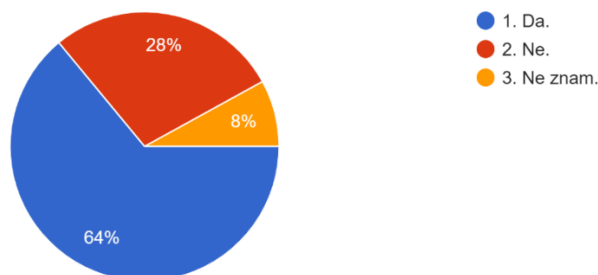


Pitanje 15 odnosilo se na način sudjelovanja tijela u usluzi e-Savjetovanja. 41,7 % ispitanika sudjeluje očitovanjem temeljem odluke/mišljenja tijela o predloženim pravnim rješenjima koja su na e-savjetovanju. 33,3 % ispitanika odgovorilo je kako se svaki zaposlenik može pojedinačno očitovati o predloženim pravnim rješenjima koja su na e-savjetovanju ako to želi. 16,7 % ispitanika ne sudjeluje ni na jedan od ponuđenih odgovora. 4,2 % odgovorilo je kako tijelo ponekad zauzme zajednički stav o predloženim pravnim rješenjima koja su na e-savjetovanju, a isti postotak odgovorio je kako tijelo nikad ne zauzima takav stav.

Grafikon 6 Provođenje e-savjetovanja za opće akte

16. Provodi li se e-savjetovanje za opće akte za čije je donošenje nadležno tijelo u kojem ste zaposleni?

25 odgovora



Pitanje 16 ispitivalo je provođenje e-savjetovanja za opće akte koje donosi tijelo u kojem su ispitanici zaposleni. 64 % ispitanika odgovorilo je kako se e-savjetovanje za opće akte za čije je donošenje nadležno tijelo u kojem su zaposleni provodi. 28 % odgovorilo je kako se takvo e-savjetovanje ne provodi, a 8 % ne zna. Više od tri četvrtine ispitanika upoznato je s obvezom provođenja e-savjetovanja za opće akte koji se donose u tijelu u kojem su

zaposleni, dok ostatak ne zna za to. Više od 95 % ispitanika odgovorilo je kako se statuti, pravilnici i drugi opći akti redovito objavljuju na mrežnim stranicama tijela u kojem su zaposleni, a ostatak ne zna za takvu praksu. Nešto više od polovine ispitanika koristilo je uslugu e-Savjetovanja, dok ostatak nije. 48 % ispitanika dobilo je odgovor na ostavljeni komentar, 20 % nije, a 32 % ispitanika nije dobilo odgovor budući da nije koristilo uslugu e-Savjetovanja.

Na temelju analize rezultata moguće je zaključiti nekoliko stvari. Najprije, većina tijela u kojima su ispitanici zaposleni koristi uslugu sustava e-Građani u svojem radu. Stoga ne iznenađuje podatak da tijela upotrebljavaju 50 % usluga iz područja obitelji i života, a osim toga koriste i usluge iz drugih područja. Zatim, prema odgovorima ispitanika, 50 % tijela nije donijelo opći akt kojim se uređuje primjena e-usluga koje koriste u radu, dok trećina nije ni upoznata s takvom praksom. Nadalje, većina tijela ne organizira tečajeve u svrhu edukacije zaposlenika u korištenju e-usluga niti omogućuje njihovo pohađanje. Prema prikupljenim podacima 80 % tijela koristi uslugu e-Savjetovanja u vezi sa zakonima i drugim propisima koje primjenjuju u svojem radu, a dvije trećine koriste je i u vezi s općim aktima za čije su donošenje nadležni. Gotovo sva tijela redovito objavljuju takve akte na svojim mrežnim stranicama.

## 3.2. Visoko obrazovanje

### 3.2.1. e-Usluge

U području visokog obrazovanja koriste se sljedeće usluge: Nacionalni informacijski sustav prijave na visoka učilišta (NISpVU), ISVU – Informacijski sustav visokih učilišta, Informacijski sustav studentskih prava (ISSP), Informacijski sustav akademskih kartica (ISAK), Državne stipendije u STEM područjima znanosti, Tražilica – matični broj znanstvenika, HRČAK – portal znanstvenih časopisa Republike Hrvatske, Autentikacijska i autorizacijska infrastruktura sustava znanosti i visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj.<sup>28</sup> Poslove koordinacije, razvoja i održavanja svih navedenih sustava obavlja Srce – Sveučilišni računski centar Sveučilišta u Zagrebu.

*Nacionalni informacijski sustav prijave na visoka učilišta (NISpVU), poznat i pod nazivom „Postani student!“, sadrži sve relevantne podatke o upisima na studijske programe te bazu podataka svih studijskih programa u Republici Hrvatskoj. Riječ je o sustavu koji objedinjuje podatke relevantnih ustanova u ovom području: Ministarstva znanosti i obrazovanja, Agencije za znanost i visoko obrazovanje, Nacionalnog centra za vanjsko vrednovanje obrazovanja i Središnjeg prijemnog ureda.*

---

<sup>28</sup> Vidi više na: <https://mzo.gov.hr/e-usluge/330> (posjećeno 14. 1. 2024.).

*Informacijski sustav visokih učilišta* (ISVU) zasigurno je jedan od najvažnijih i najkorištenijih sustava u području visokog obrazovanja.<sup>29</sup> Taj se sustav sastoji od više modula, koji podržavaju temeljne aktivnosti svakog visokog učilišta: upise studenata na visoko učilište, prijavljivanje ispita, unos ocjena na ispitu, provođenje postupka završetka studija te izdavanje raznih dokumenata (potvrda o upisu i završetku studija, diploma, svjedodžbi i dopunskih isprava o studiju), izrade raznih izvještaja itd. Moduli su izvedeni pomoću različitih tehnologija i namijenjeni su različitim grupama korisnika unutar visokog učilišta. Primjerice, studentima je namijenjen Studomat, nastavnicima Nastavnički portal, a djelatnicima studentskih referada modul Studiji i studenti. Moduli, *samostalni* i *web-moduli*, omogućavaju uređivanje središnje baze podataka. Samostalni su moduli ISVU-a: Studiji i studenti, Poslijediplomski studiji, Ispiti, Admin koordinator, Kadrovi i Generator potvrda s elektroničkim pečatom. Web-moduli jesu: Studomat, Nastavnički portal, Skladište podataka, Generator dopunskih isprava o studiju, svjedodžbi i diploma (DISIS), Visoka učilišta, Pregled sustava i Provjera potvrda s elektroničkim pečatom. Moduli Visoka učilišta, Pregled sustava i Provjera potvrda s elektroničkim pečatom javno su dostupni i mogu ih koristiti svi zainteresirani bez autentikacije. Pristup sustavu korištenjem bilo kojeg drugog modula ostvaruje se prijavom elektroničkim identitetom iz sustava AAI@EduHr, koji korisnicima dodjeljuju njihove matične institucije.<sup>30</sup>

*Informacijski sustav akademskih kartica* (ISAK) omogućuje identifikaciju studenta putem studentske iskaznice, pruža potporu poslovnim procesima vezanim uz praćenje životnog ciklusa studentskih iskaznica (naručivanje, aktiviranje, poništavanje) te posluživanja informacija o studentskim iskaznicama drugim informacijskim sustavima. *Informacijski sustav studentskih prava* (ISSP) omogućuje pojedinim pravnim osobama pristup podacima radi provjere studentskih prava, služi za evidentiranje i praćenje prava studenata u skladu s važećim propisima i aktima Ministarstva znanosti i obrazovanja (MZO) te visokih učilišta na kojima studenti studiraju. Potonji sustav također služi za odobravanje i evidenciju potrošnje sredstava za subvencioniranu prehranu studenata pri davateljima usluge prehrane. ISAK i ISSP imaju zajedničko ulazno mjesto, a to je portal ISSP, na kojem se nalaze sve informacije potrebne korisnicima ovih sustava. Korisnici su portala studenti, ovlašteni djelatnici visokih učilišta, administratori restorana studentske prehrane, ovlašteni djelatnici MZO-a te pružatelji korisničke podrške. Studenti prijavom na portalu mogu vrlo lako provjeriti svoje podatke, preuzeti elektronički zapis o studentskom statusu, provjeriti studentska prava, iznos subvencije, svoje račune prehrane u studentskim restoranima te pravo na studentski rad. Ovlašteni djelatnici visokih učilišta putem portala, koristeći aplikaciju Evidencija studentskih prava (ESP), mogu evidentirati podatke studenta i zatražiti izradu studentske iskaznice.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Prema podacima Srca sustav ISVU koristi 115 visokih učilišta. Taj sustav sadržava ažurirane podatke 2586 studijskih programa, 28 841 djelatnika i 140 805 studenata. Vidi više na: <https://www.isvu.hr/sustav/> (posjećeno 14. 1. 2024.).

<sup>30</sup> Vidi više na: <https://www.srce.unizg.hr/isvu> (posjećeno 14. 1. 2024.).

<sup>31</sup> Vidi više na: <https://www.srce.unizg.hr/isak> (posjećeno 14. 1. 2024.).

*Hrčak* je centralni portal koji na jednom mjestu okuplja hrvatske znanstvene i stručne časopise koji nude otvoreni pristup svojim radovima. Sadrži podatke o 538 časopisa, 22 408 sveščića, 290 991 radu s cjelovitim pristupom i 79 756 ORCID-identifikatora.<sup>32</sup> *Autentikacijska i autorizacijska infrastruktura znanosti i visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj* (AAI@EduHr) infrastrukturni je, posrednički sustav, čija je temeljna zadaća omogućiti sigurno, pouzdano i efikasno upravljanje elektroničkim identitetima te njihovu uporabu za pristup mrežnim i mrežom dostupnim resursima.

Iako nije objavljeno na službenim stranicama nadležnog ministarstva, svakako je potrebno istaknuti i informacijski sustav *Registra Hrvatskog kvalifikacijskog okvira*, koji sadrži, među ostalim, elektroničke evidencije o podregistrima standarda zanimanja i standarda kvalifikacija te o podregistrima skupovima ishoda učenja.

### 3.2.2. Normativni okvir

Primjena navedenih sustava u području visokog obrazovanja uređena je, među ostalim, sljedećim propisima:

1. *Zakonom o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti*.<sup>33</sup> U skladu s čl. 75. navedenog Zakona visoka učilišta dužna su voditi elektroničke evidencije i zbirke podataka, posebno evidenciju uspješnosti ostvarenih ishoda učenja studenata te obrađivati prikupljene osobne i druge podatke u svrhu obavljanja nastavne djelatnosti u informacijskom sustavu visokih učilišta i u pregledniku studijskih programa. Također, temeljem čl. 95. ustrojava se na razini Republike Hrvatske informacijski sustav i infrastruktura sustava visokog obrazovanja, znanstvene i umjetničke djelatnosti. Sastavnice informacijske infrastrukture jesu mrežni, računalni i spremišni sustavi, podatkovni centri, infrastruktura elektroničkih identiteta, informacijski sustavi i aplikacije, različite digitalne usluge te informacije i podaci koji se prikupljaju i obrađuju te zajednički koriste, a mogu se povezati s europskim i globalnim infrastrukturama.
2. *Zakonom o Hrvatskom kvalifikacijskom okviru*.<sup>34</sup> Zakon propisuje uspostavu Hrvatskog kvalifikacijskog okvira te, u skladu s čl. 13. Zakona, uspostavu Registra HKO-a za potrebe elektroničkog sustava vođenja podataka o skupovima ishoda učenja, standardima zanimanja, standardima kvalifikacija, programima za stjecanje i vrednovanje skupova ishoda učenja, programima za vrednovanje skupova ishoda učenja, programima za stjecanje kvalifikacija te drugih podataka od interesa, radi njihova povezivanja i usklađivanja. Registar je javan i sastoji se od Podregistra skupova ishoda učenja, Podregistra standarda zanimanja i Podregistra standarda kvalifikacija, koji je povezan s upisnicima studijskih i obrazovnih

<sup>32</sup> Vidi više na: <https://hrcak.srce.hr/> (posjećeno 13. 1. 2024.).

<sup>33</sup> Narodne novine, br. 119/22.

<sup>34</sup> Narodne novine, br. 22/13, 41/16, 64/18, 47/20, 20/21.

programa. Pravilnikom o Registru Hrvatskoga kvalifikacijskog okvira<sup>35</sup> uređuju se postupci upisa u Registar, oblik obrazaca za podnošenje zahtjeva, vrsta i obuhvat podataka koji se razmjenjuju između institucija, potrebnih za mrežno sučelje tržišta rada itd.

3. *Pravilnikom o sadržaju i korištenju informacijskih sustava u visokom obrazovanju*,<sup>36</sup> koji uređuje sadržaj i korištenje informacijskih sustava u visokom obrazovanju, propisuje vrstu, format i način unosa podataka, zaštitu osobnih podataka, osiguravanje vjerodostojnosti podataka te ostala pitanja važna za prikupljanje i analizu podataka o visokom obrazovanju na nacionalnoj razini.
4. *Pravilnikom o uvjetima i načinu ostvarivanja prava na pokriće troškova prehrane studenata*.<sup>37</sup> U čl. 12.–13. propisuje se sadržaj i način vođenje evidencije korisnika potpore putem sustava ISVU i ISSP.
5. *Pravilnikom o studentskoj ispravi*.<sup>38</sup> Ovim Pravilnikom uređuje se sadržaj i oblik studentske isprave. Donesen je 2023. godine, a važan je, među ostalim, jer se uvode novi digitalni formati studentskih iskaznica usuglašeni na europskoj razini. Tako čl. 2. propisuje značenje pojedinih izraza. *Europski studentski broj iskaznice* (ESCN) digitalni je identifikator koji studentima omogućuje jedinstvenu identifikaciju studentskih iskaznica i njezinu valjanost; *Europski studentski identifikator* (ESI) digitalni je identifikacijski broj koji studentima omogućuje jedinstvenu identifikaciju prilikom pristupanja *online*-uslugama mobilnosti studenata; *ESC hologram* jest logotip na prednjoj strani kartice koji potvrđuje autentičnost kartice na europskoj razini, a *ESC QR kod* jest kod digitalnog formata na prednjoj strani studentske iskaznice koji nakon aktivacije potvrđuje njezinu mogućnost korištenja na europskoj razini.
6. *Pravilnikom o ustroju Autentikacijske i autorizacijske infrastrukture znanosti i visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj – AAI@EduHr*,<sup>39</sup> kojim se uređuje ustroj AAI@EduHr kroz definiranje organizacijskog modela, prava i obveza svih subjekata te operativnih procedura kojih su se ti subjekti dužni pridržavati.

### 3.2.3. Analiza primjene usluga

Anketa o primjeni usluga sustava e-Građani i e-Savjetovanja u području **visokog obrazovanja** provedena je na prigodnom uzorku među ustanovama koje pripadaju tom

---

<sup>35</sup> Narodne novine, br. 96/21.

<sup>36</sup> Narodne novine, br. 36/23.

<sup>37</sup> Narodne novine, br. 120/13, 8/14, 113/22, 37/23.

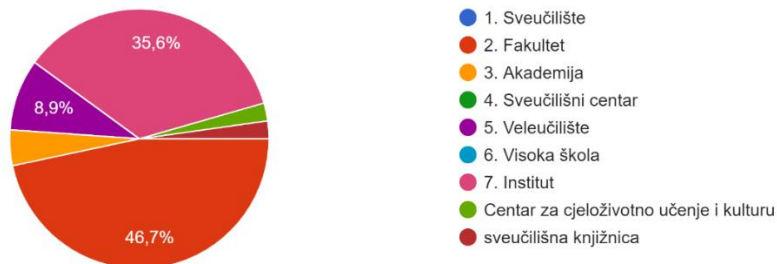
<sup>38</sup> Narodne novine, br. 101/23.

<sup>39</sup> Pravilnik je, uz prethodnu suglasnost Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa, izdanu 5. lipnja 2008. godine, donio ravnatelj Sveučilišnog računskog centra 11. lipnja 2008. Dostupno na: [https://www.aai.edu.hr/sites/default/files/content\\_files/docs/AAI%40EduHr-pravilnik-ver1.3.1.pdf](https://www.aai.edu.hr/sites/default/files/content_files/docs/AAI%40EduHr-pravilnik-ver1.3.1.pdf) (posjećeno 12. 1. 2024.).

području. Anketom se ispitala razina upotrebe e-javnih usluga koje pruža sustav e-Građanin te usluga e-Savjetovanja. Istraživanje se provodilo *online*, u razdoblju od 1. do 15. prosinca 2023. Anketu je ispunilo 45 ustanova, većinom javnih visokih učilišta (najviše fakulteta) i javnih znanstvenih instituta. U nastavku su prikazani i pojašnjeni pojedini rezultati.

1. U kojoj vrsti ustanove ste zaposleni?

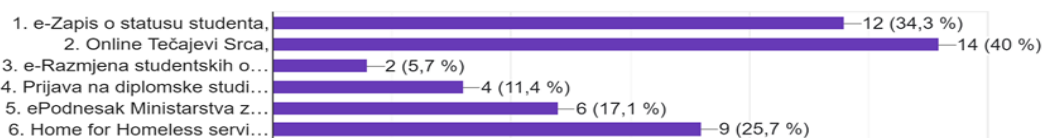
45 odgovora



Na pitanje koriste li ustanove neku od usluga e-Građanin 18,6 % odgovorilo je da ih ne koristi. Većina visokih učilišta i znanstvenih instituta, njih 81,4 %, kao najčešće korištene usluge ponuđene u odgovorima zaokružila je *online*-tečajeve Srca, e-Zapis o statusu studenta, servis *Home for Homeless* sustava AAI@EduHrDa, ePodnesak Ministarstva znanosti i obrazovanja, Prijava na diplomske studijske programe te e-Razmjena studentskih ocjena. Odgovori su prikazani u sljedećoj tablici:

7. Ako ste na prethodno pitanje odgovorili potvrdno, molim Vas označite usluge koje Vaša ustanova koristi?

35 odgovora



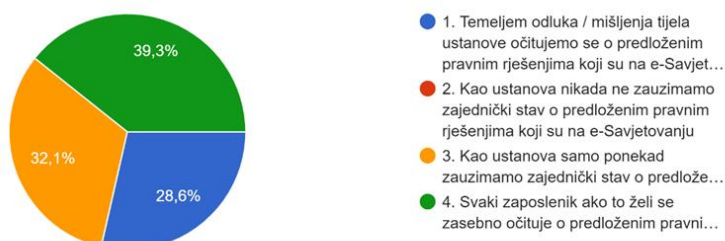
Nadalje, osim ponuđenih, e-usluge koje se najčešće koriste jesu: interne razvijene aplikacije o rasporedu i evidenciji održane nastave, različiti sustavi e-učenja, poput Merlina, MS *Forms* za prijave za završne i diplomske radove, MS *Forms* za izvješća o terenskoj nastavi, e-pisarnica, e-računi, e-uredsko poslovanje, E-porezna, e-servisi Fine, e-mirovinsko, COP, digitalna učionica *Google clasroom* itd.

Većina ispitanika, njih ukupno 87,2 %, procijenila je učinkovitost e-usluga zadovoljavajućima ili jako zadovoljavajućima. U vezi s tim zanimljivo je da je njih ukupno 76,9 % odgovorilo kako bi e-Usluge (pojedine ili sve) mogle biti razumljivije i jednostavnije za korištenje, odnosno da e-usluge zbog svoje složenosti nisu dostupne svim korisnicima jednako.

Samo manji broj ispitanih ustanova, njih ukupno 11,9 %, donio je opći akt koji uređuje načine primjene e-usluga koje koriste u ustanovi, kao što su Pravilnik o instalaciji programa za kreiranje banke ispitnih pitanja i testova, Pravilnik i izjava o korištenju računalnih programa, Pravila o korištenju elektroničke pošte itd. Također, samo mali broj ustanova, ukupno 28,6 %, organizira tečajeve kako bi educirale zaposlenike (i/ili korisnike) o korištenju e-usluga, što može biti povezano s činjenicom nepostojanja odgovarajućih kompetencija zaposlenika s obzirom na to da većina ustanova čiji su zaposlenici ispunili anketu pripada području društvenih i/ili humanističkih znanosti. Ujedno, većina njih, 85,7 %, omogućuje svojim zaposlenicima pohađanje takvih tečajeva na drugim ustanovama.

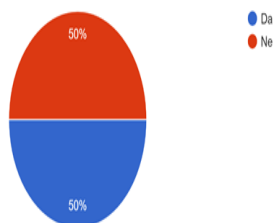
U dijelu anketnih pitanja koja se odnose na usluge e-Savjetovanja 65,9 % ustanova odgovorilo je da koristi usluge e-Savjetovanja u vezi sa zakonima i drugim propisima koji se primjenjuju na rad, odnosno djelatnosti ustanove u kojoj su zaposleni. U pogledu načina sudjelovanja odgovori su bili prilično podijeljeni. Najviše ustanova odgovorilo je da to ovisi o samim zaposlenicima, manji postotak njih da kao ustanova samo ponekad zauzimaju zajednički stav o predloženim pravnim rješenjima koja su na e-Savjetovanju, a nešto manje njih da se na predložene propise očituju temeljem odluka / mišljenja tijela ustanove. Svi odgovori prikazani su u sljedećoj tablici:

16. Ako ste na prethodno pitanje odgovorili potvrdno, na kojoj način sudjelujete u toj usluzi?  
28 odgovora

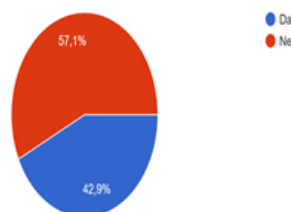


Zanimljivo je da je samo 50 % ustanova odgovorilo da provode e-savjetovanje u vezi s općim aktivima za čije je donošenje nadležna njihova ustanova. Ujedno je većina onih koje ne provode e-savjetovanje, 57,1 %, odgovorila da ne znaju da su u skladu s propisima dužne provoditi interno savjetovanje u postupcima donošenja općih akata u njihovoj nadležnosti. Distribucija odgovora prikazana je sljedećim grafikonima:

17. Provodite li e-savjetovanje za opće akte za čije je donošenje nadležna ustanova u kojoj radite?  
42 odgovora



18. Ako ste na prethodno pitanje odgovorili negativno, znate li da ste u skladu s propisima dužni provoditi e-savjetovanje za opće akte koje donosi ustanova u kojoj radite?  
28 odgovora



#### 4. ZAKLJUČAK

Jedan od ciljeva ovog rada bilo je analizirati proces digitalizacije javne uprave, istaknuti razvojne prednosti tog procesa te analizirati sustav e-Građani, posebno u područjima obitelji i života te visokog obrazovanja. Analiza dostupnih e-Usluga pokazuje da je hrvatska javna uprava započela novu razvojnu fazu, koja bi trebala biti u korist građana kao krajnjih korisnika usluga. Virtualne usluge mogu se obavljati bez korištenja novčanih sredstava, tj. besplatno, korisnici ih mogu obaviti bilo kad i bilo gdje. To pridonosi, među ostalim, smanjenju nepotrebnih interakcija između korisnika i uprave, a obavljanje usluga time bi trebalo postati brže i učinkovitije. Pritom su, uz usluge Korisnički pretinac i Moj profil, najkorištenije usluge sustava e-Građani ePorezna, Portal zdravlja i eKomunikacija. Savjetovanje s javnošću najčešće je primjenjivan instrument sudjelovanja javnosti u procesima regulacije.

U svrhu ovog rada provedena su empirijska istraživanja u odabranim tijelima javne vlasti u Republici Hrvatskoj o njihovu korištenju digitalnih usluga putem sustava e-Građani. Anketnim upitnicima nastojao se ispitati, ponajprije kroz korištenje pojedinih usluga, utjecaj procesa digitalizacije u odabranim područjima – obitelj i život te visoko obrazovanje. Na temelju analize podataka prikupljenih u istraživanju može se zaključiti kako većina tijela koristi usluge sustava e-Građani, kao i usluge e-Savjetovanja.

Rezultati ankete provedene u području obitelji i života pokazali su kako su ispitanici dobro upoznati sa sustavom e-Građani budući da više od 80 % tijela u kojima su ispitanici zaposleni koristi usluge sustava. Rezultati pokazuju kako je najkorištenija usluga iz područja obitelji i života među ispitanicima e-Matične knjige. Prema podacima Portala otvorenih podataka ta usluga nalazi se i među deset najkorištenijih u RH. Ostale *online*-usluge koje se koriste jesu e-Zdravstveno, ePorezna i sl. Polovina ispitanih tijela izjasnila se kako nije donijela opći akt kojim se utvrđuje način primjene digitalnih usluga koje koriste. Donekle nezadovoljavajući pokazatelji mogu se iščitati iz rezultata ankete koji pokazuju da većina ispitanih tijela i ustanova niti omogućuje niti organizira pohađanje tečajeva u svrhu edukacije zaposlenika o korištenju digitalnih usluga. Nadalje, većina ispitanika koristi uslugu e-Savjetovanja u vezi sa zakonima i drugim propisima koje



primjenjuju u svojem radu, kao i u vezi s općim aktima za čije su donošenje nadležni, a gotovo sva tijela redovito ih objavljuju na svojim mrežnim stranicama.

I u području visokog obrazovanja više od 80 % ispitanih izjasnilo se da koristi pojedine usluge e-Građanin. Pritom je zanimljivo što su se kao najčešće korištene usluge pokazale *online*-edukacije Srca. Temeljem prikazanih rezultata u radu opravdano je razloge tome tražiti u procjeni većine ispitanika kako bi dostupne e-usluge u ovom području mogle biti razumljivije i jednostavnije za korištenje, kao i u podacima koji pokazuju kako većina ispitanih visokih učilišta i znanstvenih instituta koristi i razvija dodatno interne *online*-programe. Također, i u ovoj anketi većina ispitanika odgovorila je da koristi uslugu e-savjetovanja kod donošenja zakona i drugih propisa koje primjenjuju u svojem radu, međutim, samo 50 % ustanova ujedno je odgovorilo kako provodi e-savjetovanje u vezi s općim aktima za čije je donošenje nadležna njihova ustanova. Kad se uzme u obzir da je većina ustanova u ovom području autonomna u normiranju pojedinih djelatnosti, ovaj je podatak posebno zabrinjavajući.

Iako proces digitalizacije zasigurno doprinosi pozitivnom utjecaju na razvoj hrvatske javne uprave, temeljem istraživanja može se zaključiti kako je potrebno, uz kontinuirano razvijanje novih digitalnih javnih usluga, provoditi i sustavne edukacije za njihovo korištenje kako bi se u potpunosti ostvarile prednosti takvih usluga. Pritom je potrebno raditi i na njihovoj pristupačnosti i umrežavanju, što je nužna pretpostavka u ostvarivanju učinkovitosti, transparentnosti te dostupnosti javnih podataka i usluga.

## **DIGITIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS APPLICATION IN SELECTED AREAS**

*Adapting to the standards of Europeanisation in the Republic of Croatia leads to the strengthening of the digitalisation of public administration and the establishment of the e-Citizens system. With the modernisation of the e-Citizens system, the areas in which services are provided are developing. In this respect, the author reviews in particular the areas of family and life and higher education. The first part of the paper analyses individual features of the digitalisation process in public administration, research services in prominent areas, and the relevant normative framework. The second part of the paper presents the results of online surveys on the use, and the assessment of the use, of individual digital services.*

Keywords: Europeanization, family, life, higher education, e-Citizens, e-Consultation

**Monika Bedeković**, graduated from the University of Zagreb Faculty of Law with the subject "Europeanization and digitalization of public administration"

**Ksenija Grubišić**, PhD, Associate Professor at the Department of Sociology, University of Zagreb Faculty of Law

# UPOTREBA TRADICIONALNIH PRAVNIH ARGUMENATA ZA OPRAVDANJE TUMAČENJA I PRIMJENE ČLANKA 8. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

*Izvorni znanstveni rad*

UDK 340.111.5

347.951.3

340.142.01

341.231.145(4)

Primljeno: 7. rujna 2023.

Ana Žagar\*

---

*Ovaj rad tumačenje Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od strane Europskog suda za ljudska prava prikazuje posve različito od sve proučene literature. Umjesto izdvajanja u praksi Suda razvijenih specifičnih tumačenjskih doktrina pokazuje se da Sud koristi i tradicionalne tumačenjske argumente, kako ih je popisao Giovanni Tarello. Dokazivanjem da Sud u tumačenju i primjeni Konvencije rabi argumente s dugom povijesti upotrebe, koje rabe i domaći sudovi prilikom tumačenja i primjene nacionalnih propisa, cilj je obeshrabriti ideje o proizvoljnosti tumačenja Suda u Strasbourgu i poboljšati njihovo razumijevanje na nacionalnoj razini. Metoda rada jest kvalitativna analiza sadržaja, a presude su odabrane kombinacijom namjernog i slučajnog uzorkovanja.*

Ključne riječi: Europski sud za ljudska prava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, tumačenjske doktrine, tumačenjski argumenti, kvalitativna analiza sadržaja

---

## 1. UVOD

Prema čl. 32. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>1</sup> Europski sud za ljudska prava<sup>2</sup> predstavlja tijelo nadležno za njezino tumačenje. Nužnost obavljanja i kreativnosti u obavljanju te zadaće Suda u Strasbourgu potvrđuje činjenica da je za primjenu pravne norme<sup>3</sup> potrebno prethodno protumačiti pravnu odredbu,<sup>4</sup> da sama

---

\* Ana Žagar, mag. iur., odvjetnička vježbenica u zajedničkom odvjetničkom uredu dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac i dr. sc. Dino Gliha

<sup>1</sup> (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17); u daljnjem tekstu: Konvencija.

<sup>2</sup> Europski sud za ljudska prava jest međunarodni sud ustrojen 1959. godine sa sjedištem u Strasbourgu, čija je zadaća osigurati da države poštuju prava i jamstva zajamčena Konvencijom (izvor: <https://uredzastupnika.gov.hr/europski-sud-za-ljudska-prava/186>); u daljnjem tekstu: Sud.

<sup>3</sup> Na umu ponajprije valja imati razliku između pravne odredbe i pravne norme. Pravna je odredba iskaz od jedne ili više rečenica, dok je pravna norma njegovo značenje, smisao, rezultat tumačenja pravne odredbe. [Iz: Harašić, Žaklina, *Dometi sistematskog tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 46 (2), 2009, 315–335, str. 320, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/38207> (20. 10. 2022.).]

<sup>4</sup> Tomić, Ivan, *Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, 28, 2020, 106–128, str. 106, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/250161> (20. 10. 2022.).

Konvencija ne daje nikakve upute za svoje tumačenje, ali i da je riječ o dokumentu starom više od 70 godina, koji nije mogao predvidjeti potrebe zaštite ljudskih prava u kontekstu današnjih prilika.

Važnost tumačenjske djelatnosti Suda jest uvelike prepoznata u literaturi, u kojoj se ona opisuje kroz u praksi Suda razvijene tumačenjske doktrine. U svoj proučenoj literaturi riječ je o izdvajanju (više ili manje) istih tumačenjskih alata koje Sud upotrebljava, a koje na ovom mjestu valja nabrojati: tumačenje u skladu s Bečkom konvencijom '69.,<sup>5</sup> doktrina autonomnog značenja,<sup>6</sup> živućeg instrumenta,<sup>7</sup> europskog konsenzusa,<sup>8</sup> sagledavanja pripremljenih radova,<sup>9</sup> prakse Suda,<sup>10</sup> cilja i svrhe Konvencije,<sup>11</sup> doktrina učinkovitosti zaštite prava,<sup>12</sup> pravedne ravnoteže<sup>13</sup> te margine diskrecije.<sup>14</sup> Činjenica da su ove doktrine, koje trebaju poslužiti za objašnjenje tumačenja i primjene Konvencije od strane Suda, razvijene upravo od strane Suda i da su specifične samo za Sud potencijalni je razlog za ideju da je riječ o proizvoljnim instrumentima proširenja značenja,<sup>15</sup> kao i teškoća razumijevanja na nacionalnoj razini.<sup>16</sup>

---

<sup>5</sup> Premda Konvencija ne daje nikakve izričite upute za tumačenje svojih odredbi, valja se prisjetiti da je Konvencija kao međunarodni ugovor uređena pravilima Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. Prema njezinu osnovnom pravilu iz st. 1. čl. 31. ugovore treba tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora (Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, Narodne novine, br. 16/1993).

<sup>6</sup> Uz dvojezičnu prirodu i potrebu uzimanja u obzir cjeline teksta, problem tumačenju konvencijskih prava stvara i različitost značenja brojnih pojmova u svakoj pojedinoj državi. Stoga se javila potreba za primjenom nekih ujednačenih i konstantnih značenja, a legitimitet za određivanje koje će to značenje biti pripao je Sudu. (Iz: McBride, Jeremy, *The Doctrines and Methodology of Interpretation of The European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2021, 1–72, str. 10, preuzeto s: <https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee> (7. 11. 2022.).)

<sup>7</sup> Ideja je da se Konvencija treba tumačiti u skladu s potrebama i uvjetima svakidašnjice te evoluirati kroz tumačenje. Ta metoda omogućava nužan stupanj fleksibilnosti kako bi se osigurala realizacija zajamčenih prava. (Iz: Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, German Law Journal, 12(10), 2011, 1730–1744, str. 1731, preuzeto s: [https://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%2028-29%20April%202014/Dzehtsiarou\\_Interpretation\\_ECHR\\_GLJ\\_2011.pdf](https://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%2028-29%20April%202014/Dzehtsiarou_Interpretation_ECHR_GLJ_2011.pdf) (7. 11. 2022.).)

<sup>8</sup> Europski konsenzus jest metoda interpretacije stvorena u praksi Suda, koja se sastoji od analize i identifikacije evolucije standarda zaštite ljudskih prava unutar europskih država. (*Ibid.*)

<sup>9</sup> Sud će se nekada radi objašnjenja odabira svojeg tumačenja vratiti u trenutke nastanka Konvencije (McBride, J., *op. cit.* (bilj. 6), str. 43).

<sup>10</sup> Sud nije vezan svojim prijašnjim odlukama, ali im se nerijetko okreće (*ibid.*, str. 47).

<sup>11</sup> Vjerojatno jedna od najvažnijih činjenica koju Sud uzima u obzir jest cilj i svrha Konvencije, čija je primarna zadaća osiguravanje prava i sloboda koje su navedene, zaštita ljudi, očuvanje i promoviranje demokratskih vrijednosti (*ibid.*, str. 36).

<sup>12</sup> Upravo kako bi ostvarili svoj cilj i svrhu, prava i slobode zajamčeni Konvencijom moraju biti zaštićeni i u praksi (*ibid.*).

<sup>13</sup> Sud će nerijetko i u pogledu dosega nekog članka i u pogledu ocjenjivanja o tome je li došlo do povrede prava zajamčenog njime „vagati“ određene interese kako bi ocijenio ono što bi bilo pravedno (*ibid.*, str. 50).

<sup>14</sup> Instrument kojim Sud osigurava fleksibilnost državama da obveze iz Konvencije ispune u skladu sa svojim mogućnostima (*ibid.*, str. 8).

<sup>15</sup> Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.* (bilj. 7), str. 1734–1735. Autor govori o kritikama ekstenzivnog tumačenja od strane Suda, od kojih je jedna i razlog da Sud svoje presude ne obrazlaže dostatno.

<sup>16</sup> Marochini Zrinski, Maša, *Izazovi u primjeni i tumačenju Konvencije u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 55 (2), 2018, 423–446., preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/199097> (8. 11. 2022.).

Stoga je cilj ovog rada, za razliku od postojeće literature, pokazati da Sud u tumačenju Konvencije upotrebljava (i) tradicionalne tumačenjske argumente te da se argumentacija tumačenja konvencijskih odredbi od strane Suda u bitnome ne razlikuje od argumentacije tumačenja pravnih propisa od strane nacionalnih sudova. Tako će se dokazati da se on prilikom tumačenja ne poziva samo na u vlastitoj praksi razvijene doktrine već i izričito i prešutno rabi argumente koji iza sebe imaju „dugu povijest upotrebe“,<sup>17</sup> a rabe ih i nacionalni sudovi. Smatra se da takvo demistificiranje rada Suda ima potencijal poboljšati njegovo generalno razumijevanje, a posebice razumijevanje presuda na nacionalnoj razini, na kojoj su one obvezujuće.<sup>18</sup>

Tradicionalne sheme argumentiranja ili tumačenjske argumente Giovanni Tarello opisao je kao u pravnoj kulturi priznate sheme izbora i opravdavanja jednog umjesto drugog pridavanja značenja te kriterije vrednovanja tog izbora,<sup>19</sup> a osim njega i drugi su se autori značajno bavili njihovim popisivanjem i razvrstavanjem.<sup>20</sup> Za ovu se analizu najprikladnijim pokazao popis upravo tog talijanskog teoretičara, pa će on biti detaljnije prikazan. Razumjeti teorijska objašnjenja tradicionalnih argumenata važno je i zbog pretpostavke ovoga rada da ih Sud u svojim obrazloženjima rijetko navodi izrijeком, tj. da je za prepoznavanje njihove upotrebe u pravilu nužno usporediti teorijsku definiciju argumenta i argumentaciju Suda u konkretnom predmetu. Takva je pretpostavka pak temeljena na drugoj pretpostavci, prema kojoj bi u slučaju češće izričite upotrebe tradicionalnih argumenata od strane Suda postojala i (brojnija) literatura o toj tematici.

Tako će u ovom radu biti navedeno u kojoj se mjeri pojavljuje izričita upotreba nekog od argumenata s Tarellova popisa, ali će i biti izdvojeni najzanimljiviji primjeri u kojima se o njihovoj nedvojbenoj upotrebi može zaključiti iz formulacije argumentacije. U primjere su

---

<sup>17</sup> Tarello, Giovanni, *Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima*, *Revus* [mrežno izdanje], 45, 2021, § 11., preuzeto s: <http://journals.openedition.org/revus/7897> (20. 10. 2022.).

<sup>18</sup> Presude su prvenstveno obvezujuće u smislu dužnosti izvršavanja presuda u kojima je utvrđena povreda u državama na koje se odnose. Njihovo izvršenje nadzire Odbor ministara Vijeća Europe, a pogotovo kako bi se osigurala isplata dosuđenih iznosa. (Iz: [https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_HRV.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf) (3. 12. 2022.)) Međutim, u teoriji postoje i ideje o općenitom *erga omnes* djelovanju presuda Suda u Strasbourgu. Oddný Mjöll Arnardóttir u svojem radu navodi da čl. 19., čl. 32. i čl. 1. Konvencije zajedno govore o tome kako, s obzirom na to da je Konvencija živući instrument, autoritativno tumačen od strane Suda, kao i s obzirom na cilj i svrhu Konvencije te suvremene potrebe zaštite ljudskih prava, države ne mogu ispuniti svoju obvezu iz čl. 1. Konvencije ako u obzir ne uzimaju i razvoj prakse Suda. (Iz: Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Res interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, 28 (3), 2017, 819–843, str. 824–825, preuzeto s: <https://academic.oup.com/ejil/article/28/3/819/4616673> (4. 4. 2023.))

<sup>19</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 3. Tarello u svojem radu govori o tumačenjskim argumentima u „našoj pravnoj kulturi“, „našoj pravnoj tradiciji“ i sl. Iz teksta se zaključuje da pod tim izrazima podrazumijeva sustave kontinentalnog pravnog poretka.

<sup>20</sup> Vidi primjerice McCormick, D. Neil., Summers, Robert S., *Interpreting Statutes – A comparative study*, Routledge, New York, 2016, te Macagno, Fabrizio, Sartor, Giovanni, Walton, Douglas, *Argumentation schemes for statutory interpretation*, Cambridge University Press, 2012, 63–75, preuzeto s: [https://www.researchgate.net/profile/Fabrizio-Macagno/publication/265592013\\_Argumentation\\_Schemes\\_for\\_Statutory\\_Interpretation/links/5412f0b50cf2fa878ad3cb46/Argumentation-Schemes-for-Statutory-Interpretation.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Fabrizio-Macagno/publication/265592013_Argumentation_Schemes_for_Statutory_Interpretation/links/5412f0b50cf2fa878ad3cb46/Argumentation-Schemes-for-Statutory-Interpretation.pdf) (21. 10. 2022.).

jednako uzeta tumačenja *in abstracto* (koja se sastoje u utvrđivanju normativnim tekstom izraženog i/ili u njemu logički impliciranog smisaonog sadržaja, tj. norme/normi) i *in concreto* (koja se sastoje u podvođenju konkretnog činjeničnog stanja pod područje primjene neke prethodno *in abstracto* utvrđene norme)<sup>21</sup> s obzirom na to da za potrebe ovog rada njihovo posebno razdvajanje nije relevantno. Drugim riječima, istraživanje je obuhvatilo i argumente kojima je Sud opravdavao tumačenje čl. 8. (tj. pripisivanje značenja odredbi toga članka) i argumente kojima je opravdavao odluku o primjeni čl. 8. na konkretno činjenično stanje (tj. odluku o (ne)podvođenju konkretnog činjeničnog stanja pod doseg primjene norme izražene tim člankom).

Metoda koja se smatrala optimalnom za formiranje željenih zaključaka jest metoda kvalitativne analize sadržaja. Riječ je o metodi analize i subjektivne interpretacije teksta prije koje je nužno formulirati izraze koji će se u njemu prepoznavati.<sup>22</sup> Izrazi koji su se u tekstu prepoznavali jesu upravo izričite i prešutne upotrebe argumenata s Tarellova popisa, koje predstavljaju jedinice sadržaja i analize, a ujedno su i mjerni instrument ovog istraživanja.<sup>23</sup> Mjerni instrument (Tarellov popis argumenata) i način njegove primjene detaljnije će biti prikazani u 2. poglavlju. Jedinicu analize, tj. tekst koji se rastavio na jedinice sadržaja (tumačenjske argumente), predstavljaju odabrana obrazloženja iz sudskih presuda, a proces odabira objašnjava se u nastavku.<sup>24</sup> Prema nekim je autorima ta metoda prikladan i jednostavan način za generiranje objektivnog znanja o onome što sudovi rade te kako i zašto to rade.<sup>25</sup>

S obzirom na opsežnost ukupne prakse broj presuda za analizu valjalo je ograničiti. Odabir je izvršen kombinacijom namjernog i slučajnog uzorkovanja.<sup>26</sup> Naime, najkorisnijim se učinilo pokazati primjenu upotrebe tih argumenata na presudama o pravima iz čl. 8.<sup>27</sup> – na privatnost, obitelj, dom i dopisivanje – s obzirom na to da je riječ o pravima uspostava čijih standarda zaštite zahtijeva posebnu kreativnost i dinamiku u interpretaciji, a koje je potrebno razumjeti i primjenjivati u svakom nacionalnom poretku. Iz službenog dokumenta Vijeća Europe koji popisuje tako uspostavljene standarde zaštite

---

<sup>21</sup> Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2019, str. 352.

<sup>22</sup> Wildemuth, Barbara M., Zhang, Yan, *Qualitative Analysis of Content* [mrežno izdanje], str. 1, preuzeto s [https://www.ischool.utexas.edu/~yanz/Content\\_analysis.pdf](https://www.ischool.utexas.edu/~yanz/Content_analysis.pdf) (29. 1. 2023.).

<sup>23</sup> *Ibid.*, str. 3.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Hall, Mark A., Wright, Ronald F., *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, California Law Review, 96 (1), 2008, 63–122, str. 64, preuzeto s: <http://www.jstor.org/stable/20439171> (29. 1. 2023.).

<sup>26</sup> *Ibid.*, str. 102.

<sup>27</sup> Čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda: pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života.

St. 1. Svatko ima pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

St. 2. Javna vlast neće se miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobrobiti zemlje te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

prava iz čl. 8. (Vodič kroz članak 8. Konvencije)<sup>28</sup> slučajnim je odabirom izdvojeno 30 presuda za svaki element na koji se on tradicionalno dijeli (privatnost, obitelj, dom i dopisivanje) – dakle, ukupno 120 presuda. Iz njih je kao jedinica analize uzet samo dio kojim Sud obrazlaže odluku o pravima iz čl. 8.

Svrha ove analize nije i ne može biti donošenje generalnih zaključaka o argumentaciji Suda, već pokazati i olakšati prepoznavanje upotrebe tradicionalnih tumačenjskih argumenata u njegovoj praksi, čak i onda kada ona nije izričita.

## 2. TUMAČENJSKI ARGUMENTI PREMA G. TARELLU

Giovanni Tarello u svojem popisu shema argumentiranja ili „rasuđivanja“ izdvaja petnaest argumenata: argument *a contrario*, argument *a simili ad simile*, argument *a fortiori*, argument potpunosti pravnog uređenja, argument dosljednosti pravnog uređenja, psihološki argument, povijesni argument, apagogički argument, teleološki argument, argument ekonomičnosti, argument autoriteta, sustavni argument, naturalistički argument, argument pravičnosti te argument koji polazi od općih načela.<sup>29</sup> Kreiranje popisa argumenata vidi kao „prvi korak u višoj i plemenitijoj spoznajnoj djelatnosti razvrstavanja“, a navedene argumente dijeli na specifično pravne i one koji to nisu,<sup>30</sup> logičke i nelogičke argumente,<sup>31</sup> potpune i nepotpune<sup>32</sup> te konzervativne i nekonzervativne argumente.<sup>33, 34</sup> Već je napomenuto kako je poznavanje teorijskih poimanja argumenata nužno za prepoznavanje njihove prešutne upotrebe u praksi, a teorijskim opisima argumenata bit će dodane i napomene o njihovoj sličnosti s pojedinim tumačenjskim doktrinama Suda.

### 2.1. Argument *a contrario*

Riječ je o argumentu prema kojemu se, u situaciji postojanja normativnog iskaza kojim se pripisuje neka normativna kvalifikacija terminu iskaza koji se odnosi na neki subjekt ili razred subjekata, mora izbjeći proširenje značenja toga termina koje bi obuhvatilo

---

<sup>28</sup> Vodič kroz članak 8. Konvencije, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_HRV.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf) (3. 12. 2022.). U tom su vodiču izdvojene vodeće, značajne i/ili nedavne presude i odluke kako bi se pronašla ključna načela iz ovog područja te mjerodavni presedani. Vodič je zadnji put ažuriran 31. 8. 2020.

<sup>29</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 12.

<sup>30</sup> Kao argumente specifične upravo za pravnike izdvaja argument pravičnosti, sustavno-dogmatski argument i *analogiju iuris*, dok sve ostale argumente vidi kao argumente koje pravnici upotrebljavaju na način da prilagođavaju uvjeravajuće sheme zajedničke raznim poljima.

<sup>31</sup> Kao logičke argumente izdvaja argument *a contrario*, argument *a simili*, argument *a fortiori*, argument dosljednosti i argument potpunosti pravnog sustava, dok za sve ostale argumente drži da su nelogički.

<sup>32</sup> Za četiri argumenta upozorava kako ne samo da se mogu već se i moraju povezati s drugim argumentima da bi bili potpuni. Riječ je o argumentu analogije, argumentu *a fortiori*, argumentu dosljednosti i argumentu potpunosti.

<sup>33</sup> Naklonjenima pravnoj promjeni, prema Tarellovu mišljenju, mogu se smatrati argument pravičnosti, argument koji polazi od općih načela, naturalistički argument, argument *a contrario*, psihološki argument i argument ekonomičnosti. Svi ostali argumenti jesu tendencijski konzervativni.

<sup>34</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 101–131.

subjekte ili razrede subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni u termin kvalificiran prvim normativnim iskazom.<sup>35</sup> Pravne odredbe nekada i izričito upućuju na upotrebu ovoga argumenta izrazima „samo“, „osim za“ ili „iznimno“, kada vrijedi pravilo *singularia non sunt extendenda*, dok se u protivnom on može upotrijebiti uz vrijednosno i ciljno obrazloženje toga zašto se određeno značenje ne može proširiti na drugog subjekta.<sup>36</sup>

Često se upotreba ovoga argumenta vidi kao alat „doslovnog“ ili „restriktivnog“ tumačenja.<sup>37</sup> Premda neki taj „tumačenjski formalizam“ prikazuju kao pravničku „manu“, Tarello upozorava na različite učinke toga argumenta ovisno o formalnoj strukturi normativnih iskaza na koje se primjenjuje.<sup>38</sup> U teoriji se spominju i dvije varijante tog argumenta. Tarello ih naziva argument *a contrario* kao pravilo o pravnoj proizvodnji te argument *a contrario* kao pravilo tumačenja,<sup>39</sup> Riccardo Guastini također spominje produktivnu i interpretativnu varijantu,<sup>40</sup> dok Aleksander Peczenik govori o slaboj i jakoj verziji toga argumenta.<sup>41, 42</sup> Imajući na umu cilj ovog rada, u analizi se dostatnim smatralo utvrditi upotrebu tog argumenta te se nije utvrđivalo o kojoj je varijanti upotrebe riječ. Konačno, zanimljivo je spomenuti i konstataciju prema kojoj je tumačenje pomoću tog argumenta toliko uobičajeno i prirodno da se često rabi, a da tumač nije ni svjestan da to čini.<sup>43</sup>

## 2.2. Argument *a simili ad simile* (argument analogije)

Ovim se argumentom u situaciji u kojoj postoji norma koja pripisuje neku normativnu kvalifikaciju nekom subjektu ili razredu subjekata zaključuje o postojanju norme koja pripisuje istu normativnu kvalifikaciju nekom drugom subjektu ili razredu subjekata, pri

<sup>35</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 14.

<sup>36</sup> Visković, Nikola, *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet, Split, 1997, str. 65.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 19.–20. Tako će upotreba ovoga argumenta voditi sužavanju polja sloboda, prava i sposobnosti (proširujući ujedno polja dužnosti, obveza, nesposobnosti) u odnosu na iskaze kojima se propisuju slobode, prava i vlasti; i obrnuto – vodit će sužavanju polja dužnosti, obveza i nesposobnosti (proširujući polja sloboda, prava i vlasti) u odnosu na iskaze kojima se propisuju dužnosti, obveze ili kvalifikacije nesposobnosti.

<sup>39</sup> *Ibid.*, §§ 14.–15. Kao pravilo o proizvodnji, ovaj argument isključuje proizvodnju daljnjih normi u odnosu na već izražene norme, što se odražava izrekom *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*. Kao pravilo tumačenja vodi isključenju proširenja značenja termina na način da se obuhvate subjekti ili razredi subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni u terminu.

<sup>40</sup> Kod produktivne se varijante ovoga argumenta opravdava formuliranje implicitne norme za regulaciju činjeničnog stanja koje nije eksplicitno regulirano. S druge strane, u interpretativnoj je verziji riječ o argumentu kojim se zaključuje da se „šutnjom“ navedeno činjenično stanje ne regulira te da postoji pravna praznina.

<sup>41</sup> Prema slabom argumentu činjenica da je nešto regulirano nije dovoljna za zaključak da nešto drugo nije. Ipak, prema jakom se argumentu smatra da slučajevi koji nisu regulirani pravnom odredbom ne bi trebali biti regulirani na način određen tom odredbom.

<sup>42</sup> Keršić, Marin, *Argument a contrario*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 59 (2), 2022, 295–313, str. 298–299, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/280636> (26. 10. 2022.).

<sup>43</sup> Tako Lukić, Radomir, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 111, prema: Harašić, Ž., *Sudska argumentacija*, Split, Pravni fakultet, 2010, str. 41.



čemu je „sličnost“ ili „analogija“ između subjekata ili razreda subjekata<sup>44</sup> pretpostavka za istovjetnost pravnog uređenja.<sup>45</sup> Drugim riječima, ovim se argumentom proširuje značenje nekog termina (koji je dio nekog normativno kvalificiranog iskaza) kako bi se njime obuhvatili (kako bi i za njih vrijedila ta normativna kvalifikacija) subjekti ili razredi subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni, ali pokazuju sličnost ili „analogiju“ s onim subjektima ili razredima subjekata koji jesu.<sup>46</sup> Pavčnik izdvaja jednu podvrstu ovog argumenta – analogiju *inter legem*, u kojoj sam zakonodavac u pravnoj odredbi na proširenje primjene zaključivanjem po sličnosti upućuje izrazima „naročito“, „na drugi način“, „druga osoba“ i sl.<sup>47</sup>

Riječ je o argumentu u određenom smislu suprotnom prethodno izloženom, koji u području tumačenja funkcionira kao pokretač „proširenog“ ili „ekstenzivnog“ tumačenja.<sup>48</sup> Ponovno se u teoriji pronalazi razlikovanje produktivne i interpretativne inačice tog argumenta,<sup>49</sup> na koju se u daljnjoj analizi, iz već izloženog razloga, neće osvrutati.

### 2.3. Argument *a fortiori*

Riječ je o argumentu prema kojemu se u slučaju postojanja pravne norme koja postavlja neku normativnu kvalifikaciju jednom subjektu ili vrsti subjekata mora zaključiti o postojanju iste normativne kvalifikacije za drugi subjekt ili vrstu koji takvu kvalifikaciju iz pravne norme „zaslužuju“ iz još „jačih“ razloga negoli prvi subjekt ili vrsta subjekata.<sup>50</sup> Nije nužno da između subjekata ili ponašanja na koje se proširuje značenje postoji „sličnost“ ili „analogija“ s onima ili onim na koje se iskaz nesumnjivo odnosi, već je dovoljno da uređenje „zaslužuju s jačim razlogom“.<sup>51</sup> Premda možda izgleda tako, ovaj argument nije samo „jača“ verzija argumenta analogije – s obzirom na to da se on ne zasniva na sličnosti, nego samo na razlogu (*rationi*) norme ili normativnog iskaza.<sup>52</sup>

Osim produktivne i interpretativne varijante, razlikuju se i dva oblika ovoga argumenta – *a minori ad maius* (od manjeg prema većem) i *a maiori ad minus* (od većeg prema manjem).<sup>53</sup> Argument *a minori* tvrdi da, ako pravna odredba zabranjuje činiti manje, to

---

<sup>44</sup> Upozorava se kako snaga uvjerljivosti ne potječe jednostavno iz sličnosti između članova, nego i iz sličnosti dvaju odvojeno postojećih odnosa. Tarello model analogije uspoređuje i s modelom matematičke proporcije.

<sup>45</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 2223.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 23.

<sup>47</sup> Tako Pavčnik, M., *Argumentacija v pravu*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1991, u: Harašić, Žaklina, *op. cit.* (bilj. 43), str. 56–57.

<sup>48</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 24.

<sup>49</sup> *Ibid.*, §§ 23.–24. Argument *a simili* u proizvodnoj varijanti služi kao pravilo koje nalaže proizvodnju normi čiji je učinak to da i za drugi termin analogije postoji ono uređenje koje neka već postojeća norma daje prvom terminu analogije. Kao tumačenjsko pravilo izražava se izrekom *lex minus dixit quam voluit* te služi kao pokretač „proširenog“ tumačenja.

<sup>50</sup> *Ibid.* § 30.

<sup>51</sup> *Ibid.* §§ 30.–31.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

više se podrazumijeva da zabranjuje činiti više.<sup>54</sup> Tako bi tu inačicu argumenta *a fortiori* upotrijebio onaj tko bi proširio odgovornost za neko protupravno djelo počinjeno u nehatu na takvo protupravno djelo počinjeno u namjeri ili zabranu uvođenja pasa u bolnicu i na uvođenje drugih životinja u bolnicu.<sup>55</sup> Argument *a maiori* pak tvrdi da, ako pravna odredba dopušta činiti više, to više se podrazumijeva da dopušta činiti i manje.<sup>56</sup> Tako će ovu inačicu argumenta upotrijebiti onaj tko tvrdi da poljoprivrednik koji ima pravo prvokupa na cijelo zemljište kojeg je zakupnik ima pravo prvokupa i na dio tog zemljišta ili da onaj tko ima služnost vožnje određenim putem ima i služnost pješačkog prolaza tim putem.<sup>57</sup> O tome što je veće ili manje, nekada može zaključiti logičkim putem, međutim, u većini slučajeva vrednovanje će se obaviti uporabom ciljnih argumenata.<sup>58</sup> Tarello upozorava kako se uključivanje „manjeg“ entiteta u „veći“ mora odnositi na „jači razlog“ i „slabiji razlog“, a ne na „veću količinu“ i „manju količinu“ ponašanja koje se kvalificira ili objekta tog ponašanja.<sup>59</sup>

#### 2.4. Argument potpunosti pravnog uređenja

Ovaj je argument moguće definirati kao argument prema kojemu se, onda kada se za dano ponašanje i dani subjekt ne može pronaći norma kojom se tom ponašanju ili subjektu pripisuje neka normativna kvalifikacija, treba zaključiti da postoji norma koja neuređenom ponašanju daje neku normativnu kvalifikaciju.<sup>60</sup> Drugim riječima, njegovom se upotrebom onemogućuje takvo pridavanje značenja normativnim iskazima čija bi posljedica bila nužnost smatranja nekog ponašanja neuređenim ili pravno nekvalificiranim.<sup>61</sup> Dakle, ovaj se argument također može upotrijebiti u svojoj proizvodnoj ili tumačenjskoj ulozi.<sup>62</sup>

Argument počiva na vrlo uvjerljivoj pretpostavci o potpunom uređenju lišenom praznina, no on istovremeno može biti samo pomoćan ili supsidijaran, tj. sam je po sebi nedostatan za rješavanje problema primjene prava.<sup>63</sup> Naime, kada se odluči da se raspoloživim normativnim iskazima ne prida značenje po kojemu bi neko ponašanje bilo nekvalificirano, nužno je pripisati značenja raspoloživim normativnim iskazima – zbog

<sup>54</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

<sup>55</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

<sup>56</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

<sup>57</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

<sup>58</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

<sup>59</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 35. Ovo upozorenje pokazuje na primjeru. Naime, iako je broj jedan uvijek sadržan u broju dva, nije istina da ne postoji neki normativni razlog koji bi dopustio određeno ponašanje u vezi s jednom jedinicom, a ne s dvjema jedinicama. Tako zakonodavstvo u određenim državama u određenim trgovinama dopušta prodaju „dviju“ boca alkohola – onaj tko bi argumentirao da je time, *a maiori*, dozvoljena prodaja i jedne boce alkohola, propustio bi primijetiti *ratio* norme prodaje jedne boce alkohola (obeshrabrivanje česte prodaje alkohola onima s malo novca).

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 37.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*, §§ 36.–37.

čega se taj argument mora upotrijebiti s bar još jednim retoričkim argumentom ili pretpostavkom općeg načela.<sup>64</sup>

## 2.5. Argument dosljednosti pravnog uređenja

Riječ je o argumentu prema kojemu se, ako postoje dvije norme koje postavljaju dvije međusobno nespojive normativne kvalifikacije, mora zaključiti da barem jedna od njih nije primjenjiva.<sup>65</sup> Odnosno, njime se onemogućuju tumačenja koja bi rezultirala pojavom sukoba normi, što se naziva i korektivnim tumačenjem.<sup>66</sup> Također je moguće razlikovati dvije varijante ovog argumenta – proizvodnu i tumačenjsku.<sup>67</sup>

Kao i prethodni argument, i argument dosljednosti s jedne strane ima znatnu uvjeravajuću snagu, a s druge je tek pomoćan i supsidijaran.<sup>68</sup> Naime, uvjeravajuća snaga proizlazi iz u modernim pravnim porecima vrlo raširenog vjerovanja o pravnom poretku kao dosljednom uređenju lišenom antinomija, ali njegova supsidijarnost proizlazi iz činjenice da sam nije dovoljan za rješavanje problema tumačenja u širem smislu kada dođe do takva „sukoba normi“.<sup>69</sup> Stoga je i ovaj argument potrebno dopuniti bar još jednim argumentom ili pretpostavkom općeg načela.<sup>70</sup>

## 2.6. Psihološki argument (obraćanje volji konkretnog zakonodavca)

Temelj je ovoga argumenta uvažiti volju izdavatelja ili autora iskaza te pridati normativnom iskazu značenje u skladu s njom.<sup>71</sup> Izraz volje pojedinca ili konkretne skupštine najčešće se pronalazi u raznim dokumentima, kao što su pripremni radovi (*travaux préparatoire*).<sup>72</sup>

Tarello upozorava na problem upotrebe psihološkog argumenta u situaciji kada u stvaranju dokumenta sudjeluju nositelji različitih i sukobljenih interesa, volja i zahtjeva, koji konačno dolaze do kompromisnog rješenja te normativne ovlasti prenose na tumače.<sup>73</sup> Općenito se ovaj argument danas koristi manje nego u prošlosti, a i s drukčijom

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 38. Visković pak govori o ideologiji koja prevladava u suvremenoj pravnoj znanosti – ideologiji/argumentu nepotpunosti. Njime se priznaje postojanje pravnih praznina ili pravno nenormiranih važnih društvenih odnosa, a takvi nenormirani odnosi ne smatraju se pravnim odnosima. Dalje o volji zakonodavca ili sudaca ovisi hoće li se i kako neki od tih odnosa naknadno pravno normirati (Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 70).

<sup>65</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 41.

<sup>66</sup> Tako Bobbio, Norberto, *Novissimo digesto italiano*, Antinomia, 1957, 667–668, prema Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 42.

<sup>67</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 42.

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 41.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>72</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 56.

ulogom – diskreditiranja onih tumačenja koja su očito suprotna volji tvorca, tj. kako bi se utvrdilo ono što se nije htjelo, a ne ono što se htjelo.<sup>74</sup>

Već je napomenuto da je jedna od u literaturi tradicionalno izdvajanih tumačenjskih doktrina Suda i sagledavanje pripremnih radova koji su prethodili usvajanju Konvencije.<sup>75</sup> Sud se na tu doktrinu pozvao u presudi *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>76</sup> te pojasnio da, u situaciji kada tumačenje nekog teksta rezultira nesporazumima i neslaganjem, Sud smatra korisnim pribjeći tumačenju iz pripremnih radova Konvencije. Drugim riječima, Sud će pokušati utvrditi izvornu volju autora i tako prihvatiti tumačenja koja su u skladu s njom, odnosno diskreditirati ona koja nisu. Očito je da se upotreba te tumačenjske doktrine Suda ni po čemu ne razlikuje od upotrebe psihološkog argumenta kako ga je opisao Tarello.

## **2.7. Povijesni argument (pretpostavka kontinuiteta, pretpostavka o konzervativnom zakonodavcu)**

Prema ovom se argumentu, u nedostatku izričito suprotnih naznaka, normativnom iskazu mora pridati ono značenje koje se i tradicionalno pridavalo ranijem ili prethodnom iskazu koji je uređivao istu materiju u istom pravnom uređenju, ili pak isto normativno značenje koje se tradicionalno pridavalo normativnom iskazu sadržanom u matičnom dokumentu nekog drugog pravnog uređenja.<sup>77</sup> Temelj uvjerljivosti ovog argumenta jest u pretpostavci da norme koje uređuju neku materiju ostaju postojane unatoč promjenama formulacija u normativnim dokumentima. Kao primjer upotrebe tog argumenta Tarello navodi tumačenje prema kojemu bi se nekom članku vrijedećeg talijanskog građanskog zakonika pridalo značenje koje se tradicionalno pridavalo odgovarajućem članku francuskog građanskog zakonika iz 1804.<sup>78</sup> Upozorava i na opadanje važnosti tog argumenta, koji, kada se upotrebljava u svojim granicama, može biti korisna prepreka nastranim i bizarnim tumačenjima.<sup>79</sup>

S obzirom na to da je danas važeća izvorna verzija Konvencije iz 1950., uporište za takva tumačenja eventualno bi mogla predstavljati Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948.<sup>80</sup> Konvencija se smatra dokumentom koji je doista nametnuo obvezu poštivanja u Deklaraciji navedenih prava, a inspiracija tim dokumentom naglašena je i u Preambuli

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>75</sup> McBride, J., *op. cit.* (bilj. 6), str. 43.

<sup>76</sup> *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 21. veljače 1986., br. 8793/79, § 64.

<sup>77</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 59.

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

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>80</sup> *Opća deklaracija o ljudskim pravima* dokument je zaštite ljudskih prava koji je proglasila Opća skupština Ujedinjenih Naroda 10. prosinca 1948. Riječ je o rezoluciji koja nema nikakvu pravnu snagu, ali je imala neoporeciv značaj za razvoj ljudskih prava. U Hrvatsko je zakonodavstvo preuzeta Odlukom 2009. godine (Narodne novine, br. 12/2009).

Konvencije.<sup>81</sup> Tako je čl. 8. Konvencije u bitnom temeljen na čl. 12. Deklaracije, a u literaturi se više puta pojavljuje stajalište da je u dosta slučajeva Sud i proširio značenje čl. 8. oslonivši se na formulacije iz Deklaracije.<sup>82</sup>

## **2.8. Apagogički argument (*ab absurdo, reductio ad absurdum, pretpostavka o razumnom zakonodavcu*)**

Apagogičkim se argumentom žele izbjeći tumačenja normativnih iskaza koja rezultiraju „apsurdnom“ normom, odnosno koja dovode do apsurdnih rezultata primjene norme, rezultata ili učinaka njezine primjene, logičke ili paralogičke apsurdnosti, ili pak praktične ili etičke apsurdnosti.<sup>83</sup> Uporište je tog argumenta u pretpostavci da pravo ne sadrži apsurdne norme baš zato što pretpostavlja „razboritost zakonodavca“.<sup>84</sup> Taj je argument spojiv i s drugim argumentima, oosbito teleološkim i argumentom pravičnosti.<sup>85</sup>

## **2.9. Teleološki argument (pretpostavka o ciljevima vođenom zakonodavcu, ciljni argument)**

Riječ je o argumentu prema kojemu nekom normativnom iskazu treba pridati ono značenje koje odgovara (ili otkloniti ono koje ne odgovara) pravom cilju zakona, koji je izražen dokumentom kojemu dotični iskaz pripada.<sup>86</sup> Važno je napomenuti kako, za razliku od psihološkog argumenta, ovdje cilj nije promatrati volju konkretnog zakonodavca, već ciljeve zakonodavca kao apstraktnog entiteta, polazeći od teksta zakona, ciljeva ili interesa koje pravo štiti,<sup>87</sup> što se u teoriji naziva razlikom između subjektivnih i objektivnih ciljeva.<sup>88, 89</sup> Upotrebom tog interesno-ciljnog argumenta pokušat će se, dakle, zaštititi neki interesi ili vrijednosti čija je zaštita jedini ili neki od ciljeva odredbe ili dokumenta čije se tumačenje obavlja<sup>90</sup> Osim toga, upotreba teleološkog

---

<sup>81</sup> Connelly, A. M., *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1986, 35(3), 567–593, str. 592–593, preuzeto s: <https://www.jstor.org/stable/759770> (26. 2. 2023.).

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 66.

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>85</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Subjektivni teleološki argumenti bili bi oni u korist tumačenja koje je u skladu sa shvaćanjem u vrijeme donošenja određenog dokumenta, dok bi objektivni u obzir uzimao trenutačne interese i potrebe društva. Zanimljivo je spomenuti i teoretsko razlikovanje sociološkog i pravno-filozofskog pristupa teleološkoj interpretaciji. Prema sociološkom pristupu, teleološka metoda promatra povijesno utemeljena shvaćanja zakonodavca i s obzirom na shvaćanja i interese u vrijeme u kojemu se tumačenje odvija, dok drugi pristup tvrdi kako je pravno pravilo odraz pravnih vrijednosti unutar pravnog poretka.

<sup>89</sup> Harašić, Ž., *More about teleological argumentation in law*, *Pravni vjesnik*, 2015, 31 (3–4), 23–50, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/155851> (8. 11. 2022.).

<sup>90</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 72.

argumenta česta je i kada se želi proširiti značenje normativnih odredaba kako bi odgovarale aktualnim potrebama društva<sup>91</sup>[OB]

U literaturi se tako spominje tumačenjska doktrina sagledavanja cilja i svrhe Konvencije. Povezanost teleološkog argumenta s tom je doktrinom očita s obzirom na to da se i njihovi opisi ne razlikuju. Bit je teleološkog argumenta prilikom tumačenja odredaba imati na umu njihove ciljeve i svrhu, kao i cilj i svrhu cijelog dokumenta, pa se i kod tumačenja Konvencije kao dokumenta pribjegava tim pravilima.

### **2.10. Argument ekonomičnosti (pretpostavka o nezaliosnom (neredundantnom) zakonodavcu)**

Ovim se argumentom isključuje pridavanje onoga značenja normativnom iskazu koje se već pridaje drugom normativnom iskazu, a koji je u odnosu na prvi nastao prije, hijerarhijski je viši ili općenitiji, a sve kako rezultat tumačenja ne bi bio stvaranje jednog suvišnog normativnog iskaza.<sup>92</sup> Na taj se argument u našoj pravnoj kulturi može pozvati samo u odnosu na iskaze koji potječu iz istog formalnog izvora, a ne u odnosu na one koji potječu iz različitih formalnih izvora, posebice kada među njima postoji odnos hijerarhije.<sup>93</sup>

### **2.11. Argument autoriteta (*ab exemplo*)**

Onaj tko primijeni argument autoriteta, normativnom će iskazu pridati ono značenje koje mu je netko već pridao, i to samo zbog toga.<sup>94</sup> Osim što će se primjenom tog argumenta prilikom tumačenja u obzir uzimati shvaćanja drugih tijela, suci će se, kako upozorava Visković, prilikom stvaranja svojih konkretnih pravnih akata nerijetko ugledati i na prethodna tumačenja iz sudske prakse.<sup>95</sup> Takvo tumačenje u velikoj mjeri podsjeća na argument pravnog (sudskog) precedenta, koji je Perelman smatrao argumentom autoriteta u širem smislu.<sup>96</sup> Međutim, treba imati na umu da će se takvo pozivanje na precedent moći smatrati argumentom autoriteta samo onda kada on ne predstavlja formalni izvor prava, tj. kada ne postoji pravna obveza za njegovu primjenu.<sup>97</sup> Tako će se u analizi primjenom argumenta autoriteta smatrati neobvezno pozivanje Suda na gotove produkte tumačenja kako drugih tijela tako i iz svoje prakse. Iako će Sud u potonjim situacijama naglašavati doktrinu sagledavanja prakse Suda, svrha tog pozivanja ne razlikuje se od svrhe primjene argumenta autoriteta u širem smislu.

---

<sup>91</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 74.

<sup>92</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 69.

<sup>93</sup> *Ibid.*, §§ 70.-71.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>95</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 78.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 73.

Prema Tarellovu mišljenju, može se govoriti i o jednoj podvrsti toga argumenta – poredbenom argumentu, koji služi da se jednom zakonskom iskazu prida ono normativno značenje za koje se drži da je značenje normativnih iskaza nekog drugog pravnog poretka.<sup>98</sup> Tarello navodi kako je razlog takve primjene često kulturna ovisnost i pitanje mogućnosti uniformizacije prava,<sup>99</sup> što je sigurno slučaj i onda kada pravne poretke ugovornica Sud sagledava naglašavajući tumačenje doktrinom utvrđivanja postojanja europskog konsenzusa.

## 2.12. Sustavni argument (pretpostavka o uređenom pravu)

U skladu s ovim argumentom nekom normativnom iskazu ili skupu normativnih iskaza međusobno povezanima upravo za potrebe sustavnog tumačenja treba pridati značenje propisano „pravim sustavom“<sup>100</sup> ili se ne smije pridati značenje koje je njime zapriječeno.<sup>101</sup> Ipak, Tarello napominje kako se ne može govoriti o „sustavnom argumentu“ u pravom smislu riječi, već o nizu argumenata koji osim imena nemaju mnogo toga zajedničkog.<sup>102</sup>

Redovito se upotrebom ovog argumenta smatra povezivanje koje tumač obavlja – po nekima se radi o povezivanju pravnih normi, po drugima pravnih pravila, po trećima pravnih propisa, a po nekima i pravnih odredaba.<sup>103</sup> Nesumnjivim slučajevima upotrebe ovog argumenta Harašić smatra situacije u kojima sudac argumentira „da se odredba x mora tumačiti povezano s odredbom y“, ili „da se odredba x povezuje s odredbom y“, ili „da se odredba x ne može tumačiti bez odredbe y“.<sup>104</sup>

U teoriji se razlikuju još tri podvrste ovoga argumenta – topografski (argument *sedes materiae*), argument terminološke ustaljenosti i sustavno-pojmovni argument. Ipak, u analizi se smatralo dovoljnim utvrditi upotrebu bilo koje od izloženih inačica te je jednostavno nazvati upotrebom sustavnog argumenta.

### 2.12.1. Topografski argument (argument *sedes materiae*)

Ovdje se pod „sustavom“ podrazumijeva zakonodavčev raspored normativnih iskaza, primjerice članaka, glava, naslova jednog zakonika, te se prema njemu iskazi trebaju tumačiti onako kako naznačuje njihov smještaj u „sustavu zakonika“.<sup>105</sup> Tome se

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>99</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>100</sup> Pod elementima pravnog sustava podrazumijevaju se pravne norme i pravna načela, skup općih i pojedinačnih pravnih normi koje čine jednu relativno neproturječnu i relativno potpunu cjelinu. [Iz: Harašić, Ž., *Dometi sistematskog tumačenja u pravu*, *op. cit.* (bilj. 3), str. 315, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/38207> (20. 10. 2022.).]

<sup>101</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 80.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 85.

<sup>104</sup> *Ibid.*, str. 88.

<sup>105</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 81.

argumentu prigovara činjenica ograničenosti njegova dosega mjerom u kojoj mjesto tumačene odredbe doista pruža informaciju o njezinoj materiji.<sup>106</sup>

### 2.12.2. Argument terminološke ustaljenosti

Prema ovome se smislu „sustava“ može utvrditi stroga korespondencija između normativnih pojmova i termina u iskazima zakona tako da se prilikom tumačenja, kada je značenje termina *T* izvjesno, to značenje terminu *T* mora pridati u svim iskazima u kojima se on pojavljuje.<sup>107</sup> Taj se argument ponekad upotrebljava u obrazlaganju i predlaganju korelacija tumačenja iskaza koji se pojavljuju u istom normativnom dokumentu ili u jednom istom njegovu dijelu.<sup>108</sup>

### 2.12.3. Sustavno-pojmovni (dogmatski) argument

Ovdje se o „sustavu“ govori kao o organskoj cjelini pravnih pojmova, koji se uobličavaju radi označavanja „dijelova prava“, „instituta“, „odnosa“, pri čemu je svaki od tih entiteta – u svakom pravnom poretku – predviđen vlastitim „načelima“.<sup>109</sup> Stoga normativnim iskazima treba pridati ona značenja na koja upućuje sustav pravnih „pojmovā“ i „načela“.<sup>110</sup> Taj argument često traži podršku drugih argumenata, bilo drugih inačica sustavnog argumenta (*sedes materiae* ili terminološke ustaljenosti) bilo nekih drugih, a naročito argumenta autoriteta.<sup>111</sup> S druge strane, upravo sustavno-pojmovni argument (u konkurenciji ili zajedno s teleološkim argumentom) daje podršku argumentima iz porodice analogije, tj. argumentu analogije i argumentu koji polazi od općih načela.<sup>112</sup>

## 2.13. Naturalistički argument (argument prirode stvari, pretpostavka nemoćnog zakonodavca)

Riječ je o shvaćanju prema kojemu društveni odnosi svoje uređenje nalaze u sebi samima, u svojoj prirodi, prirodi čovjeka, prirodi stvari.<sup>113</sup> Cilj je pridati ona značenja koja su u skladu ili bar nisu u suprotnosti s nekim od shvaćanja „prirode“.<sup>114</sup> Visković taj argument vidi, primjerice, u opravdanju nužne obrane, gdje je „prirodno“ braniti se silom od protupravnog napada ili procjenjivanju redovno potrebnog vremena da osobi ponuda

---

<sup>106</sup> Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 3), str. 324.

<sup>107</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 82.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*, § 83.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 86. Kao jedno od shvaćanja prirode naveden je i primjer prirode reguliranih odnosa. Upravo se ovdje može vidjeti prostor za govor o tumačenju u skladu s određenim vrijednostima koje se na području Europe smatraju „prirodnima“.



stigne i da je ona prouči.<sup>115</sup> Taj se argument nerijetko povezuje s drugim argumentima ili se u njih preoblači.<sup>116</sup>

#### 2.14. Argument pravičnosti

Argument pravičnosti služi tome da se, među različitim mogućim i kulturno dopustivim tumačenjima, osnaži ono koje manje odudara od mišljenja, koje sudac dijeli s društvom, o „dobrom“ ishodu primjene prava na konkretni slučaj, tj. služi izbjegavanju tumačenja i primjena prava koje se osjećaju kao „nepravedne“.<sup>117</sup> Tarello kao jednu od najlakših i najčešćih upotreba ovog argumenta spominje i situacije u kojima treba pridati značenje onim dokumentima u kojima se pojavljuju suprotstavljeni interesi, odnosno one situacije u kojima se on upotrebljava radi predlaganja ili obrazlaganja onog pridavanja značenja koje bolje ostvaruje „ravnotežu“ suprotstavljenih interesa.<sup>118</sup>

#### 2.15. Argument koji polazi od općih načela (*analogia iuris*)

Riječ je o argumentu koji se sastoji od obraćanja „općim pravnim načelima“ te se može koristiti ili za popunjavanje tzv. pravnih „praznina“ ili za odlučivanje o pridavanju značenja, obrazlaganje ili predlaganje pridavanja značenja normativnim iskazima.<sup>119</sup> Prema Guastinijevu mišljenju proizvodna varijanta ovoga argumenta upotrijebit će se onda kada ne postoji „precizna“ ili „izražena“ norma za rješavanje nekog spora, tj. kada postoji pravna praznina.<sup>120</sup> Nakon zaključivanja o postojanju pravne praznine tumač će posegnuti za nekim od načela kao oruđem za popunjavanje tih praznina.<sup>121</sup> Međutim, načela sama po sebi nisu prikladna dati rješenje za konkretne sporove, već zahtijevaju „konkretizaciju“, odnosno izvođenje neizraženog pravila iz tog načela.<sup>122</sup> S druge strane, kao tumačenjski argument argument koji polazi od općih načela dopustit će ono što Guastini zove „prilagođujućim“ tumačenjem.<sup>123</sup> Kada tumačenje neke odredbe dopušta više oprečnih značenja, takvim se tumačenjem odredbi pripisuje ono koje je u skladu s načelom od kojega tumač polazi.<sup>124</sup>

Za razumijevanje pojma općih načela valja objasniti pojam načela. Dakle, Guastini pravilo objašnjava kao pogodbeni iskaz koji povezuje neku pravnu posljedicu s neki razredom činjenica („Ako Č, onda P“).<sup>125</sup> S druge strane, tvrdi da je pojam načela složeniji i sporniji

---

<sup>115</sup> Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 80.

<sup>116</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 87.

<sup>117</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>119</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>120</sup> Guastini, R., *Tumačenje i argumentacija*, Naklada Breza, Zagreb, 2023., 2. dio, 5. poglavlje, 9. potpoglavlje.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 8. potpoglavlje.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 1. potpoglavlje.

te mu pretpostavlja dvije značajke: temeljni karakter i neodređenost.<sup>126</sup> Nadodaje kako je kod načela riječ o osobitoj neodređenosti, koja može poprimiti barem tri različita oblika – otvoreno činjenično stanje, otklonjivost i općenitost.<sup>127</sup> Razlikuje i objašnjava pojedine vrste načela, no na ovom je mjestu važno objasniti ona opća. Za Guastiniya su to načela koja pokrivaju čitav pravni poredak.<sup>128</sup> Uglavnom su ona istodobno i ustavna načela (primjerice, jednakost, osobna sloboda, zaštita prava i dr.), ali mogu biti i zakonskog ranga (zabrana retroaktivnosti, *lex posterior derogat legi priori* i dr.).<sup>129</sup>

### 3. UPOTREBA IZLOŽENIH ARGUMENATA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Cilj je ovoga rada pokazati da Sud u tumačenju Konvencije rabi i upravo izložene, tradicionalne tumačenjske argumente. Već je spomenuta polazna teza, prema kojoj će ih Sud rijetko rabiti izrijeckom, zbog čega je bilo važno prikazati njihove teorijske karakteristike. Ipak, usmjerenost daljnjeg teksta bit će na glavnom zadatku rada – pokazivanju da Sud u argumentaciji rabi i spomenute argumente, mjere u kojoj to radi, kao i najzanimljivijih primjera u kojima se o primjeni nekog argumenta zaključilo detaljnom analizom i njegova teorijskog poimanja i argumentacije Suda u konkretnom predmetu. Na ovom se mjestu može napomenuti i činjenica da su u analizi uočene upotrebe argumenata i u njihovu pozitivnom i negativnom obliku, tj. i za prihvaćanje onih značenja koja su u skladu s argumentom i za diskreditiranje onih koja nisu. Ova se razlika u daljnjem tekstu neće posebno naglašavati.

#### 3.1. Tablični prikaz upotreba argumenata

U ovom će poglavlju biti iznesena približna opažanja o broju presuda u kojima se može pronaći izričita ili prešutna upotreba pojedinih argumenata s Tarellova popisa te će ujedno biti prikazani neki od primjera takve upotrebe. Na ovom će mjestu dobiveni podaci biti prikazani u tablici radi lakšeg zaključivanja o njima. Dakako, prilikom njihova iščitavanja ne smiju se zanemariti izazovi zaključivanja o prešutnoj upotrebi argumenata te se mora naglasiti da je ovdje riječ o brojevima utvrđene upotrebe, tj. onoga što se u analizi time smatralo. Drugim riječima, kod prešutne upotrebe uvijek postoji mogućnost da nekada neka upotreba nije bila utvrđena ili da bi netko drugi argumentirao kako se ne radi o njoj. Unatoč tom izazovu dobiveni podaci potvrđuju tezu da je broj prešutne upotrebe tradicionalnih tumačenjskih argumenata u pravilu znatniji od njihove izričite upotrebe.

---

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 3. potpoglavlje.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 6. potpoglavlje.

<sup>129</sup> *Ibid.*

Također, valja napomenuti da povijesni argument i argument ekonomičnosti nisu uočeni ni u jednoj od analiziranih presuda, dok će upotreba svih ostalih biti prikazana u nastavku.

*Tablica 1.* Upotreba tumačenjskih argumenata u presudama Europskog suda za ljudska prava u slučajevima primjene čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

Argument	Izrijekom	Prešutno	Ukupno	Postotak uporabe u uzorku
<i>A contrario</i>	10	21	31	25,83 %
<i>A simili ad simile</i>	2	18	20	16,67 %
<i>A fortiori</i>	1	5	6	5,00 %
Potpunosti pravnog uređenja	0	11	11	9,17 %
Dosljednosti pravnog uređenja	0	2	2	1,67 %
Psihološki	1	2	3	2,50 %
Povijesni	0	0	0	0 %
Apagogički	0	12	12	10,00 %
Teleološki	21	17	38	31,67 %
Ekonomičnosti	0	0	0	0 %
Autoriteta	25	46	71	59,17 %
Sustavni	0	28	28	23,33 %
Naturalistički	2	11	13	10,83 %
Pravičnosti	29	7	36	30,00 %
Koji polazi od općih načela	0	1	1	0,83 %

### 3.2. Upotreba argumenta *a contrario*

Izričita je upotreba ovog argumenta, u obliku „vidi *a contrario*“ ili „vidi suprotno“, uočena u deset presuda.<sup>130</sup> Tako, primjerice, u predmetu *Szabó i Vissy protiv Mađarske*<sup>131</sup> stoji „vidi, *a contrario*, *Roman Zakharov protiv Rusije*“.<sup>132</sup> Sud je odbio primijeniti pravilo koje izvodi iz čl. 8., prema kojemu o zakonitosti nadzora telekomunikacija nekada može odlučivati i drugo tijelo ako se nakon usporedbe utvrdi da je ono dovoljno neovisno i kompetentnije za takvu procjenu nego što je to sud. Razlog nemogućnosti primjene norme u prvoj presudi jest nepostojanje predviđene sudske kontrole s kojom bi se kontrola nekog drugog tijela uopće uspoređivala, za razliku od druge presude, koja se postavlja kao suprotna i u kojoj je takva usporedba bila moguća. Dakle, u toj, kao i u svim drugim pronađenim izričitim upotrebama ovog argumenta, Sud upućuje na neki predmet iz svoje prakse, čije se okolnosti razlikuju od onoga pred njim, a zbog čega nije moguće primijeniti jednake standarde i argumentaciju.

O prešutnoj se pak upotrebi tog argumenta zaključilo u dvostruko više presuda.<sup>133</sup> Takva se upotreba za početak prepoznavala u situacijama kada Sud ne koristi sintagme „vidi *a contrario*“, „vidi suprotno“ ili druge, ali jednako tako upozorava na različitosti predmeta i nemogućnost jednakog odlučivanja u njima. Naprimjer, u *Johnston i drugi protiv Irske*<sup>134</sup> na podnositelja koji se žalio na nepostojanje prava na razvod općenito u Irskoj je primijenio generalno pravilo prema kojemu se ni čl. 8. ni čl. 12. ne mogu tumačiti na način da oni automatski jamče i pravo na razvod. U *Babiarz protiv Poljske*,<sup>135</sup> gdje se pak podnositelj žalio na nedopuštanje razvoda braka u njegovu konkretnom slučaju, Sud je rekao da ne može primijeniti takvo generalno pravilo, već pravila pomoću kojih odlučuje o kvaliteti nacionalnih zakonodavstava. U predmetima *Gaskin protiv Ujedinjenog*

<sup>130</sup> Osim u izdvojenoj i u presudama *Ahrens protiv Njemačke*, 24. rujna 2012., br. 45071/09, § 69., *Bistieva i drugi protiv Poljske*, 10. srpnja 2018., br. 75157/14, § 84., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24. travnja 2019., br. 43514/15, § 104., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 13. lipnja 2020., br. 45245/15, § 76., *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, 13. travnja 2009., br. 37048/04, § 123., *Iordachi i drugi protiv Moldavije*, 14. rujna 2009., br. 25198/02, § 48., *Mifsud protiv Malte*, 29. travnja 2019., br. 62257/15, § 76., *Rodina protiv Latvije*, 14. kolovoza 2020., br. 48534 i 19532/15, § 128., *R. M. S. protiv Španjolske*, 18. rujna 2013., br. 28775/12, § 84.

<sup>131</sup> *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, 6. lipnja 2016., br. 37138/14, § 76.

<sup>132</sup> *Roman Zakharov protiv Rusije*, 4. prosinca 2015., br. 47143/06.

<sup>133</sup> *A. B. protiv Nizozemske*, 29. siječnja 2002., br. 37328/97, § 82., *Aksu protiv Turske*, 15. ožujka 2012., br. 4149/04 i 41029/04, § 45., *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, 28. veljače 2018., br. 70838/13, § 58., *Babiarz protiv Poljske*, 10. travnja 2017., br. 1955/10, § 51., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), §§ 102.–103., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18. siječnja 2001., br. 27328/95, § 77., *Craxi protiv Italije*, 17. listopada 2003., br. 25337/94, § 58., *Evers protiv Njemačke*, 28. kolovoza 2020., br. 17895/14, § 54., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. srpnja 1989., br. 10454/83, § 41., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 81., *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 130), § 128., *Khuzhin i drugi protiv Rusije*, 23. siječnja 2009., br. 13470/02, § 117., *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 25. lipnja 1997., br. 20605/92, § 57., *Iliya Stefanov protiv Bugarske*, *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, 21. travnja 2016., br. 9908/11, § 184., 22. kolovoza 2008., app. n. 65755/01, § 35., *Michaud protiv Francuske*, 6. ožujka 2013., br. 12323/11, § 112., *Larkos protiv Cipra*, 18. veljače 1999., br. 29515/95, *Odièvre protiv Francuske*, 13. veljače 2003., br. 42326/98, § 43., *Resin protiv Rusije*, 18. ožujka 2019., br. 9348/14, § 32., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 113., *Schembri protiv Malte*, 19. rujna 2017., br. 66297/13, § 46., § 31.

<sup>134</sup> *Johnston i drugi protiv Irske*, 18. prosinca 1986., br. 9697/82.

<sup>135</sup> *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 51.

*Kraljevstva*<sup>136</sup> i *Mikulić protiv Hrvatske*,<sup>137</sup> u kojima su podnositelji htjeli saznati tko su im biološki roditelji, prihvatio je postojanje njihova prava na pristup dokumentaciji radi saznanja informacija o vlastitom privatnom životu zaštićenom čl. 8. U *Odièvre protiv Francuske*,<sup>138</sup> gdje je podnositeljica pak kroz dokumentaciju o posvojenju htjela ne samo saznati identitet već i locirati svoju biološku majku, Sud je utvrdio da pravo na pristup dokumentaciji ne postoji. U *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>139</sup> Sud je uspostavio pravila za procjenu proporcionalnosti zadiranja u pravo na privatnost čuvanjem osobnih podataka za nedužne osobe. U *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>140</sup> tako uspostavljena pravila odbija primijeniti jer se radi o podacima osuđenika. U predmetu *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>141</sup> Sud je u kontekstu povrede prava iz čl. 8. utvrđivao pravičnost konkretnog zakonodavstva prema kojem su homoseksualni odnosi predstavljali kazneno djelo. U *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>142</sup> upozorava da ne može jednako postupati i sagledavati pravičnost nacionalnog zakonodavstava u vezi s pravom iz čl. 8. apstraktno s obzirom na to da u ovom slučaju nije postojala direktna mjera ili politika kojom bi se neki životni stil kriminalizirao. U mnogim je predmetima Sud konstatirao da je u situaciji kada je riječ o fotografiji javne osobe moguće utvrditi postojanje javnog interesa za njezinu objavu. U *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*<sup>143</sup> utvrđuje da takav javni interes neće utvrđivati jer nije riječ o javnoj osobi. Na pokazanim se primjerima jasno može vidjeti da je uistinu riječ o argumentu suprotnom argumentu analogije,<sup>144</sup> kojim se odbija proširiti primjena pravnih pravila (u ovom slučaju u praksi formuliranih standarda zaštite) na situacije za koje ona nisu uspostavljena.

Tako su se u analizi upotrebom ovog argumenta smatrale i situacije u kojima Sud jednostavno sagledava pravno pravilo te ga odbija primijeniti jer se okolnosti predviđene njime razlikuju od okolnosti u konkretnom slučaju. Primjerice, u *Larkos protiv Cipra*<sup>145</sup> stoji da Sud prihvaća kako diskriminatorne mjere ponekad mogu biti opravdane javnim interesom, ali da njegovo postojanje u ovom predmetu nije bilo dokazano. U *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*<sup>146</sup> upozorava da bi uvjetovanje zaposlenja u javnom sektoru lojalnošću državi bilo opravdano, ali se u konkretnom slučaju radilo o zaposlenju u privatnom sektoru. Analizom se uočilo da Sud na takav način nerijetko tumači i nacionalno zakonodavstvo kako bi provjerio ima li neka aktivnost vlasti temelj u domaćim zakonima. Stoga, ako nešto nije bilo propisano, na temelju argumenta *a contrario* bit će zaključeno da to nije bilo dopušteno učiniti. Tako u *Antović i Mirković protiv Crne Gore*<sup>147</sup>

<sup>136</sup> *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133).

<sup>137</sup> *Mikulić protiv Hrvatske*, 4. rujna 2002., br. 53176/99.

<sup>138</sup> *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 43.

<sup>139</sup> *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. prosinca 2008., br. 30562/04 i 30566/04.

<sup>140</sup> *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 88.

<sup>141</sup> *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. listopada 1981., br. 7525/76.

<sup>142</sup> *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 77.

<sup>143</sup> *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 130), § 123.

<sup>144</sup> Tarello, G., op. cit. (bilj. 17), § 24. Riječ je o Tarellovu viđenju, koje se spominje kod objašnjenja argumenta analogije u tekstu gore.

<sup>145</sup> *Larkos protiv Cipra*, op. cit. (bilj. 133), § 31.

<sup>146</sup> *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, op. cit. (bilj. 133), § 184.

<sup>147</sup> *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 59.

Sud upozorava da je videonadzor po nacionalnom zakonodavstvu bio dopušten samo na ulasku u javne prostore, pod što se ne može podvesti predavaonica gdje se videonadzor odvijao. Radi se o očitom primjeru situacije u kojoj tumač primjenjuje argument *a contrario* i ne razmišljajući da ga primjenjuje, jednostavnim provjeravanjem je li situacija predviđena odredbom i odbijanjem njezine primjene kada to nije slučaj.

Naišlo se i na situacije u kojima Sud konstatira da okolnosti pred njim nisu predviđene relevantnom odredbom, a onda dodatno pojašnjava zašto njezinu primjenu odbija proširiti. Primjerice, u već citiranom predmetu *Gaughran*<sup>148</sup> Sud je napomenuo kako je prihvaćeno da držanje osobnih podataka na određeno vrijeme nije protivno zaštiti prava iz čl. 8. Dalje pak navodi kako je u konkretnom predmetu riječ o držanju osobnih podataka na neodređeno vrijeme te spomenutu dozvolu odbija proširiti na tu situaciju objašnjavajući da se čuvanje podataka i nakon što osoba umre može negativno odraziti na njezine potomke. U *Schembri protiv Malte*<sup>149</sup> Sud navodi kako pravo na obitelj iz čl. 8. pokriva situacije u kojima već postoji obitelj, potencijal za njezin nastanak, zajednička djeca, veza koja nalikuje braku ili sl. Zatim upozorava da ono ne štiti i situaciju iz konkretnog slučaja u kojoj postoji puka želja zasnivanja obitelji.

Jasna je upotreba ovog argumenta i u situacijama kada Sud primjenjuje odredbu koja samom svojom formulacijom upućuje na njegovu primjenu u obliku izraza „samo za“ ili „osim za“. Tako, primjerice, u *A. B. protiv Nizozemske*<sup>150</sup> Sud naglašava da miješanje u pravo na dopisivanje prema čl. 8. može biti opravdano samo ako su zadovoljeni uvjeti iz njegova drugog stavka, tj. da je miješanje u skladu sa zakonom, ima legitiman cilj i nužno je u demokratskom društvu.

### 3.3. Upotreba argumenta *a simili ad simile*

Za razliku od prethodnog argumenta na izričitu upotrebu argumenta *a simili ad simile* ili argumenta analogije naišlo se samo u dvije presude. U *Piechowicz protiv Poljske*<sup>151</sup> Sud upozorava na „važnost prava zatvorenika na komunikaciju sa svojim odvjetnikom na takav način da nitko od zatvorskih vlasti razgovor ne može čuti“. Dalje zaključuje da „analogno tome, isto mora vrijediti i za vlasti koje su uključene u postupak protiv njega“. U *Konstantin Markin protiv Rusije*<sup>152</sup> žene zaposlene u vojsci imale su pravo na roditeljski dopust, dok takvo pravilo nije vrijedilo i za muškarce. Sud argumentira o obvezi proširenja tog prava i na podnositelja navodeći da su muškarci, u pogledu prava na roditeljski dopust, u „analognom položaju“ sa ženama.

---

<sup>148</sup> *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 81.

<sup>149</sup> *Schembri protiv Malte*, op. cit. (bilj. 133), § 46.

<sup>150</sup> *A. B. protiv Nizozemske*, op. cit. (bilj. 133), § 82.

<sup>151</sup> *Piechowicz protiv Poljske*, 17. srpnja 2012., br. 20071/07, § 239.

<sup>152</sup> *Konstantin Markin protiv Rusije*, 22. ožujka 2012., br. 30078/06, § 132.

Zanimljivije je pak bilo primijetiti i prešutne upotrebe argumenta analogije, i to u 18 analiziranih presuda.<sup>153</sup> Jedna od njih opet jasno upućuje na suprotnost dosad izloženih argumenata, a riječ je o situacijama u kojima Sud odlučuje proširiti primjenu neke odredbe i na okolnosti koje nisu inicijalno obuhvaćene ili predviđene njome, tj. na koje se ona izričito ne odnosi. U *Aksu protiv Turske*<sup>154</sup> tako navodi da postojanje stereotipa o pojedincu može utjecati na osjećaje o vlastitoj vrijednosti i samopouzdanje pojedinca, pa tako i predstavljati povredu njegova prava na privatni život. Dalje zaključuje da i postojanje negativnih stereotipa o nekoj grupi može utjecati na osjećaje o vlastitoj vrijednosti i samopouzdanje članova te grupe, a onda i predstavljati povredu privatnog života pojedinca unutar te grupe. U *Vallianatos i drugi protiv Grčke*<sup>155</sup> u zaštiti obiteljskog života izjednačuje parove koji žive zajedno i one koji to iz bilo kojeg razloga ne mogu imajući u vidu da ta činjenica ne lišava njihov odnos stabilnosti koja je potrebna za uživanje prava iz čl. 8. U *Bykov protiv Rusije*<sup>156</sup> navodi potrebu proširenja primjene pravila i na radiodašiljač jer se, s obzirom na „prirodu i stupanj kojim se njime zadire u privatnost njegova uporaba ni po čemu ne razlikuje od prisluškivanja telefona“. Možda taj posljednji primjer najbolje pokazuje bit argumenta analogije, a to je uzeti u obzir *ratio* propisivanja nekog pravnog pravila te provjeriti vrijedi li ono i za slučaj na koji se njegova primjena želi proširiti.

Osim što to radi Sud svojom argumentacijom, nekada i sama odredba izričito ostavlja mjesto za proširenje njezine primjene, što predstavlja već objašnjenu analogiju *inter legem*. Njezino postojanje u čl. 14. Konvencije, u kojemu nakon nabrojenih povoda za diskriminaciju stoji „ili druga okolnost“, Sud je naglasio u predmetima *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>157</sup> te već citiranom predmetu *Aksu*.<sup>158</sup>

### 3.4. Upotreba argumenta *a fortiori*

Izričita upotreba ovog argumenta uočena je već u citiranoj presudi *Babiarz*,<sup>159</sup> u kojoj Sud argumentira da se čl. 8. ne može tumačiti na način da je njime zajamčeno pravo na razvod,

---

<sup>153</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 58., *Ahrens protiv Njemačke*, 24. rujna 2012., op. cit. (bilj. 130), § 58., *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 41., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Bykov protiv Rusije*, 10. ožujka 2009., br. 4378/02, § 79., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 31., *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 6. veljače 2013., br. 22341/09, § 44., *Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske*, 21. srpnja 2016., br. 46577/15, § 52., *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 130., *Malec protiv Poljske*, 28. rujna 2016., app. no 28623/12, § 66., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103., *Schembri protiv Malte*, op. cit. (bilj. 133), § 45., *Šerife Yiğit protiv Turske*, 2. studenog 2010., br. 3976/05, *Sõro protiv Estonije*, 3. prosinca 2015., br. 22588/08, *Sargsyan protiv Azerbajdžana*, 16. lipnja 2015., br. 40167/06, § 255., § 56., *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 131), § 80., *Uzun protiv Njemačke*, 2. prosinca 2010., br. 35623/05, § 43., § 94., *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, 7. studenog 2013., app. no 29381/09 i 32684/09, § 73.<sup>153</sup>

<sup>154</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>155</sup> *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, op. cit. (bilj. 153), § 73.

<sup>156</sup> *Bykov protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 153), § 79.

<sup>157</sup> *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 153), § 44.

<sup>158</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 44.

<sup>159</sup> *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 56.

a onda, *a fortiori*, ne može biti tumačen ni na način da se njime jamči pravo na pozitivan ishod u brakorazvodnom postupku.

Stoga su u analizi tražene i situacije u kojima Sud ne koristi izraz *a fortiori*, ali zaključuje o tome da neka situacija zaslužuje biti uređena na taj način tim više, značajnije ili iz još značajnijih razloga. Tako je prešutna upotreba ovog argumenta uočena u još pet presuda. U predmetu *Pla i Puncernau protiv Andore*<sup>160</sup> Sud navodi kako je u mnogim prilikama naglasio da je na prvom mjestu zadatak nacionalnih vlasti tumačiti i primjenjivati nacionalno zakonodavstvo. *A fortiori* zaključuje da je jednako pravilo „još više primjenjivo na privatne akte, kao što je oporuka“. U predmetu *Evers*<sup>161</sup> spominje pravilo prema kojemu zaštita obiteljskog života ne pokriva situacije u kojima jedna od osoba ne želi kontakt. *A fortiori* onda zaključuje da to pravilo vrijedi „još više u situaciji u kojoj je jedna osoba žrtva nasilja od strane druge osobe“.

Sud taj argument dodatno rabi i u njegovim oblicima zaključivanja od većeg prema manjem (*a maiori ad minus*) ili od manjeg prema većem (*a minori ad maius*). Primjerice, u *Antović i Mirković*<sup>162</sup> zaključuje da pravo na zaštitu privatnog života u sebi mora podrazumijevati i pravo na vođenje privatnog društvenog života. Ovdje se valja prisjetiti primjera iz prethodnog poglavlja, u kojemu se navodi takvo zaključivanje za poljoprivrednika koji, imajući pravo prvokupa na cijelom zemljištu, ima to pravo i na jednom njegovu dijelu. Dakle, Sud primjenjuje zaključivanje *a maiori ad minus*, prema kojemu propisana zaštita nekog većeg pojma neminovno obuhvaća i zaštitu manjih, koji se mogu smatrati obuhvaćenim njime. U predmetu *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>163</sup> zaključuje pak da je već samo prikupljanje osobnih podataka nedužne osobe predstavljalo povredu prava na privatnost, a da je tim više povredu predstavljalo njihovo nepravilno čuvanje. U *Konstantin Markin protiv Rusije*<sup>164</sup> navodi da je i samo neformalno ispitivanje podnositelja moglo predstavljati zabranjeno zastrašivanje, a kamoli ili to više njegovo formalno ispitivanje u kontekstu postupka u Strasbourgu. U navedenim je primjerima vidljiva upotreba drugog oblika argumenta *a fortiori*, kojim se zaključuje *a minori ad maius*, tj. ako je zabranjeno činiti manje, to više je zabranjeno činiti nešto više.

### 3.5. Upotreba argumenta potpunosti pravnog uređenja

Može se pretpostaviti da je ideja o potpunosti prava ono od čega tumač polazi prilikom svakog popunjavanja prava (*prima facie* pravnih praznina) upotrebom drugih argumenata. Ipak, takve situacije treba razlikovati od prešutne upotrebe toga argumenta kakva se u radu nastojala utvrditi. Evidentirane su, dakle, one situacije u kojima Sud u svojoj argumentaciji jasno otklanja tumačenja koja bi rezultirala pravnom prazninom te zaključuje da i *prima facie* neuređena situacija mora biti pravno kvalificirana. Dakako,

<sup>160</sup> *Pla i Puncernau protiv Andore*, 15. prosinca 2004., br. 69498/01, § 46.

<sup>161</sup> *Evers protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 133), § 54.

<sup>162</sup> *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, *op. cit.* (bilj. 133), § 41.

<sup>163</sup> *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 123.

<sup>164</sup> *Konstantin Markin protiv Rusije*, *op. cit.* (bilj. 152), § 159.



sljedeći će korak Sudu biti posezanje za drugim argumentima. Takva je argumentacija Suda utvrđena u 11 analiziranih presuda.<sup>165</sup> U predmetu *Konstantin Markin protiv Rusije*<sup>166</sup> Sud otklanja tumačenje Vlade prema kojemu bi pravo na roditeljski dopust ostalo pravno neuređeno, prepoznaje važnost reguliranja tog aspekta obiteljskog života te ga podvodi pod doseg zaštite čl. 8. U predmetu *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*<sup>167</sup> na isti način pod doseg zaštite čl. 8. podvodi pravo na pitku vodu. U *Sargsyan protiv Azerbajdžana*<sup>168</sup> upozorava da pozitivne obveze države u vezi s tim člankom ne mogu biti precizno definirane, ali da ih se može i treba odrediti pomoću nekih od primjenjivih načela.

### 3.6. Upotreba argumenta dosljednosti pravnog uređenja

Ni argument dosljednosti nije pronađen u izričitom obliku, međutim, pozivanjem na nemogućnost postojanja suprotnih normi smatrana je argumentacija iz predmeta *Aksu*<sup>169</sup> i *Jishkariani*.<sup>170</sup> Sud u njima navodi kako je već priznao postojanje margine diskrecije za države (prema kojoj one imaju slobodu same procijeniti na koji će način, tj. kojim mjerama, postići cilj konvencijske obveze), stoga ne može istovremeno postojati i njegova obveza da državama određuje na koji način, tj. kojim mjerama, da postignu cilj konvencijske obveze. Njegov zadatak treba shvatiti samo kao provjeru jesu li države potrebno na kraju i učinile.

### 3.7. Upotreba psihološkog argumenta

Izričita upotreba psihološkog argumenta u obliku pozivanja na volju autora uočena je u predmetu *Demopoulos i drugi protiv Turske*,<sup>171</sup> u kojemu Sud kaže da, unatoč potrebi dinamičke interpretacije izraza „dom“ iz čl. 8., u obzir treba uzeti i izvornu volju autora Konvencije.

U još dvama predmetima zaključeno je o prešutnoj upotrebi tog argumenta. U predmetu *Babiarz*<sup>172</sup> naglašava se da se ni čl. 8. ni čl. 12. ne mogu tumačiti kao da jamče pravo na razvod pojedincu, a pogotovo kad se uzmu u obzir pripremni radovi (*travaux préparatoires*) Konvencije, gdje se vidi namjera ugovornica da takvo pravo izričito bude

---

<sup>165</sup> *Ageyevy protiv Rusije*, 9. rujna 2013., br. 7075/10, § 219., *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 62., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Bor protiv Mađarske*, 18. rujna 2013., br. 50474/08, § 24., *Gnahoré protiv Francuske*, 17. siječnja 2001., br. 40031/98, § 52., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, 7. rujna 2020., br. 24816/14 i 25140/14, § 116., *Klass i drugi protiv Njemačke*, 6. rujna 1978., br. 5029/71, § 41., *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 130., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, 6. prosinca 2007., app. no. 39388/05, § 59., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Osman protiv Danske*, 14. rujna 2011., br. 38058/09, § 53.

<sup>166</sup> *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 130.

<sup>167</sup> *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116.

<sup>168</sup> *Sargsyan protiv Azerbajdžana*, op. cit. (bilj. 153), § 220.

<sup>169</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 65.

<sup>170</sup> *Jishkariani protiv Gruzije*, 20. prosinca 2018., br. 18925/09, § 45.

<sup>171</sup> *Demopoulos i drugi protiv Turske*, 1. ožujka 2010., br. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, § 136.

<sup>172</sup> *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 49.

isključeno. Dakle, premda je Sud ovdje izrijeком upotrijebio doktrinu sagledavanja pripremljenih radova Konvencije, može se reći da je u biti riječ o psihološkom argumentu. Taj primjer potvrđuje i Tarellovu tvrdnju iz prethodnog poglavlja, prema kojoj ovaj argument danas više služi za diskreditiranje onih tumačenja koja su očito suprotna volji tvorca zakona nego za podržavanje tumačenja koja su suglasna toj volji.<sup>173</sup> Upotrebom tog argumenta smatralo se i pozivanje na Preambulu Konvencije s obzirom na to da je u tom dijelu dokumenta izričito izražena namjera njezinih tvorca. Takvo je pozivanje Sud obavio u *Klass i drugi protiv Njemačke*,<sup>174</sup> gdje navodi kako u Preambuli stoji da su „temeljne slobode ... najbolje zaštićene istinskom političkom demokracijom s jedne strane te zajedničkim razumijevanjem i poštovanjem ljudskih prava o kojima te slobode ovise s druge strane“, a da to „u kontekstu čl. 8. znači obvezu uspostave ravnoteže između zaštite uživanja pojedinačnih prava zajamčenog prvim stavkom te nužnih ograničenja u svrhu zaštite demokratskog društva propisanih drugim stavkom“.

### 3.8. Upotreba povijesnog argumenta

Kao što je već spomenuto, upotreba povijesnog argumenta danas je općenito rjeđa, a u analiziranom uzorku nije pronađena nijedna takva upotreba.

### 3.9. Upotreba apagogičkog argumenta

Sud ni u jednoj presudi nije izričito spomenuo apagogički argument, no u analizi su njegovom upotrebom smatrana objašnjenja iz 12 presuda,<sup>175</sup> gdje Sud naglašava apsurdnu posljedicu primjene nekog tumačenja.

Već je napomenuto da se apsurdnost može sastojati u apsurdnoj posljedici ili učinku primjene nekog pravila. U predmetu *Gaughran*<sup>176</sup> Sud je tvrdio da bi prihvaćanje da države smiju zadržavati osobne podatke na neodređeno vrijeme bilo jednako kao opravdati pohranjivanje informacija o cijeloj populaciji i svim njihovim preminulim rođacima, što bi definitivno bilo „pretjerano i irelevantno“, a svakako i apsurdno. U predmetu *Rodina*<sup>177</sup> drži da se za objavu o nečijem privatnom životu mora pružiti opravdan razlog ili mogućnost doprinosa javnoj raspravi, a da bi se bez takvih kriterija javni interes sveo na puku „žed javnosti za informacijama o privatnom životu drugih,

---

<sup>173</sup> Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 58.

<sup>174</sup> *Klass i drugi protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 165), § 17.

<sup>175</sup> *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, *op. cit.* (bilj. 133), § 41., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, 7. listopada 2013., br. 1585/09, § 45., *Calogero Diana protiv Italije*, 21. listopada 1996., br. 15211/89, § 32., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 127., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 133), § 98., *Egil Einarsson protiv Islanda*, *op. cit.* (bilj. 153), § 36., *Evers protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 133), § 54., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 89., *Fishkariani protiv Gruzije*, *op. cit.* (bilj. 170), *Malec protiv Poljske*, *op. cit.* (bilj. 153), § 66., *Rodina protiv Latvije*, *op. cit.* (bilj. 130), § 126., § 62., *Z protiv Finske*, 25. veljače 1997., br. 22009/93, § 95.

<sup>176</sup> *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 89.

<sup>177</sup> *Rodina protiv Latvije*, *op. cit.* (bilj. 130), § 126.

senzacionalizmom ili čak voajerstvom“. U *Malec protiv Poljske*<sup>178</sup> upozorava na apsurdno tumačenje prema kojemu bi pravo na obitelj značilo obvezu države da popravljajući narušene odnose u njoj. U predmetu *Avilkina i drugi protiv Rusije*<sup>179</sup> nameće obvezu čuvanja privatnosti medicinskih podataka kao nužnu za očuvanje povjerenja pacijenata u medicinsku profesiju i zdravstvo. Kada bi Sud čl. 8. tumačio drukčije, odnosno kada ne bi uspostavio takvu obvezu, Sud upozorava da bi pojedinci mogli izbjegavati potražiti liječničku pomoć kada im je ona potrebna, a time i ugroziti svoje zdravlje. U predmetu *Chapman*<sup>180</sup> argumentirao je kako odbijanje nastanjivanja romske obitelji na zemlji na kojoj nije bilo mjesta nije predstavljalo povredu čl. 8. Prihvatiti takvo shvaćanje bilo bi, prema mišljenju Suda, jednako kao nametnuti obvezu državam ugovornicama da stvore dovoljno zemlje za nastanjivanje svih pripadnika romske manjine, što je, dakako, nemoguće i apsurdno.

### 3.10. Upotreba teleološkog argumenta

Izričitom upotrebom ovog argumenta smatrala su se tumačenja iz nešto više od 20 presuda, u kojima se Sud izričito poziva na cilj ili svrhu odredbe ili Konvencije.<sup>181</sup> Već je ovdje jasno da je u biti riječ o specifičnoj tumačenjskoj doktrini uzimanja u obzir cilja i svrhe Konvencije, koja se ni po čemu ne razlikuje od upotrebe teleološkog argumenta u ovom obliku. U *Aksu*<sup>182</sup> i drugim predmetima<sup>183</sup> Sud izričito govori o temeljnom cilju čl. 8., a to je zaštititi pojedince od arbitrarnog miješanja od strane javnih vlasti u uživanju prava zajamčenih njime. U predmetu *Avilkina*<sup>184</sup> izričito spominje svrhu Konvencije (štititi prava pojedinca od aktivnosti javnih vlasti) u smislu da se s obzirom na nju aktivnosti bolnice mogu smatrati odgovornošću države. U *D. L. protiv Bugarske*<sup>185</sup> govori da uređenje prema kojemu škola ima potpunu diskreciju u nadziranju učeničkog dopisivanja, bez propisanog trajanja i razloga za opravdanje, ne može biti spojivo sa svrhom čl. 8. U *Michaud protiv*

<sup>178</sup> *Malec protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 153), § 66.

<sup>179</sup> *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45.

<sup>180</sup> *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 98.

<sup>181</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 59., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *D. L. protiv Bugarske*, 17. listopada 2016., br. 7472/14, § 106., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 33., *Harroudj protiv Francuske*, 4. siječnja 2003., br. 43631/09, § 40., *Malec protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 153), § 66., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 95., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 68., *Michaud protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 102., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103., *Mifsud protiv Malte*, 29. travnja 2019., br. 62257/15, § 56., *Ageyevy protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 165), § 154., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 31., *Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 2019., br. 4755/16, § 87., *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, op. cit. (bilj. 175), § 123., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 53., *R. M. S. protiv Španjolske*, op. cit. (bilj. 130), § 69., *Şerife Yiğit protiv Turske*, op. cit. (bilj. 153), § 99., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 38., *Zorica Jovanović protiv Srbije*, 9. rujna 2013., br. 21794/08, § 69.

<sup>182</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 59.

<sup>183</sup> Primjera radi u *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 38., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103. i drugi.

<sup>184</sup> *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 31.

<sup>185</sup> *D. L. protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 183), § 106.

*Francuske*<sup>186</sup> upozorava da potpuno oslobađanje ugovornica od obveza koje imaju prema Konvenciji, u situacijama kada one izvršavaju svoje obveze u svojstvu članica drugih međunarodnih organizacija na koje su također prenijele dio suvereniteta, ne bi bilo u skladu sa svrhom i ciljem Konvencije.

O prešutnoj upotrebi ovog argumenta, bilo zbog smisla pozivanja na neki interes ili cilj ili pak zbog uzimanja u obzir dinamike društvenih odnosa koju autori nisu mogli predvidjeti, zaključilo se u nešto manje od četvrtine analiziranih presuda.<sup>187</sup> U *Khoroshenko*<sup>188</sup> Sud upozorava da uređenje i uvjeti u zatvoru za doživotnog zatvorenika moraju imati na umu cilj kazne zatvora, a to je da se osuđenik popravi te potencijalno zatraži prilagodbu svoje kazne. U predmetu *Klass*<sup>189</sup> Sud argumentira da se demokratska društva danas suočavaju sa sve većim prijetnjama špijunaže i terorizma i da upravo zbog toga države moraju imati mogućnost upotrebe sredstava nadzora na području svoje jurisdikcije. Stoga Sud mora prihvatiti postojanje nekog zakonodavstva koje dopušta tajni nadzor pošte, e-pošte i telekomunikacija kao nužan u demokratskom društvu te u interesu nacionalne sigurnosti i/ili sprječavanja zločina. U *Konstantin Markin*<sup>190</sup> zaključuje da u tumačenju ne može ignorirati širok i konstantan razvoj shvaćanja pitanja roditeljskog dopusta za oba roditelja te pravne promjene u većini država stranaka koje ih prate, kao i to da moderna europska društva izjednačavaju roditeljske dužnosti u odgoju djece za žene i muškarce. U predmetu *Chapman*<sup>191</sup> navodi da, s obzirom na to da je Konvencija sustav kojemu je zadaća štiti ljudska prava, Sud u obzir mora uzimati promjene koje se događaju u državama strankama.

### 3.11. Upotreba argumenta ekonomičnosti

Kao što je već napomenuto, u analiziranom uzorku upotreba argumenta ekonomičnosti, bilo izrijeком bilo prešutno, nije utvrđena.

### 3.12. Upotreba argumenta autoriteta

Kao što je napomenuto u teorijskom prikazu ovog argumenta, u analizi se upotrebom ovog argumenta u užem smislu smatralo pozivanje na gotov produkt tumačenja nekog drugog

<sup>186</sup> *Michaud protiv Francuske, op. cit. (bilj. 133), § 102.*

<sup>187</sup> *Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 44., Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 177), § 31., Bor protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 165), § 24., Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 70., D. L. protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 183), § 104., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 30., Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 130), § 122., Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 153), § 50., Kaboğlu i Oran protiv Turske, 18. ožujka 2019., br. 1759/08, 50766/10 i 50782/10, § 66., Khoroshenko protiv Rusije, 30. lipnja 2015., app. no. 41418/04, § 122., Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 48., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 56., Rodina protiv Latvije, op. cit. (bilj. 130), § 110., Şerife Yiğit protiv Turske, op. cit. (bilj. 153), § 93., Z protiv Finske, op. cit. (bilj. 177), § 95., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 147., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 62.*

<sup>188</sup> *Khoroshenko protiv Rusije, op. cit. (bilj. 187), § 122.*

<sup>189</sup> *Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 48.*

<sup>190</sup> *Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 140.*

<sup>191</sup> *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 70.*

tijela. U širem smislu upotrebom ovog argumenta smatrana je upotreba argumenta precedenta, odnosno pozivanje na produkt tumačenja iz vlastite prakse, koja za Sud ne predstavlja obvezni izvor prava. Posljednje se upotrebom argumenta autoriteta smatralo i upotrebu poredbenog argumenta kao njegove podvrste, tj. tumačenje u skladu s pravnim porecima država ugovornica.

Upotrebom argumenta autoriteta u užem smislu smatralo se pozivanje Suda na shvaćanja drugih tijela, primjerice na shvaćanje Međuameričkog suda za ljudska prava i Međuameričke komisije za ljudska prava u predmetu *Khoroshenko*,<sup>192</sup> prema kojemu minimalna razina komunikacije s vlastitom obitelji mora biti dopuštena jednako zatvorenima koji služe doživotnu kaznu i onima koji služe kakvu drugu kaznu zatvora. U predmetu *Aksu*<sup>193</sup> Sud se poziva na zaključke Europske komisije protiv rasizma i netolerancije, prema kojima vlasti imaju zadatak boriti se protiv negativnih stereotipa o Romima. U *Szabó i Vissy*<sup>194</sup> vodi se konstatacijama Suda Europske unije o važnosti uspostave adekvatnog zakonodavstva, po kojemu vlasti neće moći pretjerano iskorištavati sve uspješnije tehničke mogućnosti zadiranja u privatnost građana.

Izričita primjena argumenta autoriteta u obliku argumenta precedenta može se uočiti u najmanje 25 presuda,<sup>195</sup> primjera radi u *Aksu*,<sup>196</sup> *Jishkariani*,<sup>197</sup> *Khoroshenko*,<sup>198</sup> *S. i Marper*<sup>199</sup> i *Odièvre*.<sup>200</sup> U svakom od tih predmeta Sud se izričito poziva na svoju presudu ili više njih formulacijom „vidi, između mnogih drugih autoriteta“. Tako Sud upućuje na cijelu argumentaciju i već obavljeno tumačenje iz nekoga predmeta, što mu daje temelj da jednako odluči i u onome pred njim. Cilj je takva pozivanja jednostavno primijeniti neko tumačenje koje se već jednom primijenilo i primijeniti ga samo zbog toga.

<sup>192</sup> *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 143.

<sup>193</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 75.

<sup>194</sup> *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 131), § 68.

<sup>195</sup> *Ageyevy protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 165), § 119., *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 43., *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, op. cit. (bilj. 175), § 123., *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 29. rujna 1996., br. 20348/92, § 59., *Calogero Diana protiv Italije*, op. cit. (bilj. 175), § 32., *Craxi protiv Italije*, op. cit. (bilj. 133), § 57., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 70., *D. L. protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 183), § 105., *Golovan protiv Ukrajine*, 5. listopada 2012., br. 41716, § 61., *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., br. 11105/84, § 28., *Idalov protiv Rusije*, 22. svibnja 2012., app no. 5826/03, § 200., *Iliya Stefanov protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 133), § 48., *Iordachi i drugi protiv Moldavije*, op. cit. (bilj. 130), § 37., *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (bilj. 183), § 68., *López Ostra protiv Španjolske*, 9. prosinca 1994., br. 16798/90, § 55., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 66., *Michaud protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 51., *Nusret Kaya i drugi protiv Turske*, 8. rujna 2014., br. 32750/06, 43572/06, 32054/08, 37753/08 i 600915/08, § 38., *Rinau protiv Litve*, 14. svibnja 2020., br. 10926/09, § 185., *Robathin protiv Austrije*, 3. listopada 2012., br. 30457/06, § 40., *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, 22. lipnja 2018., br. 11308/16 i 11344/16, § 84., *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, op. cit. (bilj. 153), § 72., *Yefimenko protiv Rusije*, 8. srpnja 2013., br. 152/04, § 138., *Winterstein i drugi protiv Francuske*, 17. listopada 2013., br. 27013/07, § 76.

<sup>196</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 43.

<sup>197</sup> *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 48.

<sup>198</sup> *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 121.

<sup>199</sup> *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 66.

<sup>200</sup> *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 44.

U još nekim presudama naišlo se na situacije u kojima Sud ne upotrebljava izriječom izraz „autoritet“, ali se po smislu može zaključiti o tumačenju temeljenom na tom argumentu. Tako Sud argument autoriteta nekada upotrebljava tako da se ne pozove na određenu presudu i cijelu argumentaciju u njoj, već da točno izdvoji tumačenje nekoga pitanja kako bi taj produkt tumačenja mogao primijeniti i u konkretnoj situaciji. Primjerice, u *Antović i Mirković*<sup>201</sup> kaže da su relevantna načela koja će primijeniti „uspostavljena u *Niemietz protiv Njemačke*“<sup>202</sup> ili da je Sud već u presudi *Bărbulescu protiv Rumunjske*<sup>203</sup> prihvatio da privatni život može uključivati i profesionalne aktivnosti i aktivnosti u javnom kontekstu. U *Jishkariani*<sup>204</sup> tvrdi da je Sud već uspostavio relevantne kriterije za uspostavu ravnoteže između privatnog života i slobode govora koje odlučuje primijeniti i u konkretnom predmetu. U *Khoroshenko*<sup>205</sup> se poziva na tumačenje Suda prema kojemu svi oblici zatvaranja u samicu bez odgovarajuće mentalne i fizičke stimulacije imaju štetne učinke. Dakle, riječ je o situacijama u kojima Sud ne vidi potrebu za dodatnim razjašnjavanjem neke tvrdnje doli činjenice da je Sud već jednom tako odlučio. Poziva se na gotov produkt tumačenja i legitimitet takve tvrdnje proizlazi iz autoriteta Suda.

Kao što je u tekstu gore objašnjeno, postoji i još jedan oblik argumenta autoriteta – poredbeni argument. Sud je praksu država sagledavao, primjerice, u predmetu *Avilkina*,<sup>206</sup> kada je odlučio ići u smjeru veće zaštite povjerljivosti zdravstvenih podataka jer je to ključno načelo svih pravnih poredaka država stranaka. Razlog smatranja ovoga zaključka poredbenim argumentom jest to što se Sud pri tumačenju vodio onim kako se određeni koncept tumači u drugom pravnom poretku, točnije u pravnim porecima država ugovornica. U predmetu *Khoroshenko*<sup>207</sup> Sud izričito uzima kako su posjeti zatvorenika u doživotnoj kazni zatvora uređeni i uslijed toga što rusko uređenje nije u skladu s tim zaključuje o povredi prava iz čl. 8. U predmetu *S. i Marper*<sup>208</sup> naglašava da će uzeti u obzir da većina drugih stranaka primjenjuje pravilo prema kojemu zadržavanje podataka treba biti proporcionalno svrsi zadržavanja i vremenski ograničeno.

Ovdje valja napomenuti i druge predmete u kojima je uočeno sagledavanje poredaka država ugovornica, ali uz izričito naglašavanje primjene doktrine europskog konsenzusa. Tako u predmetima *Konstantin Markin*,<sup>209</sup> *Gaughran*,<sup>210</sup> *Khoroshenko*,<sup>211</sup> *S. i Marper*,<sup>212</sup>

---

<sup>201</sup> *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 40.

<sup>202</sup> *Niemietz protiv Njemačke*, 16. prosinca 1992., br. 13710/88.

<sup>203</sup> *Bărbulescu protiv Rumunjske*, 5. rujna 2017., br. 61496/08.

<sup>204</sup> *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 46.

<sup>205</sup> *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 140.

<sup>206</sup> *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45.

<sup>207</sup> *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), §§ 132.–135.

<sup>208</sup> *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), §§ 105.–108.

<sup>209</sup> *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 99.

<sup>210</sup> *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 77.

<sup>211</sup> *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 120.

<sup>212</sup> *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 102.

Ahrens protiv Njemačke,<sup>213</sup> Bistieva i drugi protiv Poljske,<sup>214</sup> Harroudj<sup>215</sup> te Vallianatos<sup>216</sup> Sud provjerava postojanje konsenzusa među ugovornicama u tumačenju nekog pitanja, no provjeru obavlja sagledavanjem nacionalnih zakonodavstava, što se ni po čemu ne razlikuje od upotrebe poredbenog argumenta. Prešutna je upotreba tog argumenta, na bilo koji od izloženih načina, utvrđena u 46 analiziranih predmeta.<sup>217</sup>

### 3.13. Upotreba sustavnog argumenta

Premda nije pronađeno izričito naglašavanje upotrebe sustavnog argumenta, u nešto manje od četvrtine presuda pronađena je njegova prešutna upotreba.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> Ahrens protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 130), § 68.

<sup>214</sup> Bistieva i drugi protiv Poljske, op. cit. (bilj. 130), § 78.

<sup>215</sup> Harroudj protiv Francuske, op. cit. (bilj. 181), § 44.

<sup>216</sup> Vallianatos protiv Grčke, op. cit. (bilj. 153), § 91.

<sup>217</sup> Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 177), § 45., Ahrens protiv Njemačke, 24. rujna 2012., br. 45071/09, § 58., Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 71., Antović i Mirković protiv Crne Gore, op. cit. (bilj. 133), § 40., Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 181), § 95., Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške, op. cit. (bilj. 175), § 123., Bistieva i drugi protiv Poljske, op. cit. (bilj. 130), § 78., Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 195), § 54., Bykov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 153), § 93., Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 130), § 98., D. L. protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 183), § 105., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 36., Fröhlich protiv Njemačke, 26. listopada 2018., br. 16112/15, § 57., Funke protiv Francuske, 25. veljače 1993., br. 10828/84, § 55., Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 42., Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 130), § 76., Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 44., Harroudj protiv Francuske, op. cit. (bilj. 181), § 42., Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit. (bilj. 165), § 112., Huvig protiv Francuske, op. cit. (bilj. 195), § 28., Idalov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 195), § 197., Iliya Stefanov protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 133), § 34., Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 153), § 53., Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije, op. cit. (bilj. 133), § 182., Jishkariani protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 170), § 46., K. H. i drugi protiv Slovačke, 6. studenog 2009., br. 32881/04, § 46., Kaboğlu i Oran protiv Turske, op. cit. (bilj. 187), § 65., Khoroshenko protiv Rusije, op. cit. (bilj. 187), § 121., Khuzhin i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 133), § 115., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 148., M. S. protiv Švedske, 27. kolovoza 1997., br. 74/1996/693/885, § 41., Maumousseau i Washington protiv Francuske, op. cit. (bilj. 165), § 60., McLeod protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 23. rujna 1998, br. 72/1997/856/1065, § 52., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 54., Odièvre protiv Francuske, op. cit. (bilj. 133), § 42., Petri Sallinen i drugi protiv Finske, op. cit. (bilj. 174), § 77., R. E. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 27. siječnja 2016., br. 62498/11, § 123., Resin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 133), § 22., Rinau protiv Litve, op. cit. (bilj. 197), § 194., Sõro protiv Estonije, op. cit. (bilj. 153), § 59., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 56., Uzun protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 153), § 62., Valenzuela Contreras protiv Španjolske, 30. srpnja 1998., br. 58/1997/842/1048, § 46., Vallianatos i drugi protiv Grčke, op. cit. (bilj. 153), § 91., Z protiv Finske, op. cit. (bilj. 177), § 95.

<sup>218</sup> Ahrens protiv Njemačke, 24. rujna 2012., op. cit. (bilj. 130), § 90., Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 63., Al-Nashif protiv Bugarske, 20. rujna 2002., br. 50963/99, § 119., Babiarz protiv Poljske, op. cit. (bilj. 133), § 58., Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 181), § 88., Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške, op. cit. (bilj. 175), § 123., Bykov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 153), § 76., Calogero Diana protiv Italije, op. cit. (bilj. 175), § 33., Craxi protiv Italije, op. cit. (bilj. 133), § 64., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 34., Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 130), § 122., Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 153), § 42., Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit. (bilj. 165), § 111., Kaboğlu i Oran protiv Turske, op. cit. (bilj. 187), § 50., Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 55., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 129., Messina protiv Italije, 28. prosinca 2000., br. 25498/94, § 61., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 71., Prokopovich protiv Rusije, 18. veljače 2005., br. 58225/00, § 36., Rinau protiv Litve, op. cit. (bilj. 197), § 152., Sargsyan protiv Azerbajdžana, op. cit. (bilj. 153), § 253., Schembri protiv Malte, op. cit. (bilj. 133), § 49., Şerife Yiğit protiv Turske, op. cit. (bilj. 153), § 99., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 65., Tlapak i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 197), 79.

Sustavnim argumentom u analizi se smatrala argumentacija Suda iz predmeta *Klass*,<sup>219</sup> u kojoj naglašava vladavinu prava kao temeljno načelo demokratskih društava, koje je izričito naglašeno u Preambuli Konvencije te tako izvodi pravilo o tome da nadzor treba podlijegati sudskoj kontroli. Ta se argumentacija smatrala sustavnim argumentom upravo zato što Sud zaključak izvodi iz smještaja tog načela unutar Konvencije. Preambula dokumenta u pravilu predstavlja njegov dio u kojemu se nalaze osnovna načela koja se protežu kroz daljnji tekst i u velikoj ga mjeri određuju, a vladavina prava onda predstavlja načelo koje se smatra višom normom u skladu s kojom konvencijski tekst valja tumačiti.

Upotrebom tog argumenta smatralo se i obrazloženja iz predmeta *Petri Sallinen i drugi protiv Finske*<sup>220</sup> te *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*,<sup>221</sup> u kojima Sud u obzir uzima da izvorni izraz *domicile* na francuskom jeziku ima šire značenje nego izraz *home* u engleskom te se može proširiti, primjerice, na nečiji profesionalni ured. Dakle, smatra se da je riječ o sustavnom argumentu jer je Sud pokušao pronaći značenje koje je u skladu s konceptom unutar francuskog pravnog i jezičnog sustava.

Ipak, najveći je broj uočene upotrebe sustavnog argumenta u njegovu obliku povezivanja odredbi. Riječ je o situacijama kada Sud tvrdi da se neka odredba mora tumačiti u vezi s drugom odredbom, da se neka odredba ne može tumačiti bez uzimanja u obzir druge odredbe, ili u kojima naglašava da je odlučio temeljem neke odredbe, a u vezi s nekom drugom odredbom. Primjerice, u predmetu *Aksu*,<sup>222</sup> kao u mnogim drugima, naglašava da se u situacijama kad je do povrede prava pojedinca zajamčenih čl. 8. došlo zbog nečijeg uživanja prava na slobodu govora kod primjene čl. 8. mora uzeti u obzir i čl. 10. Konvencije. U *Kaboğlu i Oran*<sup>223</sup> kaže da će procjenjivati ozbiljnost tretmana i tako utvrđivati je li on predstavljao povredu prava iz čl. 2., 3. ili 8. Konvencije. U *Tlapak i drugi protiv Njemačke*<sup>224</sup> Sud paralelno tumači čl. 8. i 9. Konvencije te čl. 2. Protokola br. 1 kako bi zaključio o postojanju prava roditelja na komuniciranje i promoviranje vlastitih vjerskih uvjerenja u odgoju svoje djece.

### 3.14. Upotreba naturalističkog argumenta

Sud u predmetu *Piechowicz protiv Poljske*<sup>225</sup> tvrdi da po prirodi stvari posjeti djece ili maloljetnika općenito zatvoru zahtijevaju posebne mjere ovisno o njihovoj dobi i mogućim posljedicama na njihovo emocionalno stanje i dobrobit, ali i o osobi koju posjećuju. S obzirom na to, zaključuje, vlasti su trebale imati na umu da je podnositelj opasna osoba i tome prilagoditi ostvarivanje osobnih odnosa s njegovim sinom. U Al-

<sup>219</sup> *Klass i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 165), § 55.

<sup>220</sup> *Petri Sallinen i drugi protiv Finske*, 27. prosinca 2005., br. 50882/99, § 70.

<sup>221</sup> *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, 8. srpnja 2013., br. 24117/08, § 104.

<sup>222</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63.

<sup>223</sup> *Kaboğlu i Oran protiv Turske*, op. cit. (bilj. 187), § 50.

<sup>224</sup> *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 197), § 79.

<sup>225</sup> *Piechowicz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 151), § 221.



*Nashif protiv Bugarske*<sup>226</sup> stoji da su po prirodi stvari prijetnje nacionalnoj sigurnosti različitog karaktera i da ih je teško predvidjeti i unaprijed definirati. Ipak, zaključuje Sud, moraju postojati neke mjere kojima će se ostaviti diskrecija vlastima da postupe protiv njih. Ovdje se radi o primjerima iz dviju presuda u kojima se uočila izričita upotreba ovoga argumenta.

Međutim, u 11 analiziranih presuda pronađeni su i primjeri zaključivanja Suda po prirodi stvari, po nekom redovnom tijeku događaja, zdravorazumskom i općeprihvaćenom shvaćanju, bez naglašavanja da se radi o ovome argumentu.<sup>227</sup> U predmetu *Osman protiv Danske*<sup>228</sup> tvrdi da je briga roditelja o djetetu temeljni element prava obiteljskog života te je zato nužno i „normalno“ da roditelji imaju pravo odlučiti gdje će dijete stanovati. U već citiranom primjeru iz predmeta *Hudorovič*<sup>229</sup> argumentom prirode stvari proširuje doseg norme iz čl. 8. Naime, Sud u početku konstatira da čl. 8. ne jamči pravo na pitku vodu, međutim, nakon toga uzima u obzir da po prirodi stvari ljudi bez vode ne mogu preživjeti. Dugi period bez pristupa pitkoj vodi imat će, potpuno razumno, teške učinke na zdravlje i ljudsko dostojanstvo napadajući srž prava na privatni život i dom u smislu čl. 8. Stoga se može zaključiti da je neizbježna upotreba tog argumenta od strane Suda onda kada konstatira nešto što je prirodno ili normalno.

### 3.15. Upotreba argumenta pravičnosti

Sud je u gotovo četvrtini predmeta argument pravičnosti rabio pokušavajući uspostaviti pravednu ravnotežu između suprotstavljenih interesa, tj. na način koji je Tarello smatrao najlakšom upotrebom tog argumenta.<sup>230</sup> U *Aksu*<sup>231</sup> naglašava kako se kod povrede prava iz čl. 8. uživanjem prava iz čl. 10. treba postići pravedna ravnoteža između prava na

<sup>226</sup> *Al-Nashif protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 218), § 121.

<sup>227</sup> *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 43., *Craxi protiv Italije*, op. cit. (bilj. 133), § 63., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 37., *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 45., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116., *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, op. cit. (bilj. 133), § 187., *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 106., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 73., *Schembri protiv Malte*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 131), § 62.

<sup>228</sup> *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 73.

<sup>229</sup> *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116.

<sup>230</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Bistieva i drugi protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 130), § 78., *Bor protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 165), § 24., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 34., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 72., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 96., *Gnahoré protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 52., *Harroudj protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 181), § 70., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 140., *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 43., *K. H. i drugi protiv Slovačke*, op. cit. (bilj. 119), § 45., *Kaboğlu i Oran protiv Turske*, op. cit. (bilj. 187), § 70., *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 149., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 125., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 62., *McLeod protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 219), § 53., *Messina protiv Italije*, op. cit. (bilj. 220), § 73., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 53., *Paposhvili protiv Belgije*, 13. prosinca 2016., br. 41738/10, § 221., *Rinau protiv Litve*, op. cit. (bilj. 197), § 188., *R. M. S. protiv Španjolske*, op. cit. (bilj. 130), § 69., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103., *Şerife Yiğit protiv Turske*, op. cit. (bilj. 153), § 100., *Sommerfeld protiv Njemačke*, 8. srpnja 2003., br. 31871/96, § 64., *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 197), § 81.

<sup>231</sup> *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63.

privatnost i prava na slobodu govora, u *Avilkina*<sup>232</sup> naglašava da se treba naći pravedna ravnoteža između interesa pojedinca za povjerljivost medicinskih podataka i interesa za istraživanje i progon zločina te u predmetu *Mifsud protiv Malte*<sup>233</sup> između interesa jedne osobe da utvrdi očinstvo i interesa druge osobe da se ne podvrgava DNK testiranju.

Osim toga, upotrebom ovog argumenta smatrale su se i situacije iz nešto manje od 10 presuda u kojima Sud nastoji izbjeći očito nepravedna tumačenja ili njihove posljedice. U predmetu *Chapman*<sup>234</sup> Sud naglašava kako će u pravilu odbiti pružiti zaštitu onima koji se svjesno protuzakonito nastane na ekološki zaštićenom mjestu. Kada bi učinio drukčije, tvrdi Sud, ohrabrio bi nezakonita ponašanja i ugrozio uživanje prava na zdrav okoliš drugih ljudi. U *Hudorovič*<sup>235</sup> upozorava da države u kontekstu čl. 8. moraju ispraviti nepravednu nejednakost između većine društva i manjina u njemu, pa tako prilikom zadiranja u uživanje prava zajamčenih tim člankom u obzir moraju uzeti specifičnosti i potrebe manjina. U predmetu *Vallianatos*<sup>236</sup> Sud drži da države kod zaštite prava na obitelj na umu moraju imati razvoj društava i promjene u percepciji društvenih i građanskih pitanja i veza te prihvatiti da ne postoji samo jedan izbor načina na koji će netko živjeti svoj privatni život. Ovim tumačenjem Sud zabranjuje neopravdano isključivanje homoseksualnih parova iz zaštite prava na obiteljski život jer bi takvo uređenje rezultiralo diskriminacijom.

### 3.16. Upotreba argumenta koji polazi od općih načela

U analizi su se upotrebom ovog argumenta smatrale situacije u kojima je Sud odredbu čl. 8. shvatio kao odredbu kojom se izražava načelo, pa je na temelju njega izveo neizraženo pravilo (tj. upotrijebio taj argument u proizvodnom obliku), ali i situacije u kojima je Sud na temelju nekog općeg načela izabrao ono značenje čl. 8. koje je u skladu s njim (tj. upotrijebio taj argument u tumačenjskom obliku).

Tako u predmetu *Aksu*<sup>237</sup> Sud naglašava da je u podlozi čl. 8. zapravo načelo osobne autonomije. Dodaje, dakle, da se tumačenjem odredbe čl. 8. u skladu s tim načelom dolazi do zaključka prema kojemu su njome zaštićena i pojedinačna prava na fizički i društveni identitet.

## 4. ZAKLJUČAK

Cilj je ovoga rada bio prikazati argumentaciju Suda na način različit od onoga u svojoj proučenoj literaturi koja se bavi tom tematikom. Unutar uzorka u koji su uzeta obrazloženja odluka Suda o pravima iz čl. 8. iz 120 presuda kvalitativnom analizom

---

<sup>232</sup> *Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit.* (bilj. 177), § 45.

<sup>233</sup> *Mifsud protiv Malte, op. cit.* (bilj. 130), § 77.

<sup>234</sup> *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit.* (bilj. 133), § 102.

<sup>235</sup> *Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit.* (bilj. 165), § 142.

<sup>236</sup> *Vallianatos i drugi protiv Grčke, op. cit.* (bilj. 153), § 84.

<sup>237</sup> *Aksu protiv Turske, op. cit.* (bilj. 133), § 58.

sadržaja prepoznavana je argumentacija koja odgovara Tarellovu opisu jednog od 15 tradicionalnih tumačenjskih argumenata.

Najvažniji je zaključak ovoga rada da Sud prilikom tumačenja Konvencije i odlučivanja o ljudskim pravima ne upotrebljava samo specifične doktrine tumačenja koje je razvio u praksi već i tradicionalne tumačenjske argumente s Tarellova popisa. U radu se dokazala i teza prema kojoj je prešutna upotreba takvih argumenata generalno učestalija od izričite, premda takav zaključak nije vrijedio kod teleološkog argumenta i argumenta pravičnosti. Zanimljivo je primijetiti i da dobiveni podaci o upotrebama argumenata u analiziranim dijelovima presuda uvelike odgovaraju teoretskim konstatacijama o njihovoj upotrebi. Tako, primjerice, nije utvrđena nijedna upotreba povijesnog argumenta, za koji i u literaturi stoji da je u suvremenim prilikama „odbačen“, dok je uočeno pozivanje na volju tvorca primijenjeno kako bi se odlučilo o onom što se nije htjelo, a ne o onom što se htjelo. Valja spomenuti i da, osim povijesnog argumenta, nije pronađena upotreba ni argumenta ekonomičnosti, što i dalje znači da je Sud upotrebljavao čak 13 od 15 argumenata s Tarellova popisa. Najučestalija je upotreba argumenta autoriteta, zatim slijede teleološki argument, argument pravičnosti, argument *a contrario* te sustavni argument. Ne može se reći da je Sud neki argument upotrebljavao više ili manje ovisno o kojem je elementu (pravu) iz čl. 8. riječ, ali općenita je primjedba da su presude u kojima se raspravljalo o pravima na privatnost i obitelj daleko obrazloženije i argumentiranije. Važno je spomenuti i uočavanje mogućnosti zaključivanja o upotrebi tradicionalnih argumenata čak i u situacijama izričite upotrebe nekih od specifičnih doktrina, pa i ideju prema kojoj ih ne razlikuje ništa doli naziva.

Dakako, ograničenost istraživanja uvjetuje ograničenost zaključaka te nalazi do kojih se u ovome radu došlo ne mogu biti poopćeni. Oni vrijede za analizirane dijelove presuda, no smatra se da njihova konstrukcija ima potencijal razjasniti način rada najvažnijeg mehanizma zaštite ljudskih prava u Europi. Izlaganje prakse Suda na način koji je jednostavniji i nacionalnim sudovima bliži od onoga u ostatku literature pridonosi shvaćanju ovih iznimno važnih standarda u nacionalnim pravnim porecima kako u znanosti tako i u praksi. Osim toga, dokazivanjem da je i ovakva analiza tumačenja Konvencije moguća nudi se put za daljnja istraživanja, u kojima bi se mogli pronaći odgovori na određena pitanja koja ovaj rad otvara. Neka od njih bila bi pitanje sličnosti i ostalih specifičnih doktrina s tradicionalnim tumačenjskim argumentima, pitanja o važenju na ovom uzorku dobivenih zaključaka i na uzorku presuda o ostalim konvencijskim pravima, o pravilnosti pojave argumenata s obzirom na neka druga mjerila (kod apstraktnog, odnosno konkretnog tumačenja, u njihovu pozitivnom ili negativnom obliku) te brojna druga. Takvu bi analizu možda bilo korisno obaviti na opsežnijem uzorku, polazeći od u ovom radu konstruiranih zaključaka.

## **THE USE OF TRADITIONAL LEGAL ARGUMENTS TO JUSTIFY THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

*This paper presents an interpretation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the ECtHR, which differs entirely from the interpretation found in all the studied literature. Instead of singling out the specific interpretative doctrines developed in the case law of the Court, it can be seen that the Court also uses traditional interpretative arguments, as listed by Giovanni Tarello. The aim of proving that the Court, in interpreting and applying the Convention, uses arguments with a long history of use, which are also used by domestic courts when interpreting and applying national rules, is to discourage ideas about the arbitrariness of the interpretations of the Strasbourg Court, and to improve the understanding of them at national level. The work method consists of a qualitative content analysis, and the judgments have been selected by combining purposive and random sampling.*

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, interpretative doctrines, interpretative arguments, qualitative content analysis

**Ana Žagar**, LLM, legal trainee in the Joint Law Office, Sandra Marković, PhD, Sidonija Grbavac and Dino Gliha, PhD

# KRITERIJI VREDNOVANJA PRAVA U UDŽBENIKU D. HRABAR ET AL., OBITELJSKO PRAVO, NARODNE NOVINE, ZAGREB, 2021.

*Izvorni znanstveni rad*

UDK 340.115

34.06:311.01

347.6(497.5)(075.8)“2021“

Primljeno: 19. lipnja 2023.

Marko Ćušić\*

---

*U radu se raspravlja o upotrebi kriterija vrednovanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa u udžbeniku D. Hrabar et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021. Prvi dio rada opisuje istraživački problem, navode se ciljevi istraživanja, detaljno se opisuje korištena metoda kvalitativne analize sadržaja te se razrađuju teme, kategorije i potkategorije. U drugome se dijelu utvrđuje koji su kriteriji vrednovanja korišteni u udžbeniku, koja je učestalost njihova korištenja te jesu li izričito određeni u predmetnom udžbeniku. Zatim, utvrđuje se koji je omjer korištenih pravnih i izvanpravnih kriterija te u kojem omjeru ocjenu (vrednovanje) prava slijedi preporučivanje boljeg prava. U zaključku se raspravlja o rezultatima istraživanja te o važnosti provedenog istraživanja na području metodologije pravne znanosti.*

Ključne riječi: metodologija pravne znanosti; vrednujući cilj pravnoznanstvenog istraživanja; kriteriji vrednovanja; operacionalizacija; preporučivanje boljeg prava

---

## 1. UVOD

Suvremena inozemna metodološka literatura razlikuje sedam tipičnih ciljeva pravnoznanstvenog istraživanja: opisujući, klasificirajući, poredbeni, izgradnja teorije, objašnjavajući, vrednujući i preporučujući.<sup>1</sup> Tema je ovoga rada vrednujući cilj pravnoznanstvenog istraživanja (cilj vrednovanja ili ocjene pozitivnog prava). Vrednovanje prava jedna je od djelatnosti pravnih znanstvenika kojom se vrednuje postojeće pravo u cjelini ili pojedine njegove institucije s obzirom na određena gledišta.<sup>2</sup> Istraživački problem kriteriji su vrednovanja pozitivnog prava u sklopu vrednujućeg cilja pravnoznanstvenog istraživanja.

Teorijska važnost ovog istraživanja proizlazi iz činjenice da u hrvatskoj pravnoj literaturi postoje malobrojni radovi koji se bave metodologijom pravnoznanstvenih istraživanja. U postojećim radovima naglasak je na općenitim i filozofskim aspektima metodologije pravne znanosti, a manje na konkretnim uputama pravnim znanstvenicima kako da

---

\* Marko Ćušić, mag. iur., odvjetnički vježbenik u odvjetničkom društvu Gugić, Kovačić & Krivić

<sup>1</sup> Njihov broj i/ili odabir ovisi o samom istraživanju: temi, složenosti, raspoloživom vremenu istraživača i sl. Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, Intersentia, 2018, str. 9.

<sup>2</sup> Vidi Perić, B., *Struktura prava*, Zagreb, Informator, 1994, str. 180–181.

provode pravnoznanstvena istraživanja.<sup>3</sup> Po saznanju autora, nema domaće teorijske literature koja se bavi specifičnim pitanjima metodologije pravnoznanstvenog istraživanja, kao što je tema kriterija vrednovanja pozitivnog prava.

Praktična važnost isticanja metodologije u pravnoznanstvenim istraživanjima odražava se u sljedećem. Vidljiva metodologija umanjuje rizik subjektivnosti znanstvenika te doprinosi povećanju transparentnosti istraživanja.<sup>4</sup> Nadalje, izbor metodologije utječe na proces istraživanja i njegove rezultate.<sup>5</sup> Konačno, metodologija omogućava provjeru i ocjenu radova od strane drugih pravnih znanstvenika.<sup>6</sup> Kod metodologije vrednovanja prava svaka ocjena pozitivnopravnog uređenja mora biti utemeljena na kriterijima vrednovanja koji trebaju biti jasno navedeni i određeni kako bi se uspješno i kvalitetno ostvario vrednujući cilj pravnoznanstvenog istraživanja.<sup>7</sup> Stoga je praktična važnost ovog istraživanja u jačanju svijesti hrvatskih pravnih znanstvenika o važnosti metodološke utemeljenosti vrednovanja prava.

Od dosadašnjih spoznaja u području metodologije vrednujućih istraživanja prava vrijedi navesti uvide Line Kestemont iz knjige *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, koje sam zbog sustavnosti odabrao i kao teorijski okvir svojeg istraživanja, te uvide Luke Burazina i Svana Relca iz rada *Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu*.<sup>8</sup>

Prema Kestemont, vrednujući cilj pravnoznanstvenog istraživanja usmjeren je na ocjenu određenog pozitivnopravnog uređenja (pravnih propisa, sudske prakse, pravnih načela itd.).<sup>9</sup> Prije davanja preporuka poboljšanja određenog uređenja potrebno ga je ocijeniti na temelju kriterija vrednovanja.<sup>10</sup> Kriteriji vrednovanja ocjenjuju određeno uređenje kao pozitivno ili negativno,<sup>11</sup> primjerice postiže li određena norma očekivane učinke, rješava li probleme zbog kojih je donesena, povrjeđuje li se njezinom primjenom određena viša

---

<sup>3</sup> Od monografija hrvatskih pravnih znanstvenika u kojima se na općenitoj razini raspravlja o metodologiji pravne znanosti valja spomenuti Padjen, I., *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2015, te Vrban, D., *Metodologija prava i pravna tehnika*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2013.

<sup>4</sup> Duarte, D., *Legal Science: The Demarcation Problem and the Perimeter of "Good Science"*, u: Duarte, D., Lopes, P. M., Sampaio, J. S., Springer, Cham, 2019, str. 16.

<sup>5</sup> Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, str. 1–3.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Taekema, S. i Van der Burg, W., *Legal Philosophy as an Enrichment of Doctrinal Research – Part II: The Purposes of Including Legal Philosophy, Law and Method*, 2022, str. 14.

<sup>8</sup> Burazin, L. i Relac, S., *Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 72, 2022.

<sup>9</sup> Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, str. 60.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Pozitivne ocjene pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa nisu bile u fokusu istraživanja jer se na temelju izražene nakane kritiziranja u predgovoru predmetnog udžbenika očekivalo više negativnih ocjena. Rezultati istraživanja pokazali su da od ukupnog broja danih ocjena 3,4 % čine pozitivne ocjene pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa.

pravna norma i slično.<sup>12</sup> Kestemont razlikuje dvije kategorije kriterija vrednovanja na temelju kojih pravni znanstvenici redovito ocjenjuju pozitivnopravna uređenja: pravne (unutarnje) i izvanpravne (vanjske) kriterije.<sup>13</sup>

Pravni kriteriji odraz su sistematičnosti, koherentnosti i unutarnje logike pravnog sustava.<sup>14</sup> Primjeri pravnih kriterija mogu biti određenost pravnog uređenja, dosljednost pravnog uređenja, potpunost pravnog uređenja, vrijednosna suvislost pravnog uređenja, svrhovitost pravnog uređenja itd. Prema Kestemont, ocjena koja se temelji na pravnom kriteriju uvijek će biti pravnog karaktera jer je kriterij ocjene postavljen od strane pravnog sustava.<sup>15</sup>

Izvanpravni kriteriji ne izvode se iz pravnog sustava i rezultiraju ocjenom koja nije pravnog karaktera, kao što su, na primjer, ekonomičnost norme, društvena učinkovitost norme ili pravednost, psihološki utjecaj pravnog uređenja itd.<sup>16</sup> Kada pravni znanstvenici primjenjuju izvanpravne kriterije, potrebno im je znanje iz odnosnih akademskih disciplina.<sup>17</sup> Na primjer, psihološki utjecaj koji na dijete ostavlja određena odredba koja regulira posvajanje ne može se valjano ispitivati bez pratećeg adekvatnog istraživanja psihologa.<sup>18</sup> U tim slučajevima potrebno je provesti interdisciplinarna istraživanja.

Izbor kriterija vrednovanja, prema Kestemont, ovisi o nekoliko faktora, u prvom redu o pravnoj materiji koja se razmatra.<sup>19</sup> Na primjer, kriterij ekonomičnosti postupanja koristit će se više u procesnom nego u materijalnom pravu. Jednako tako, postojat će razlika između korištenih kriterija ovisno o grani prava. Naime, postojat će razlika između kriterija vrednovanja u obiteljskom pravu u odnosu na one korištene u kaznenom ili obveznom pravu. Zatim, određeni kriteriji mogu biti unaprijed uspostavljeni u zakonu, sudskoj praksi ili pravnoj doktrini.<sup>20</sup> Na primjer, načelo prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta jedno je od temeljnih načela navedenih u Obiteljskom zakonu.<sup>21</sup> Konačno, izbor kriterija može ovisiti o ispitivačevim pogledima na pojmove kao što su moralnost, solidarnost, ravnopravnost i sl. Oni su odraz ispitivačeve osobnosti, koja je pak rezultat njegova obrazovanja, nacionalnog pravnog sustava i kulture.<sup>22</sup>

Prema Kestemont, nakon izbora kriterija vrednovanja zadaća je pravnog znanstvenika da ih operacionalizira.<sup>23</sup> Operacionalizacija će stvoriti okvir ocjene pozitivnopravnog

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, str. 61.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Iako će i tu ponekad biti potrebno znanje iz drugih znanosti, npr. u slučaju provedbe socioloških istraživanja razumijevanje statistike i slično. *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20.

<sup>22</sup> Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, str. 62.

<sup>23</sup> *Ibid.*

uređenja.<sup>24</sup> Prvo, znanstvenici trebaju pojasniti značenje svakog od odabranih kriterija, odnosno odrediti njihov okvir i točno značenje unutar istraživačkog projekta.<sup>25</sup> Primjerice, prije ocjene određenog pravnog rješenja s aspekta načela vladavine prava potrebno je definirati taj kriterij. Drugo, znanstvenici moraju pokazati smjer u kojem će vrednovanje napredovati: na temelju kojih indikatora i zašto.<sup>26</sup> Kestemont navodi primjer ocjene prilagođenosti novog zakona pravnom sustavu koja uzima u obzir složenost prava kao negativan indikator prilagođenosti. U tom slučaju pravni znanstvenici trebaju objasniti zašto se složenost prava smatra negativnim indikatorom i do kojeg se stupnja složenost može smatrati prihvatljivom.<sup>27</sup> Konačno, treba odrediti težinu uzetih kriterija.<sup>28</sup> Primjerice, pravni znanstvenici mogu odrediti da prednost prilikom ocjene imaju pravni kriteriji u odnosu na izvanpravne, ali i obratno.<sup>29</sup> Nakon što su kriteriji operacionalizirani, pravni znanstvenici mogu davati prijedloge poboljšanja određenog uređenja.<sup>30</sup> Provedbom vrednujućeg cilja znanstvenog istraživanja postojeći problemi u pozitivnopravnom uređenju nisu samo spomenuti, već objašnjeni.<sup>31</sup>

Empirijsko istraživanje Luke Burazina i Svana Relca o shvaćanju pravne znanosti od strane hrvatskih pravnih znanstvenika u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu utvrdilo je u koliko se udžbenika izrijekom iskazuje odredba o pravnoznanstvenoj disciplini kojoj pripadaju ili pravnoj znanosti općenito te na koji su način određeni predmeti, ciljevi i metode odgovarajuće pravnoznanstvene discipline ili pravne znanosti općenito.<sup>32</sup> Istraživanje je pokazalo da se od ukupno 12 udžbenika koji izrijekom sadržavaju odredbu pravnoznanstvene discipline kojoj pripadaju (ili pravne znanosti općenito) u četiri udžbenika kao jedan od ciljeva pravnoznanstvene discipline (ili pravne znanosti općenito) određuje ocjena postojećeg prava.<sup>33</sup> Riječ je o udžbenicima obiteljskog prava,<sup>34</sup> kaznenog prava,<sup>35</sup> kaznenog procesnog prava<sup>36</sup> i trgovačkog prava.<sup>37</sup> S druge strane, u njih sedam kao jedan od ciljeva pravnoznanstvene discipline (ili pravne znanosti općenito) određuje se davanje preporuka o tumačenju i primjeni pravnih normi sucima (preporučivanje *de sententia ferenda*), a u njih 11 preporučivanje primjerenijih rješenja zakonodavcu (preporučivanje *de lege ferenda*).<sup>38</sup> S obzirom na to da je teško zamisliva metodološki utemeljena preporuka boljeg prava bez prethodne ocjene postojećeg prava,

---

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

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

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, str. 63.

<sup>29</sup> *Ibid.*

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

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

<sup>32</sup> Burazin, L. i Relac, S., Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, str. 1358.

<sup>33</sup> *Ibid.*, str. 1386 i 1387.

<sup>34</sup> *Ibid.*, str. 1370.

<sup>35</sup> *Ibid.*, str. 1372.

<sup>36</sup> *Ibid.*, str. 1374.

<sup>37</sup> *Ibid.*, str. 1379.

<sup>38</sup> *Ibid.*



može se pretpostaviti da se i u svim udžbenicima u kojima se ocjena prava ne navodi izrijeком kao cilj pravne znanosti, a u kojima se kao cilj pravne znanosti određuje davanje preporuka *de lege ferenda* i *de sententia ferenda*, ocjena prava vjerojatno podrazumijeva kao jedan od ciljeva istraživanja prava.<sup>39</sup>

Kada je riječ o navođenju kriterija na temelju kojih se vrednuje postojeće pravno uređenje, istraživanje je utvrdilo da se od četiri udžbenika koji navode ocjenu (kritiku) prava kao jedan od ciljeva pravne znanosti ti kriteriji izrijeком navode samo u udžbeniku kaznenog procesnog prava.<sup>40</sup> U preostala se tri udžbenika kriteriji vrednovanja ne spominju, ali autori smatraju da se može pretpostaviti da se kriteriji preporučivanja (navedeni u tim udžbenicima) u određenoj mjeri preklapaju s kriterijima ocjene postojećega pravnog uređenja.<sup>41</sup>

Empirijsko istraživanje Burazina i Relca utvrdilo je da su kriteriji vrednovanja pretežito zanemareni od strane pravnih znanstvenika u suvremenoj udžbeničkoj literaturi na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Budući da se pretpostavlja da se u većini udžbenika ocjena prava prešutno implicira kao jedan od ciljeva pravnoznanstvene discipline kojoj pripadaju (ili pravne znanosti općenito), ovo istraživanje nadovezuje se na njihovo s osnovnom zadaćom analize ostvarivanja istraživačkog cilja vrednovanja pozitivnog prava u suvremenoj udžbeničkoj literaturi obiteljskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Udžbenik obiteljskog prava odabran je kao predmet ovog istraživanja iz nekoliko razloga. Najprije, a s obzirom na iskustvo studiranja autora na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, odabirom udžbenika obiteljskog prava autor očekuje mogućnost prikaza većeg broja kriterija vrednovanja u odnosu na preostala dva udžbenika iz kaznenog prava i trgovačkog prava, u kojima je utvrđeno da se kriteriji vrednovanja jednako ne spominju (iako se ocjena postojećeg prava u njima navodi kao jedan od ciljeva pravne znanosti),<sup>42</sup> pa onda i mogućnost izvođenja određenih zaključaka iz njihove primjene. Naime, udžbenik obiteljskog prava napisan je nakon donošenja potpuno novog Obiteljskog zakona (Narodne novine 103/15 i 98/19), koji je stupio na snagu 1. studenoga 2015., a koji je sadržajno gotovo istovjetan Obiteljskom zakonu (Narodne novine 75/14) koji je Ustavni sud Republike Hrvatske privremeno suspendirao četiri mjeseca nakon njegova stupanja na snagu (U.I.3101/2014, Narodne novine 5/15). Novi Obiteljski zakon izazvao je brojne kontroverze u stručnoj i općoj javnosti, što je rezultiralo i znatnim brojem kritika (ocjena) i preporuka *de lege ferenda* u udžbeniku iz obiteljskog prava iz 2021. To se nagovještava u predgovoru udžbenika, u kojem urednica i jedna od autorica udžbenika Dubravka Hrabar navodi kako su osobitu teškoću analizi propisa predstavljali dijelovi novog Obiteljskog zakona "izmijenjeni na teško prihvatljiv način" te da je u udžbeniku na

<sup>39</sup> Ovaj zaključak nije iznesen u Burazinovu i Relčevu istraživanju jer je ono bilo ograničeno samo na izrijeком iskazane ciljeve pravne znanosti.

<sup>40</sup> *Ibid.*, str. 1374.

<sup>41</sup> *Ibid.*, str. 1389.

<sup>42</sup> *Ibid.* str. 42.

mnogim mjestima upozoravano "na pojedine nelogičnosti zakonskih rješenja i potrebne promjene *de lege ferenda*".<sup>43</sup> Također, u uvodnom poglavlju udžbenika, u kojem se raspravlja o izvorima obiteljskog prava, navodi se kako Obiteljski zakon iz 2015. godine "ne odražava osnovne nomotehničke zahtjeve razumljivosti i ustavnih zahtjeva za vladavinom prava".<sup>44</sup> Dodatno se ističe da je navedeni Zakon predmet ocjene ustavnosti na Ustavnom sudu Republike Hrvatske.<sup>45</sup> Drugi je razlog odabira ovog udžbenika kao predmeta analize to što se u njemu na jednom mjestu obrađuju sva glavna pitanja hrvatskog obiteljskopravnog uređenja i sve glave novog Obiteljskog zakona, čime se postiže jednaka zastupljenost i ujednačen način obrade svih tema obiteljskopravnog uređenja unutar istraživanja. Također, ovaj se udžbenik zbog broja relevantnih autora i sustavno izložene materije obiteljskog prava može smatrati karakterističnim primjerom znanstvenog rada iz područja hrvatskog obiteljskog prava. Konačno, kao što je prethodno spomenuto, rezultati istraživanja Burazina i Relca pokazali su da se, unatoč tome što se u udžbeniku obiteljskog prava kao jedan od ciljeva pravnoznanstvene discipline (ili pravne znanosti općenito) navodi ocjena (kritika) postojećeg zakonodavstva, kriteriji vrednovanja ne navode.<sup>46</sup> Stoga istraživanje smjera na utvrđenje kriterija vrednovanja na temelju kojih se ta ocjena (kritika) doista provodi u udžbeniku. Iz tih razloga i s obzirom na okvire ovoga rada, prema mišljenju autora, udžbenik obiteljskog prava predstavlja prikladno i dostatno mjesto za utvrđivanje kriterija vrednovanja hrvatskog obiteljskopravnog uređenja.

Rezultati istraživanja Burazina i Relca pokazali su da se u slučaju udžbenika obiteljskog prava kao jedan od ciljeva pravnoznanstvene discipline (ili pravne znanosti općenito) navodi ocjena (kritika) postojećeg zakonodavstva, no ujedno iz istraživanja proizlazi da nisu navedeni kriteriji vrednovanja na temelju kojih se ta ocjena (kritika) provodi.<sup>47</sup> Stoga je cilj ovoga istraživanja utvrditi koji se kriteriji vrednovanja prava koriste pri vrednovanju hrvatskog obiteljskopravnog uređenja i na koji se način oni koriste u udžbeniku obiteljskog prava. Što se tiče načina korištenja kriterija vrednovanja, tj. njihove operacionalizacije, istraživanje će se zadržati samo na utvrđivanju jesu li kriteriji vrednovanja određeni izrijekom ili prešutno.<sup>48</sup> Budući da je kao predmet analize korišten udžbenik čija je osnovna svrha opisati i usustaviti pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa za potrebe obrazovanja studenata prava, pošao sam od pretpostavke da u njemu operacionalizacija kriterija vrednovanja neće biti posebno provedena. Takvu

---

<sup>43</sup> Hrabar, D. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021, Predgovor, V.

<sup>44</sup> *Ibid.*, str. 31.

<sup>45</sup> *Ibid.* U tijeku provedbe ovoga istraživanja Ustavni sud Republike Hrvatske donio je odluku o ocjeni ustavnosti Obiteljskog zakona. Od 148 osporenih članaka Zakona (od ukupno njih 555) neustavnost je utvrđena u njih 18 te su ukinuti. Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka br: U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023.

<sup>46</sup> Burazin, L. i Relac, S., Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, str. 1369 i 1370.

<sup>47</sup> *Ibid.*, str. 1369 i 1370.

<sup>48</sup> Istraživanje ne razmatra kako je određen sadržaj kriterija vrednovanja, već je samo ispitalo stupanj operacionalizacije prema Kestemont.

pretpostavku podupiru rezultati istraživanja Burazina i Relca te osobno iskustvo studiranja na Pravnom fakultetu u Zagrebu.

Istraživanje odgovara na sljedećih pet pitanja:

- 1) Koji se kriteriji vrednovanja prava koriste u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?
- 2) Koja je učestalost korištenja pojedinih kriterija vrednovanja u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?
- 3) Koji je omjer pravnih i izvanpravnih kriterija vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?
- 4) Jesu li kriteriji vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021, određeni izrijekom?
- 5) U kojoj mjeri preporučivanje boljeg prava slijedi vrednovanje prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?

U istraživanju se kao temeljna metoda koristila metoda kvalitativne analize sadržaja. Riječ je o kvalitativnom empirijskom istraživanju, u kojem će se istraživati praksa ostvarivanja istraživačkog cilja vrednovanja prava na temelju analize pravnoznanstvenog teksta udžbenika obiteljskog prava u kojem se vrednuje hrvatsko obiteljskopravno uređenje. Za ovo je istraživanje prikladna metoda kvalitativne analize sadržaja jer je riječ o interpretaciji sadržaja tekstualnih podataka (u ovom slučaju teksta udžbenika) kroz proces sustavne klasifikacije, kodiranja i identificiranja tema ili uzoraka.<sup>49</sup> Jedinica analize jesu sve rečenice iz udžbenika D. Hrabar et al. *Obiteljsko pravo* iz 2021. godine u kojima se ocjenjuje pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa. Analiza dobivenih rezultata istraživanja provedena je deskriptivnom metodom.

Istraživanje je krenulo od otvorenog mjernog instrumenta s kategorijama "pravni i izvanpravni kriteriji vrednovanja" preuzetima iz metodološke literature Line Kestemont i potkategorijama koje su manjim dijelom preuzete od Kestemont, a u većini slučajeva proizašle su iz istraživačeve analize teksta. Radi se o mješovitom deduktivno-induktivnom tipu<sup>50</sup> kvalitativne analize sadržaja teksta, gdje se početni mjerni instrument, dijelom prezet iz teorijske literature, modificira i nadopunjuje prema sadržaju analiziranog teksta. Navedeni mješoviti tip kvalitativne analize sadržaja teksta korišten je jer u spomenutoj domaćoj teorijskoj literaturi nije postojao gotov mjerni instrument za

---

<sup>49</sup> Hsieh, H.-F. i Shannon, S. E., *Three Approaches to Qualitative Content Analysis*, *Qualitative Health Research*, 15(9), 2005, str. 127–288.

<sup>50</sup> Deduktivni tip analize sadržaja koristi se u slučajevima kad je struktura analize (mjerni instrument) određena na temelju postojećeg znanja (teorija, koncepata, modela itd.). Induktivni tip analize sadržaja koristi se kada prethodnog teorijskog znanja nema ili je ono fragmentirano. Induktivni tip analize sadržaja uključuje otvoreno kodiranje te stvaranje kategorija. Elo, S. i Kyngäs, H., *The qualitative content analysis process*, *Journal of Advanced Nursing*, br. 62(1), 2007, str. 109–111.

kriterije vrednovanja obiteljskopravnog uređenja, pa ga je za potrebe istraživanja bilo potrebno induktivno nadopunjavati. Početni mjerni instrument, sastavljen od preuzetih i očekivanih kriterija vrednovanja (potkategorija),<sup>51</sup> dopunjen je novim kriterijima analizom poglavlja *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) i *Bračno pravo* (str. 39–100 analiziranog udžbenika). Na taj način mjerni je instrument nadopunjavao analizom preostalih poglavlja (*Izvanbračna zajednica, Podrijetlo djeteta, Obiteljskopравни odnosi roditelja i djece, Mirno rješavanje obiteljskih prijepora, Posvojenje, Istospolne zajednice, Skrbništvo, Uzdržavanje, Imovinski odnosi*) do njegova konačnog oblika. Navedene kategorije i potkategorije međusobno su isključive, to jest, pojedina ocjena/kritika može pripadati samo jednoj kategoriji. Što se tiče preporučivanja boljeg prava, za njega nije rađen poseban mjerni instrument, nego ga se identificiralo u obliku zasebne kategorije. Preporučivanje boljeg prava identificiralo se temeljem rečenica iz kojih se može razumno zaključiti da im je smisao u predlaganju primjerenijeg pravnog uređenja zakonodavcu (*de lege ferenda*) ili sucu u vidu praktičnih smjernica za bolje tumačenje i primjenu postojećeg prava (*de sententia ferenda*).<sup>52</sup>

Jedinica je sadržaja jedna osnovna tema: kriteriji vrednovanja prava.

Tema je podijeljena u sljedeće kategorije:

pravni i izvanpravni kriteriji, s potkategorijama:

- pravni kriteriji:
  - potpunost pravnog uređenja
  - vrijednosna suvislost pravnog uređenja
    - usklađenost s načelom prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta
    - usklađenost s načelom pravne sigurnosti
    - usklađenost s načelom vladavine prava
    - usklađenost s načelom skrbničke zaštite

---

<sup>51</sup> Početni mjerni instrument sastojao se od sljedećih pravnih kriterija (potkategorija): potpunost pravnog uređenja, vrijednosna suvislost pravnog uređenja s pripadajućim potkategorijama, nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta, dosljednost pravnog uređenja i određenost pravnog uređenja. Početni mjerni instrument sastojao se od sljedećih izvanpravnih kriterija (potkategorija): pravednost, društvena učinkovitost norme, ekonomičnost norme i tjelesni, emocionalni i duševni razvoj djeteta. Potkategorije vrijednosna suvislost pravnog uređenja, ekonomičnost norme i tjelesni, emocionalni i duševni razvoj djeteta preuzete su od Kestemont. Sve ostale početne potkategorije pravnih i izvanpravnih kriterija očekivale su se na temelju dosadašnjeg iskustva studiranja.

<sup>52</sup> Preporučivanje boljeg prava može biti usmjereno prema zakonodavcu preporučivanjem primjerenijeg pravnog uređenja (*de lege ferenda*) ili sucu u vidu praktičnih smjernica za bolje tumačenje i primjenu postojećeg prava (*de sententia ferenda*). Vidi Ross, A., *On Law and Justice*, Oxford University Press, New York, 2019, str. 420.

- usklađenost s načelom zabrane diskriminacije
  - usklađenost s načelom ravnopravnosti spolova
  - usklađenost s načelom zaštite majčinstva
  - usklađenost s načelom pravičnosti obiteljskog prava
  - usklađenost s načelom žurnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima
  - usklađenost s načelom zakonitosti
  - usklađenost s načelom ekonomičnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima<sup>53</sup>
  - usklađenost s načelom dobrovoljnosti postupka obiteljske medijacije
  - usklađenost s načelom heteroseksualnosti braka
- dosljednost pravnog uređenja
    - spojivost normi iste pravne snage
    - spojivost zakona s Ustavom
    - spojivost zakona s pravom Europske unije
    - spojivost zakona s međunarodnim ugovorima
    - spojivost zakona s praksom Ustavnog suda<sup>54</sup>
  - određenost pravnog uređenja
  - nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta
  - usklađenost s pravnom naravi instituta
  - svrhovitost pravnog uređenja

---

<sup>53</sup> Načelo ekonomičnosti postupanja jedno je od temeljnih načela procesnog prava, za razliku od izvanpravnog kriterija ekonomičnosti norme, koji sagledava normu s obzirom na njezinu ekonomsku isplativost. O načelu ekonomičnosti postupanja vidi Triva, S. i Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 144.

<sup>54</sup> Analiza sadržaja teksta pokazala je potrebu za odvajanjem potkategorija spojivost zakona s Ustavom i spojivost zakona s praksom Ustavnog suda jer se u potonjem slučaju izričito kritizira zakonsko rješenje u odnosu na shvaćanje Ustavnog suda. Hrabar, D. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, str. 55 i 109.

- provedivost norme
- ustavnost instituta
- izvanpravni kriteriji:
  - pravednost
  - zaštita braka
    - održivost braka
    - društvena važnost braka
    - dostignuća eugenike
  - zaštita djeteta
    - tjelesni, duševni i emocionalni razvoj djeteta
    - autonomija maloljetnika
    - posebna zaštita maloljetnika
  - zaštita obiteljskopравnih odnosa roditelja i djece
    - duh obiteljskopравnih odnosa
    - društvena važnost obitelji
    - smisao odgoja
    - poslanje roditeljstva
  - podrijetlo djeteta
    - usklađenost s načelom istine
    - zaštita očinstva
  - opterećenost organa primjene prava
  - društvena učinkovitost norme
  - suvremena shvaćanja
  - teritorijalno ustrojstvo i kadrovski potencijali sustava socijalne skrbi
  - tržište rada.

Struktura je rada sljedeća. Nakon prvog, uvodnog poglavlja u drugome poglavlju slijedi rasprava o rezultatima istraživanja. Prikazat će se koji su pravni kriteriji vrednovanja u analiziranom udžbeniku bili korišteni za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa, koja je učestalost njihova korištenja te jesu li bili izričito ili prešutno određeni.<sup>55</sup> Potom će se prikazati koji su izvanpravni kriteriji vrednovanja u analiziranom udžbeniku bili korišteni za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa, koja je učestalost njihova korištenja te jesu li bili izričito ili prešutno određeni.<sup>56</sup> Zatim će se prikazati omjer korištenih pravnih i izvanpravnih kriterija. U četvrtom potpoglavlju prikazat će se u kojoj mjeri preporučivanje boljeg prava slijedi vrednovanje prava. Konačno, u trećem, zaključnom poglavlju iznijet će se osnovni odgovori na postavljena istraživačka pitanja te naznačiti mogući daljnji pravci i potencijalne slabosti istraživanja.

## 2. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

Rezultati istraživanja pokazuju da je u analiziranom udžbeniku ukupno dano 369 ocjena pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija.<sup>57</sup> U ovom su poglavlju prikazani rezultati istraživanja vezani uz identitet korištenih pravnih i izvanpravnih kriterija vrednovanja, učestalost njihova korištenja, međusobnog omjera te omjera ocjena prava i danih preporuka *de lege* i *de sententia ferenda*.

Što se tiče načina korištenja kriterija vrednovanja, tj. njihove operacionalizacije, budući da je predmet istraživanja bio udžbenik, a da Kestemont raspravlja o operacionalizaciji kriterija vrednovanja u znanstvenim istraživanjima, pošlo se od pretpostavke da operacionalizacija kriterija nije u svim aspektima bila provedena onako kako bi je trebalo provesti u znanstvenim istraživanjima. Naime, temeljna je svrha udžbenika opisati i usustaviti postojeće pravno uređenje određenih društvenih odnosa. Radi se pretežito o djelatnosti *de lege lata*. Ocjena, pa onda i preporuka boljeg prava ili boljeg tumačenja i primjene prava najčešće je uzgredni cilj udžbeničke literature. Sukladno tome, kao što je već navedeno u uvodu, u istraživanju se pošlo od pretpostavke da naglasak neće biti na operacionalizaciji kriterija vrednovanja kako je postavljena od strane Kestemont, pa se stoga ponajprije ispitalo je li barem u nekoj mjeri određen sadržaj kriterija vrednovanja, ali ne i jesu li, primjerice, određeni indikatori ostvarenosti i težina pojedinih kriterija. Kod onih kriterija koji su dodatno operacionalizirani to će biti spomenuto. Istraživanje nije ispitalo kako je određen sadržaj kriterija vrednovanja.

---

<sup>55</sup> Kriteriji su smatrani izričito određenima kad su prilikom ocjene (kritike) prava izrijekom navedeni. Kriteriji su smatrani prešutno određenima kad su protumačeni iz jezičnih formulacija.

<sup>56</sup> Istraživanje je iz analize isključilo ona mjesta u udžbeniku gdje se ne može utvrditi na temelju kojeg se kriterija vrednovanja ocjenjuje pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa. Istraživanje je utvrdilo da je od ukupnog broja pozitivnih i negativnih ocjena 2,6 % takvih slučajeva prisutno u analiziranom udžbeniku.

<sup>57</sup> Statistički, to je prisutnost 0,72 ocjene (kritike) po stranici udžbenika. Analizirani udžbenik ukupno ima 514 stranica.

## 2.1. Pravni kriteriji

Tablica 1. Upotreba pravnih kriterija vrednovanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa

Pravni kriterij	Ukupno (br.)	Ukupno (%)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Potpunost pravnog uređenja	91	27,33	3	88	6	5
Vrijednosna suvislost pravnog uređenja	89	26,73	72	17	10	2
Nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta	60	18,02	8	52	16	0
Određenost pravnog uređenja	36	10,81	24	12	2	0
Dosljednost pravnog uređenja	36	10,81	5	31	4	2
Provedivost norme	9	2,7	3	6	1	0
Svrhovitost pravnog uređenja	6	1,8	3	3	0	0
Narav pravnog instituta	5	1,5	1	4	0	1
Ustavnost instituta	1	0,3	1	0	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>333</b>	<b>100,00</b>	<b>120</b>	<b>213</b>	<b>39</b>	<b>10</b>

Istraživanje je utvrdilo ukupno devet pravnih kriterija kojima se ocjenjivalo pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko*



pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021. Većina kriterija određena je prešutno. U nastavku će se raspraviti o rezultatima za svaki pojedini pravni kriterij.

### 2.1.1. Potpunost pravnog uređenja

Istraživanje je pokazalo da je kriterij potpunosti pravnog uređenja najčešće korišteni kriterij vrednovanja za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa u analiziranom udžbeniku. Od ukupnog broja danih ocjena (369) na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija kriterij potpunosti korišten je u 24,66 % slučajeva. Kriterij potpunosti pravnog uređenja gotovo je u cijelosti prešutno primijenjen (96,7 %) <sup>58</sup> te je identificiran u sljedećim jezičnim formulacijama u udžbeniku: “propuštanje propisivanja obveze”, <sup>59</sup> “nažalost nije uočena potreba propisivanja”, <sup>60</sup> “propust je zakonodavca što nije izrijekom propisao sankciju”, <sup>61</sup> “bilo bi uputno da je zakonodavac predvidio”, <sup>62</sup> “ono što ostaje nedorečeno”, <sup>63</sup> “zakon nije obuhvatio”, <sup>64</sup> “čini se da zakonodavac nije vodio računa” <sup>65</sup> i u drugim sličnim formulacijama, iz kojih se može zaključiti da postoji potreba za odredbom koja bi uredila odnos koji je, po mišljenju autora udžbenika, ostao neuređen. Istraživanje je pokazalo da su kod kriterija potpunosti pravnog uređenja preporuke *de lege ferenda* i *de sententia ferenda* približno ravnomjerno prisutne, što uglavnom nije slučaj kod ostalih kriterija vrednovanja.

### 2.1.2. Vrijednosna suvislost pravnog uređenja

Istraživanje je pokazalo da je kriterij vrijednosne suvislosti pravnog uređenja drugi najčešće korišteni pravni kriterij vrednovanja za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa u analiziranom udžbeniku. Od ukupnog broja ocjena na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija (369) kriterij je korišten u 24,11 % slučajeva. Kriterij je sagledavan u odnosu na usklađenost pravnog uređenja s pravnim načelima. Istraživanje je utvrdilo 13 pravnih načela u odnosu na koje se ocjenjivala sukladnost pravnog uređenja. Istraživanje je pokazalo veći stupanj izričitog navođenja tog kriterija, kao i njegove operacionalizacije, u odnosu na ostale pravne kriterije vrednovanja. U poglavlju *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) navodi se da su pravna načela “temelj za tumačenje ... pravnih normi u slučaju kolizije više njih međusobno”, “postojanja

---

<sup>58</sup> Kriterij potpunosti pravnog uređenja smatrao se izričito određenim u slučajevima kad se izrijekom navodilo postojanje pravne praznine. Vidi *ibid.*, str. 430.

<sup>59</sup> *Ibid.*, str. 69.

<sup>60</sup> *Ibid.*, str. 71.

<sup>61</sup> *Ibid.*, str. 73.

<sup>62</sup> *Ibid.*, str. 245.

<sup>63</sup> *Ibid.*, str. 313.

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 419.

<sup>65</sup> *Ibid.*, str. 425.

zakonskih praznina”, ali da i “održavaju vrijednosni sustav na kojemu pravni sustav počiva”.<sup>66</sup>

Tablica 2.

Potkategorije kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja

Vrijednosna suvislost pravnog uređenja	Ukupno (br.)	Ukupno (%)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Načelo prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta	40	44,94	33	7	4	2
Načelo pravne sigurnosti	15	16,85	11	4	3	0
Načelo vladavine prava	9	10,11	8	1	0	0
Načelo skrbničke zaštite	8	9,00	8	0	1	0
Načelo zabrane diskriminacije	5	5,62	3	2	0	0
Načelo ravnopravnosti spolova	2	2,25	2	0	0	0
Načelo zaštite majčinstva	2	2,25	1	1	1	0
Načelo pravičnosti obiteljskog prava	2	2,25	2	0	0	0
Načelo žurnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima	2	2,25	2	0	1	0
Načelo zakonitosti	1	1,12	1	0	0	0

<sup>66</sup> *Ibid.*, str. 34.

Načelo ekonomičnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima	1	1,12	0	1	0	0
Načelo dobrovoljnosti postupka obiteljske medijacije	1	1,12	1	0	0	0
Načelo heteroseksualnosti braka	1	1,12	0	1	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>89</b>	<b>100,00</b>	<b>72</b>	<b>17</b>	<b>10</b>	<b>2</b>

Istraživanje je pokazalo da je načelo prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta najčešće korištena potkategorija kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja na temelju kojega se vrednovalo pravno uređenje obiteljskih odnosa u udžbeniku. Od ukupnog broja ocjena na temelju pravnih kriterija vrednovanja načelo prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta korišteno je u 12,01 % slučajeva. Također, od ukupnog broja pravnih i izvanpravnih kriterija (369) na usklađenost s načelom prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta otpada 10,84 % ocjena. Kriterij se u većini slučajeva koristio izričito (82,5 %), dok se prešutno identificirao u jezičnim formulacijama kao što su: “dvojbena sa stajališta uvažavanja prava djeteta”,<sup>67</sup> “kao žrtve ovakvog tumačenja Konvencije ... neumitno se mogu naći i djeca”,<sup>68</sup> “postoji opasnost da dijete bude zakinuto ako se ide na pojednostavljeni postupak”<sup>69</sup> i u drugim sličnim formulacijama, iz kojih se moglo zaključiti da je odnosno pravno načelo dovedeno u pitanje određenim pravnim uređenjem. Što se tiče operacionalizacije, načelo prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta definirano je u potpoglavlju *Načela obiteljskog prava* (str. 34–37 analiziranog udžbenika) unutar poglavlja *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) kao jedno od temeljnih načela obiteljskog prava te ekstenzivno u posebnom potpoglavlju *Prava djece* u sklopu poglavlja *Obiteljskopравni odnosi roditelja* (str. 175–258 analiziranog udžbenika).<sup>70</sup>

Načelo pravne sigurnosti druga je najčešća potkategorija kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja na temelju kojega se ocjenjivalo pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa. Načelo pravne sigurnosti najčešće je navedeno u izričitom obliku, dok je kao

<sup>67</sup> *Ibid.*, str. 268.

<sup>68</sup> *Ibid.*, str. 291.

<sup>69</sup> *Ibid.*, str. 437.

<sup>70</sup> *Ibid.*, str. 207– 210.

prešutno identificirano u sljedećim jezičnim formulacijama: “vjerojatno prouzročiti još više neujednačenosti u sudskoj praksi”,<sup>71</sup> “što bi moglo značiti neujednačenost upravne prakse”,<sup>72</sup> “nedostatci ... mogli bi biti ... nedosljedna provedba”,<sup>73</sup> “kako bi se ostvarila sigurnost u pravnom prometu”.<sup>74</sup> Što se tiče operacionalizacije, načelo pravne sigurnosti definirano je na nekoliko mjesta u udžbeniku, ali u većini je slučajeva konkretizirano u odnosu na poglavlje u kojem je korišteno. U poglavlju *Bračno pravo* (str. 39–100 analiziranog udžbenika) određuje se kako pravna sigurnost zahtijeva “jasno propisivanje ovlaštenika s pravom na tužbu” te “rokove u kojima se podnosi”.<sup>75</sup> U poglavlju *Obiteljskopравни odnosi roditelja i djece* (str. 175–258 analiziranog udžbenika) navodi se kako je pravna sigurnost “jedno od pravnih načela i dio vladavine prava” koji zahtijeva “da pretpostavke za izricanje mjere, njezino trajanje i postupak budu zakonom precizno propisane”.<sup>76</sup> U poglavlju *Izvanbračna zajednica* (str. 101–110 analiziranog udžbenika) navodi se kako je “potreba za pravnom regulativom odraz zahtjeva za pravnom sigurnošću”.<sup>77</sup>

Načelo vladavine prava u većini je slučajeva navedeno u izričitom obliku. U jednom slučaju identificirano je prešutno, gdje se kritizirala razrada bitnog pravnog pitanja provedbenim propisom,<sup>78</sup> za što se na drugom mjestu u udžbeniku izričito navelo da je protivno načelu vladavine prava.<sup>79</sup> Što se tiče operacionalizacije, jedinstvo propisa navodi se kao jedan element zahtjeva vladavine prava.<sup>80</sup>

Načelo skrbničke zaštite u svim je slučajevima utvrđeno prešutno, što predstavlja razliku u odnosu na ostale potkategorije kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja, koji su u većini slučajeva u udžbeniku navedeni izričito. Načelo skrbničke zaštite identificirano je u sljedećim jezičnim formulacijama: “mogu se bitno ugroziti različita prava šticećenika”,<sup>81</sup> “protivno pravu na adekvatnu zaštitu osobe koja zbog duševnih smetnji ...”,<sup>82</sup> “krajnje je upitno koliko i što se ovakvim rješenjem postiže na planu zaštite osoba s duševnim smetnjama”,<sup>83</sup> “ne uspijeva dosljedno zaštititi prava osoba kojoj je imenovan skrbnik”,<sup>84</sup> “... upitna je kvaliteta skrbi i kompetencije za zastupanje”<sup>85</sup> i u drugim sličnim formulacijama gdje se propituje utjecaj pravnog uređenja na zaštitu prava osoba stavljenih pod

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, str. 108.

<sup>72</sup> *Ibid.*, str. 118.

<sup>73</sup> *Ibid.*, str. 461.

<sup>74</sup> *Ibid.*, str. 476.

<sup>75</sup> *Ibid.*, str. 60.

<sup>76</sup> *Ibid.*, str. 254.

<sup>77</sup> *Ibid.*, str. 103.

<sup>78</sup> *Ibid.*, str. 337.

<sup>79</sup> *Ibid.*, str. 55.

<sup>80</sup> *Ibid.*, str. 104.

<sup>81</sup> *Ibid.*, str. 68.

<sup>82</sup> *Ibid.*, str. 291.

<sup>83</sup> *Ibid.*, str. 310.

<sup>84</sup> *Ibid.*, str. 376.

<sup>85</sup> *Ibid.*, str. 373.

skrbništvo. Što se tiče operacionalizacije, definicija tog načela nalazi se u poglavlju *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika).<sup>86</sup>

Načelo zabrane diskriminacije u većini slučajeva navedeno je u izričitom obliku, dok je prešutno identificirano u sljedećim jezičnim formulacijama: “utoliko su u lošijoj poziciji”,<sup>87</sup> “stavljani su u bitno nepovoljniji položaj”.<sup>88</sup> Što se tiče operacionalizacije, načelo zabrane diskriminacije definirano je u spomenutom potpoglavlju poglavlja *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) kao jedno od temeljnih načela obiteljskog prava.<sup>89</sup>

Načelo zaštite majčinstva primijenjeno je u izričitom i prešutnom obliku. U prešutnom obliku identificirano je u formulaciji: “Neprikladnost ovakvog zakonskog uređenja temelji se na tome da se može smatrati, usprkos činjenici da je određena žena doista i rodila, da ona nije njegova majka, već je to neka druga žena... Okosnica majčinstva je porođaj.”<sup>90</sup> Što se tiče operacionalizacije, načelo zaštite majčinstva definirano je u poglavljima *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) kao jedno od temeljnih načela obiteljskog prava, i *Podrijetlo djeteta* (str. 111–174 analiziranog udžbenika).<sup>91</sup> Također, izričito se određuje kako je načelo zaštite majčinstva nadređeno načelu ravnopravnosti spolova.<sup>92</sup>

Načelo ekonomičnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima primijenjeno je u prešutnom obliku te je identificirano u sljedećoj formulaciji: “ova mogućnost bila je bitna zbog ... ubrzanja ostvarivanja prava na uzdržavanje te izbjegavanja parničnih troškova”.<sup>93</sup> Što se tiče operacionalizacije, načelo ekonomičnosti postupanja definirano je u poglavlju *Podrijetlo djeteta* (str. 111–174 analiziranog udžbenika).<sup>94</sup>

Načelo heteroseksualnosti braka primijenjeno je u prešutnom obliku te je identificirano u sljedećoj formulaciji: “Ukratko, Zakon o životnom partnerstvu drznuo se staviti znak jednakosti između nejednakih vrijednosti.”<sup>95</sup> Što se tiče operacionalizacije, načelo heteroseksualnosti braka definirano je u poglavlju *Bračno pravo* (str. 39–100 analiziranog udžbenika).<sup>96</sup>

Načela pravičnosti obiteljskog prava, žurnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima, ravnopravnosti spolova, zakonitosti i dobrovoljnosti postupka obiteljske medijacije u

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, str. 36.

<sup>87</sup> *Ibid.*, str. 125.

<sup>88</sup> *Ibid.*, str. 267.

<sup>89</sup> *Ibid.*, str. 17.

<sup>90</sup> Navedenu formulaciju svrstao sam pod načelo zaštite majčinstva jer se kritika dotiče oborivosti presumpcije majčinstva kao pravnog odnosa zaštićenog Ustavom. Također, u udžbeniku se navodi da ustavna zaštita majčinstva obuhvaća i njezinu društvenu vrijednost. *Ibid.*, str. 114–116.

<sup>91</sup> *Ibid.*, str. 19 i 114.

<sup>92</sup> *Ibid.*, str. 34 i 35.

<sup>93</sup> *Ibid.*, str. 431.

<sup>94</sup> *Ibid.*, str. 142.

<sup>95</sup> *Ibid.*, str. 304.

<sup>96</sup> *Ibid.*, str. 44 i 45.

svim slučajevima primijenjena su u izričitom obliku. Što se tiče operacionalizacije, u poglavlju *Podrijetlo djeteta* (str. 111–174 analiziranog udžbenika) navodi se neizravno obilježje načela pravičnosti obiteljskog prava.<sup>97</sup> Načelo žurnosti postupanja u obiteljskopравnim stvarima definirano je također u poglavlju *Podrijetlo djeteta* (str. 111–174 analiziranog udžbenika).<sup>98</sup> Načelo ravnopravnosti spolova definirano je u poglavlju *Uvod u obiteljsko pravo* (str. 1–38 analiziranog udžbenika) kao jedno od temeljnih načela obiteljskog prava te u poglavlju *Bračno pravo* (str. 39–100 analiziranog udžbenika). Dodatno, izričito se određuje kako je načelo ravnopravnosti spolova podređeno načelu zaštite majčinstva.<sup>99</sup> Načelo dobrovoljnosti postupka obiteljske medijacije definirano je u poglavlju *Mirno rješavanje obiteljskih prijepora* (str. 259–272 analiziranog udžbenika).<sup>100</sup>

### 2.1.3. Nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta

Nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta treća je najčešća potkategorija pravnih kriterija vrednovanja na temelju kojih se ocjenjivalo pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa u udžbeniku obiteljskog prava. Od ukupnog broja ocjena na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija kriterij nomotehničke ispravnosti normativnog dokumenta prisutan je u 16,26 % slučajeva. Istraživanje je pokazalo da je kriterij u većini slučajeva primijenjen prešutno (86,67 %). Identificirao se u sljedećim formulacijama: “što je tautologija”,<sup>101</sup> “nedosljedno se koriste pojmovi”,<sup>102</sup> “što izričajem nije u skladu s preostalim odredbama”,<sup>103</sup> “Zakon nepotrebno ponavlja istovjetnu određbu”,<sup>104</sup> “zamjetno je ... poigravanje i svojevrsno razbacivanje pojmovima”,<sup>105</sup> “došlo je do pogrešne upotrebe stručnog pravnog nazivlja”<sup>106</sup> te u drugim istim ili sličnim formulacijama, gdje se nazivlje pojmova ili tehnička sustavnost propisa dovodi u pitanje. Što se tiče operacionalizacije, u poglavlju *Posvojenje* (str. 273–338 analiziranog udžbenika) neizravno se navodi kako je terminološka neusklađenost protivna “značaju dosljednosti i sklada u pravnom izričaju te da bi “svrha prava ... trebala biti ta da unese jasnoću u činjenice i u hijerarhiju vrijednosti”.<sup>107</sup>

### 2.1.4. Određenost pravnog uređenja

Kriterij određenosti pravnog uređenja sljedeći je pravni kriterij po zastupljenosti kojim se ocjenjivalo pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa u analiziranom udžbeniku.

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, str. 140.

<sup>98</sup> *Ibid.*, str. 142.

<sup>99</sup> *Ibid.*, str. 34, 35 i 80.

<sup>100</sup> *Ibid.*, str. 268.

<sup>101</sup> *Ibid.*, str. 59.

<sup>102</sup> *Ibid.*, str. 133.

<sup>103</sup> *Ibid.*, str. 184.

<sup>104</sup> *Ibid.*, str. 252.

<sup>105</sup> *Ibid.*, str. 277.

<sup>106</sup> *Ibid.*, str. 451.

<sup>107</sup> *Ibid.*, str. 329.

Kriterij se u većini slučajeva (66,67 %) koristio izričito, dok se prešutno identificirao u sljedećim formulacijama: “bilo bi jasnije”,<sup>108</sup> “nije pojašnjeno niti što znači”,<sup>109</sup> “nije precizirano”,<sup>110</sup> “sudska praksa će pokazati ubraja li se”<sup>111</sup> i u drugim sličnim formulacijama, gdje postoje nejasnoće u pogledu tumačenja pravnih odredbi ili podvođenja činjeničnih stanja pod njih.

### 2.1.5. Dosljednost pravnog uređenja

Tablica 3.

Učestalost upotrebe potkategorija kriterija dosljednosti

Dosljednost pravnog uređenja	Ukupno (br.)	Ukupno (%)
Sukladnost normi iste pravne snage	15	40,00
Spojivost zakona s međunarodnim ugovorom	13	37,14
Spojivost zakona s Ustavom	5	14,29
Spojivost zakona s praksom Ustavnog suda	2	5,71
Spojivost zakona s pravom Europske unije	1	2,86
<b>Ukupno</b>	<b>36</b>	<b>100,00</b>

Kriterij dosljednosti pravnog uređenja jednak je po učestalosti korištenja kriteriju određenosti pravnog uređenja. Kriterij dosljednosti pravnog uređenja u većini slučajeva primijenjen je prešutno (86,11 %) te je identificiran u sljedećim formulacijama: “na što obvezuje Konvencija”,<sup>112</sup> bilo bi u skladu s definicijom djeteta iz Konvencije”,<sup>113</sup> “kontradiktorne odredbe”,<sup>114</sup> “donekle je suprotna odredba”,<sup>115</sup> “protivna bi bila i

<sup>108</sup> *Ibid.*, str. 250.

<sup>109</sup> *Ibid.*, str. 311.

<sup>110</sup> *Ibid.*, str. 337.

<sup>111</sup> *Ibid.*, str. 471.

<sup>112</sup> *Ibid.*, str. 36.

<sup>113</sup> *Ibid.*, str. 66.

<sup>114</sup> *Ibid.*, str. 131.

<sup>115</sup> *Ibid.*, str. 252.

odredbi”,<sup>116</sup> “očito neustavno”<sup>117</sup> te u istim ili sličnim formulacijama gdje je dovedena u pitanje spojivost između pravnih propisa iste ili različite pravne snage te između pravnih propisa i sudske prakse. Istraživanje je pokazalo da je najviše kritika usmjereno prema nespojivosti odredaba iste pravne snage te nespojivosti zakonskih odredaba i međunarodnih ugovora.

### 2.1.6. Provedivost norme

Istraživanje je pokazalo da je kriterij provedivosti norme u većini slučajeva prešutno primijenjen (66,67 %) te je identificiran u sljedećim formulacijama: “učiniti je neprimjenjivom”,<sup>118</sup> “neće moći postaviti muškarac jer će on ocem djeteta biti ustanovljen kasnije”,<sup>119</sup> “a zbog kratkoće roka vjerojatno neće saznati za splet okolnosti ... i početak roka za njegovu tužbu radi osporavanja”,<sup>120</sup> “pa je teško zamisliti da bi sud mogao po primitku prijedloga odmah donijeti i rješenje”<sup>121</sup> i u drugim sličnim formulacijama gdje je provedivost odredbe dovedena u pitanje zbog pravnih ili faktičnih razloga.

### 2.1.7. Svrhovitost pravnog uređenja

Istraživanje je pokazalo da je kriterij svrhovitosti pravnog uređenja podjednako primijenjen u izričitom i u prešutnom obliku. Identificiran je prešutno u formulacijama: “Ovdje je riječ, zapravo, o okolnostima koje su prethodno već utvrđene u drugim mjerodavnim postupcima...”,<sup>122</sup> “što je prilično nepraktično”,<sup>123</sup> “pravna teorija upozorava da ... mogu dovesti do tumačenja da se dijete može oglušiti na zahtjev roditelja ... pozivajući se na to da je dužno obavijestiti roditelja najkasnije do 1. studenoga”.<sup>124</sup>

### 2.1.8. Narav pravnog instituta

Narav pravnog instituta pravni je kriterij sastavljen od potkategorija onih instituta čija je narav u udžbeniku dovedena u pitanje određenim pravnim uređenjem. Istraživanje je pokazalo da se u najvećem broju slučajeva radilo o pravnom uređenju instituta osporavanja očinstva u poglavlju *Podrijetlo djeteta* (str. 111–174 analiziranog udžbenika). Kriterij naravi instituta osporavanja očinstva u većini slučajeva primijenjen je prešutno formulacijama poput “sva nelogičnost obezvrjeđivanja instituta osporavanja očinstva”,<sup>125</sup> “Tajna o tome da dijete ne potječe od njezina muža i štićenika ... ostat će skrivena, pa neće

---

<sup>116</sup> *Ibid.*, str. 291.

<sup>117</sup> *Ibid.*, str. 350.

<sup>118</sup> *Ibid.*, str. 107.

<sup>119</sup> *Ibid.*, str. 148.

<sup>120</sup> *Ibid.*, str. 164.

<sup>121</sup> *Ibid.*, str. 251.

<sup>122</sup> *Ibid.*, str. 310.

<sup>123</sup> *Ibid.*, str. 349.

<sup>124</sup> *Ibid.*, str. 413.

<sup>125</sup> *Ibid.*, str. 163.



doći do osporavanja očinstva”,<sup>126</sup> “u praksi će biti prijeporno hoće li on u tako kratkom roku saznati da dijete ne potječe od muža njegove štićenice”.<sup>127</sup> Kriterij naravi instituta uzdržavanja primijenjen je u prešutnom obliku formulacijom “u tom kontekstu nejasna je odredba ... oslabila pravo djeteta na uzdržavanje”.<sup>128</sup>

Tablica 4.

Učestalost upotrebe potkategorija kriterija naravi pravnog instituta

Narav pravnog instituta	Ukupno (br.)	Izričito (br.)	Prešutno	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Narav instituta osporavanja očinstva	4	1	3	0	0
Narav instituta uzdržavanja	1	1	0	0	1
<b>Ukupno</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>0</b>	<b>1</b>

### 2.1.9. Ustavnost instituta

Istraživanje je pokazalo da je kriterij ustavnosti instituta<sup>129</sup> korišten u izričitom obliku.

## 2.2. Izvanpravni kriteriji

Istraživanje je utvrdilo ukupno deset izvanpravnih kriterija na temelju kojih se ocjenjivalo pozitivnopravno uređenja obiteljskih odnosa u udžbeniku D. Hrabar et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021. Većina kriterija primijenjena je u izričitom obliku.

<sup>126</sup> *Ibid.*, str. 156.

<sup>127</sup> *Ibid.*, str. 159.

<sup>128</sup> *Ibid.*, str. 405.

<sup>129</sup> Ustavnost instituta predstavlja zaseban pravni kriterij jer se u analiziranom udžbeniku izričito navodi da su instituti uređeni ustavom dodatno zaštićeni u odnosu na zakonske kategorije. *Ibid.*, str. 302.

Tablica 5.

Upotreba izvanpravnih kriterija vrednovanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa

<b>Izvanpravni kriteriji</b>	<b>Ukupno (br.)</b>	<b>Ukupno (%)</b>	<b>Izričito (br.)</b>	<b>Prešutno (br.)</b>	<b>Preporuka de lege ferenda (br.)</b>	<b>Preporuka de sententia ferenda (br.)</b>
Pravednost	9	25,00	7	2	0	2
Zaštita braka	6	16,66	5	1	0	0
Zaštita djeteta	6	16,66	3	3	2	0
Zaštita obiteljskopравnih odnosa roditelja i djece	4	11,11	4	0	0	1
Opterećenost organa primjene prava	3	8,33	3	0	0	0
Zaštita podrijetla djeteta	2	5,56	1	1	1	0
Suvremena shvaćanja	2	5,56	2	0	2	0
Teritorijalno ustrojstvo i kadrovski potencijali sustava socijalne skrbi	2	5,56	1	1	0	0
Društvena učinkovitost norme	1	2,78	0	1	0	0
Tržište rada	1	2,78	1	0	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>36</b>	<b>100,00</b>	<b>27</b>	<b>9</b>	<b>5</b>	<b>3</b>

Istraživanje je pokazalo da je kriterij pravednosti najčešće korišten izvanpravni kriterij vrednovanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa. Kriterij pravednosti u većini je slučajeva primijenjen u izričitom obliku (77,78 %), dok je u dva slučaja identificiran prešutno formulacijama: “što znači da bi u načelu oba roditelja bila odgovorna za dijete, bez obzira na to što samo jedan roditelj živi s djetetom i neposredno ga ... odgaja”<sup>130</sup> te “prigovor odredbi može se uputiti zbog toga što je društveni problem nezaposlenosti mladih prebacila na teret roditelja”.<sup>131</sup> Ocjenu prava na temelju kriterija pravednosti u oba su slučaja slijedile preporuke *de sententia ferenda*.

Tablica 6

Potkategorije izvanpravnog kriterija zaštite braka

Zaštita braka	Ukupno (br.)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Održivost braka	4	0	1	0	0
Društvena važnost braka	1	1	0	0	0
Dostignuća eugenike	1	1	0	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>6</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

Istraživanje je pokazalo da je kriterij održivosti braka u većini slučajeva izričito primijenjen, a u jednom slučaju identificiran je prešutno formulacijom: “Nedostatci su: ... nepromišljeno i olako zasnivanje i raskid braka.”<sup>132</sup> Kriteriji društvena važnost braka i dostignuća eugenike primijenjeni su u izričitom obliku. Što se tiče operacionalizacije, kriterij društvene važnosti braka definiran je u potpoglavlju *Brak kao društveni odnos* (str. 40–43 analiziranog udžbenika).<sup>133</sup> Kriterij dostignuća eugenike donekle je definiran navođenjem da se eugenički razlozi protive dopustivosti sklapanja braka među krvnim

<sup>130</sup> *Ibid.*, str. 479.

<sup>131</sup> *Ibid.*, str. 414.

<sup>132</sup> *Ibid.*, str. 97.

<sup>133</sup> *Ibid.*, str. 40 i 41.

rođnicima te da se takvi brakovi smatraju društveno neprihvatljivima iz određenih razloga.<sup>134</sup>

Tablica 7.

Potkategorije izvanpravnog kriterija zaštite djeteta

Zaštita djeteta	Ukupno (br.)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Tjelesni, duševni i emocionalni razvoj djeteta	3	2	1	1	0
Autonomija maloljetnika	2	1	1	0	0
Posebna zaštita maloljetnika	1	1	0	1	0
<b>Ukupno</b>	<b>6</b>	<b>4</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>0</b>

Izvanpravni kriterij zaštite djeteta sastoji se od potkategorija koje nisu obuhvaćene pravnim kriterijem načela prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta. Potonje je načelo pravno načelo uspostavljeno čl. 3. Konvencije o pravima djeteta<sup>135</sup> te je inkorporirano u obiteljskopravna zakonodavstva država potpisnica.<sup>136</sup> Kriterij tjelesni, duševni i emocionalni razvoj djeteta u većini slučajeva primijenjen je u izričitom obliku, dok je u jednom slučaju identificiran prešutno formulacijom: "čini se da je dragocjeno vrijeme u razvoju djeteta izgubljeno".<sup>137</sup> Kriterij autonomija maloljetnika primijenjen je u prešutnom obliku formulacijama: "što se može smatrati kontradiktornim nastojanjima zakonodavca da djetetu osigura što veću autonomiju i osnaži njegov pravni položaj, između ostalog, i u slučaju kada je postao roditeljem"<sup>138</sup> te "ova odredba predstavlja određeno nepovjerenje prema zaposlenom maloljetniku".<sup>139</sup> Kriterij posebna zaštita

<sup>134</sup> *Ibid.*, str. 70.

<sup>135</sup> Konvencija o pravima djeteta, Službeni list SFRJ, br. 15/1990, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993, 20/1997, 4/1998, 13/1998.

<sup>136</sup> Vidi *ibid.*, str. 207– 210.

<sup>137</sup> *Ibid.*, str. 252.

<sup>138</sup> U ovom slučaju smatram da je kriterij autonomije maloljetnika prevagnuo u odnosu na pravni kriterij dosljednosti pravnog uređenja jer se iz konteksta u udžbeniku ne može utvrditi postojanje kontradiktornosti u pravnom uređenju. *Ibid.*, str. 288.

<sup>139</sup> *Ibid.*, str. 485.

maloljetnika primijenjen je u izričitom obliku. Što se tiče operacionalizacije, kriterij tjelesni, duševni i emocionalni razvoj djeteta definiran je kao jedan od izvornih prava djeteta.<sup>140</sup>

Kriterij opterećenost organa primjene prava primijenjen je u svim slučajevima u izričitom obliku.

Tablica 8.

Potkategorije izvanpravnog kriterija zaštite obiteljskopравnih odnosa roditelja i djece

Zaštita obiteljskopравnih odnosa roditelja i djece	Ukupno (br.)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Duh obiteljskopравnih odnosa	1	1	0	0	1
Društvena važnost obitelji	1	1	0	0	0
Smisao odgoja	1	1	0	0	0
Poslanje roditeljstva	1	1	0	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>1</b>

Svi kriteriji primijenjeni su u izričitom obliku. Što se tiče operacionalizacije, kriteriji poslanje roditeljstva i smisao odgoja definirani su u poglavlju *Obiteljskopравni odnosi roditelja i djece* (str. 175–258 analiziranog udžbenika).<sup>141</sup> Kriterij društvene važnosti obitelji definiran je u poglavlju *Skrbništvo* (str. 355–398 analiziranog udžbenika).<sup>142</sup>

<sup>140</sup> *Ibid.*, str. 200.

<sup>141</sup> *Ibid.*, str. 175 i 218.

<sup>142</sup> *Ibid.*, str. 355 i 356.

Tablica 9.

Potkategorije izvanpravnog kriterija podrijetla djeteta

Zaštita podrijetla djeteta	Ukupno (br.)	Izričito (br.)	Prešutno (br.)	Preporuka <i>de lege ferenda</i> (br.)	Preporuka <i>de sententia ferenda</i> (br.)
Načelo istine	1	1	0	1	0
Zaštita očinstva	1	0	1	0	0
<b>Ukupno</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>0</b>

Kriterij zaštite očinstva primijenjen je u prešutnom obliku te je identificiran u formulaciji: "Stoga muškarac koji jest biološki otac ima nedostatnu zaštitu".<sup>143</sup> Kriterij načela istine primijenjen je u izričitom obliku.

Kriterij teritorijalno ustrojstvo i kadrovski potencijali sustava socijalne skrbi primijenjen je jednom u izričitom obliku, dok je prešutno identificiran u sljedećoj formulaciji: "s obzirom na broj djelatnika u centrima za socijalnu skrb i viševrnosti obaveza ... držimo dvojbenim i nedorečenim".<sup>144</sup>

Istraživanje je pokazalo da je kriterij društvene učinkovitosti norme korišten u prešutnom obliku te je identificiran u formulaciji: "jer je teško očekivati da će izvanbračni drugovi u zajednici voditi spor jedan protiv drugog".<sup>145</sup>

Kriteriji suvremena shvaćanja i stanje tržišta primijenjeni su u izričitom obliku.

### 2.3. Omjer pravnih i izvanpravnih kriterija

Rezultati istraživanja pokazuju da su se za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa u udžbeniku obiteljskog prava najčešće koristili pravni kriteriji. U udžbeniku je korišten relativno malen broj izvanpravnih kriterija. Zanimljivo je da je istraživanje pokazalo kako su pravni kriteriji u većini slučajeva prešutno primijenjeni, dok su izvanpravni kriteriji primijenjeni pretežito u izričitom obliku. Pretpostavlja se da je to rezultat veće potrebe opravdavanja ocjena na temelju kriterija vrednovanja koji ne pripadaju pravnoj znanosti.

<sup>143</sup> *Ibid.*, str. 164.

<sup>144</sup> *Ibid.*, str. 380.

<sup>145</sup> *Ibid.*, str. 426.

Tablica 10.

Omjer upotrebe pravnih i izvanpravnih kriterija

Kriteriji vrednovanja	Ukupno (%)	Izričito (%)	Prešutno (%)
Pravni	90,24	36,04	63,96
Izvanpravni	9,76	75,00	25,00

#### 2.4. Omjer ocjene prava i preporučivanja boljeg prava

Istraživanje je pokazalo da je u udžbeniku D. Hrabar et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021, prisutno ukupno 57 preporučivanja primjerenijeg pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa koje slijedi njegovu ocjenu (369). To je u postocima 15,45 % slučajeva preporučivanja boljeg prava koje slijedi ocjenu prava. Iz Tablice 12 primjećuje se da izvanpravne kriterije, u odnosu na pravne kriterije, u nešto većem omjeru slijedi preporučivanje boljeg prava zakonodavcu i sucu.

Tablica 11.

Omjer preporučivanja boljeg prava i ocjene (kritike) prava

Preporučivanje boljeg prava	Ukupno slijedi nakon ocjena na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija (br.)	Ukupno slijedi nakon ocjena na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija (%)
Preporučivanje <i>de lege ferenda</i>	44	77,19
Preporučivanje <i>de sententia ferenda</i>	13	22,81
<b>Ukupno preporučivanja boljeg prava</b>	<b>57</b>	<b>100,00</b>

Tablica 12.

Omjer preporučivanja boljeg prava i ocjena (kritika) na temelju pravnih i izvanpravnih kriterija

Preporučivanje boljeg prava	Prati ocjene na temelju pravnih kriterija	Postotak preporučivanja koje slijedi nakon pravnih kriterija	Prati ocjene na temelju izvanpravnih kriterija	Postotak preporučivanja koje slijedi nakon izvanpravnih kriterija	Postotak preporučivanja u odnosu na ukupan broj ocjena
Preporučivanje <i>de lege ferenda</i>	39	11,71	5	13,89	11,92
Preporučivanje <i>de sententia ferenda</i>	10	3,00	3	8,33	3,52

Što se tiče omjera između preporuka *de lege ferenda* i *de sententia ferenda*, iz podataka iz Tablice 13 slijedi da su preporuke kod pravnih (79,59 %) i izvanpravnih kriterija (62,5 %) pretežito usmjerene zakonodavcu. Manji je broj preporuka kod pravnih (20,41 %) i izvanpravnih (37,5 %) kriterija koje su upućene sucu. Pretpostavlja se da je to zbog unaprijed izražene namjere preporučivanja primjerenijih zakonskih rješenja u pogledu teksta Obiteljskog zakona iz 2015. godine. Najviše preporučivanja boljeg prava slijedilo je ocjene na temelju kriterija nomotehničke ispravnosti normativnog dokumenta (28,07 %) <sup>146</sup> sugerirajući prikladnije pojmove ili pravnotehničke promjene u pravnom uređenju. Veći broj preporučivanja boljeg prava slijedio je i ocjene na temelju kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja, i to potkategorija načela pravne sigurnosti i načela prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta. <sup>147</sup>

Dodatno, istraživanje je utvrdilo da se najveći broj preporučivanja boljeg prava temeljio na istim onim kriterijima koji su korišteni za ocjenu pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa. Kestemont te kriterije, za razliku od kriterija vrednovanja, naziva kriterijima preporučivanja. <sup>148</sup> Prema Kestemont, kriteriji preporučivanja mogu odgovarati kriterijima korištenima za ocjenu prava, ali to ne mora uvijek biti slučaj. <sup>149</sup> Budući da je kod udžbenika obiteljskog prava to pretežito tako, to odgovara pretpostavci Burazina i Relca da se kriteriji preporučivanja u određenoj mjeri preklapaju s kriterijima

<sup>146</sup> Dobiveno usporedbom s Tablicom 1.

<sup>147</sup> Dobiveno usporedbom s Tablicom 2.

<sup>148</sup> Vidi Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, str. 65–66.

<sup>149</sup> *Ibid.*



vrednovanja postojećega pravnog uređenja u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.<sup>150</sup>

### 3. ZAKLJUČAK

Na temelju rezultata istraživanja odgovoreno je na pet istraživačkih pitanja. Odgovarajući na prvo<sup>151</sup> istraživačko pitanje, istraživanje je utvrdilo da se u udžbeniku koriste pravni i izvanpravni kriteriji vrednovanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa. Istraživanje je obuhvatilo samo kritike pravnog uređenja (94 %). Iz analize su bile isključene pozitivne ocjene (3,4 %) i one ocjene kod kojih se kriteriji vrednovanja nisu mogli utvrditi (2,6 %). Utvrđeno je ukupno 369 ocjena (kritika) pravnog uređenja. Navedene ocjene isključene su zbog statistički neznatne prisutnosti u analiziranom udžbeniku u odnosu na iznesene kritike.

Odgovarajući na drugo<sup>152</sup> istraživačko pitanje, istraživanje je utvrdilo da se od pravnih kriterija vrednovanja najčešće koriste potpunost pravnog uređenja (27,33 %), vrijednosna suvislost pravnog uređenja (26,73 %), nomotehnička ispravnost normativnog dokumenta (18,02%), određenost pravnog uređenja (10,81%), dosljednost pravnog uređenja (10,81 %), a manje često provedivost norme (2,7 %), svrhovitost pravnog uređenja (1,8 %), narav pravnog instituta (1,5 %) i ustavnost instituta (0,3 %). Što se tiče izvanpravnih kriterija vrednovanja, utvrđeno je da se najčešće koriste pravednost (25 %), zaštita braka (16,66 %), zaštita djeteta (16,66 %), zaštita obiteljskopravnih odnosa roditelja i djece (11,11 %), opterećenost organa primjene prava (8,33 %), a manje često zaštita podrijetla djeteta (5,56 %), suvremena shvaćanja (5,56 %), teritorijalno ustrojstvo i kadrovski potencijali sustava socijalne skrbi (5,56 %), društvena učinkovitost norme (2,78 %) i tržište rada (2,78 %).

Odgovarajući na treće<sup>153</sup> istraživačko pitanje, istraživanje je utvrdilo da se od ukupnog broja ocjena (kritika) pravni kriteriji koriste u 90,24 % slučajeva. Izvanpravni kriteriji korišteni su u 9,76 % slučajeva.

Odgovarajući na četvrto<sup>154</sup> istraživačko pitanje, istraživanje je utvrdilo da su pravni kriteriji u udžbeniku pretežito prešutno primijenjeni (63,96 %). Najveća prisutnost izričite određenosti prisutna je kod kriterija vrijednosne suvislosti pravnog uređenja (80,90 %). Što se tiče operacionalizacije pravnih kriterija, ona je djelomično prisutna kod

---

<sup>150</sup> Burazin, L. i Relac, S., Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, str. 1389.

<sup>151</sup> "Koji se kriteriji vrednovanja prava koriste u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?"

<sup>152</sup> "Koja je učestalost korištenja pojedinih kriterija vrednovanja u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?"

<sup>153</sup> "Koji je omjer pravnih i izvanpravnih kriterija vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?"

<sup>154</sup> "Jesu li kriteriji vrednovanja prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021, određeni izrijekom?"

dva pravna kriterija (25 %). Operacionalizacija se kod pravnih kriterija zadržala na definiranju kriterija. S druge strane, istraživanje je utvrdilo da su izvanpravni kriteriji najčešće izričito određeni (75 %). Što se tiče operacionalizacije izvanpravnih kriterija vrednovanja, ona je djelomično prisutna kod tri kriterija (30 %). Operacionalizacija se kao kod pravnih kriterija vrednovanja zadržala na njihovu definiranju.

Odgovarajući na peto<sup>155</sup> istraživačko pitanje, istraživanje je utvrdilo da preporučivanje primjerenijeg pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa u udžbeniku slijedi ocjenu prava u 15,45 % slučajeva. Najveći broj preporučivanja boljeg prava usmjeren je zakonodavcu preporučivanjem primjerenijeg zakonskog uređenja (77,19 %). Manji broj preporučivanja usmjeren je sucima (22,81 %). Pravne kriterije vrednovanja preporučivanje boljeg prava slijedi u 14,71 % slučajeva, dok izvanpravne kriterije preporučivanje slijedi u nešto više slučajeva (22,22 %).

Zaključno, smatram da je ovo istraživanje važno iz dvaju međusobno povezanih razloga. Prvo, ovo istraživanje predstavlja prvi rad u hrvatskoj pravnoj literaturi iz područja metodologije pravne znanosti koji je analizirao upotrebu kriterija vrednovanja prilikom ocjene pozitivnopravnog uređenja. Stoga rezultati istraživanja mogu predstavljati indikator glede kriterija vrednovanja koji se koriste prilikom ocjenjivanja pozitivnopravnog uređenja obiteljskih odnosa od strane hrvatskih obiteljskopравниh znanstvenika. U tom smislu rad može biti temelj za formuliranje teza u daljnjim empirijskim istraživanjima uporabe kriterija vrednovanja drugih jedinica analize unutar hrvatske obiteljskopravne znanosti. Dovoljan broj takvih istraživanja mogao bi dovesti do zaključka o tome koji se kriteriji vrednovanja koriste u hrvatskom obiteljskom pravu. Također, ovo istraživanje može predstavljati temelj za formuliranje hipoteza i za istraživanja o upotrebi kriterija vrednovanja i u drugim granama prava hrvatske pravne znanosti.

Drugo, rezultati istraživanja pokazatelj su na koji način hrvatski obiteljskopravni znanstvenici ocjenjuju pozitivnopravno uređenje obiteljskih odnosa. U tom smislu istraživanje može biti poticaj za samorefleksiju hrvatskih (obiteljskopравниh) pravnih znanstvenika o važnosti metodološke utemeljenosti vrednovanja prava te za prepoznavanje i ispravljanje eventualnih prisutnih metodoloških nedostataka u tom procesu. Također, ovo istraživanje može biti poticaj za istraživanje korištene metodologije u drugim ciljevima pravnoznanstvenog istraživanja (opisujućeg, preporučujućeg i dr.<sup>156</sup>) i njihova mogućeg uspoređivanja. Sve to dovodi do jačanja svijesti hrvatskih pravnih znanstvenika o važnosti izričite metodologije u pravnoznanstvenim istraživanjima i jačanju metodološke utemeljenosti pravne znanosti kao znanstvene discipline.

---

<sup>155</sup> "U kojoj mjeri preporučivanje boljeg prava slijedi vrednovanje prava u udžbeniku D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2021?"

<sup>156</sup> O ciljevima pravnoznanstvenih istraživanja vidi Kestemont, L., *Handbook on Legal Methodology, From Objective to Method*, str. 9.

Potencijalne slabosti ovog istraživanja mogu biti subjektivnost istraživača prilikom tumačenja prešutno određenih kriterija vrednovanja, nedostatak kontrolnog faktora te potencijalno nedovoljno iskustvo u prepoznavanju prešutno određenih izvanpravnih kriterija vrednovanja zbog potrebnog znanja drugih akademskih disciplina.

## **LAW EVALUATION CRITERIA IN THE TEXTBOOK BY D. HRABAR ET AL., OBITELJSKO PRAVO, NARODNE NOVINE, ZAGREB, 2021.**

*The paper discusses the use of evaluation criteria for the positive legal regulation of family relations in the textbook by D. Hrabar et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2021. The first part of the paper describes the research problem, states the research aims, describes the method of qualitative content analysis, and elaborates on the themes, categories and subcategories used. The second part determines which evaluation criteria are used in the textbook, their frequency of use, and whether the evaluation criteria are explicitly determined. Secondly, it determines the ratio of internal and external evaluation criteria and in what percentage the evaluation of law has been followed by the recommendation for its improvement. The conclusion consists of a discussion of the research results, and of the importance of the conducted research in the field of the methodology of legal science. The results of the research show that nine internal and ten external evaluation criteria were used for the evaluation of the positive legal regulation of family relations in the textbook. Internal criteria were predominantly used for law evaluation. Further, the research indicates that internal criteria were most often implicitly applied in the textbook, while external criteria were most often explicitly applied. Finally, the research results reveal that a lower number of recommendations for improving law follow its evaluation.*

Keywords: methodology of legal science, evaluative research objective, evaluation criteria, operationalisation, recommending better law

**Marko Čušić**, LLM, legal trainee at the law firm Gugić, Kovačić & Krivić

# ZAŠTITA POVRIJEĐENOG PRAVA DIONIČARA NA OBAVIJEŠTENOST U IZVANPARNIČNOM POSTUPKU U KONTEKSTU NOVODONESENOG ZAKONA O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU

*Pregledni znanstveni rad*

UDK 347.72.031:342.732

347.725

347.91:347.72

Primljeno: 14. studenog 2023.

Sara Madžarov Matijević\*

*Pravo na obaviještenost pravo je dioničara dobiti obavijesti o poslovima društva ako je to potrebno za prosudbu pitanja koja su na dnevnome redu glavne skupštine. Jedan od načina na koji se ono može štititi jest zahtjevom dioničara o tome mora li uprava, odnosno izvršni direktori, dati obavijesti. Cilj je ovog rada primjenom usporednopravne metode analizirati zaštitu ovog dioničarevog prava, koje se temeljem Zakona o trgovačkim društvima štiti u izvanparničnom postupku. U primjeni novog Zakona o izvanparničnom postupku polazi se od činjenice kako prijelazne odredbe zakona ne sadrže rješenja kojim bi se propisala primjena njegovih općih odredaba u izvanparničnim postupcima uređenima Zakonom o trgovačkim društvima ili bilo kojim posebnim propisom. Stoga se otvara pitanje njegove primjene u trgovačkom (statusnom) izvanparničnom postupku zaštite prava dioničara na obaviještenost.*

Ključne riječi: pravo na obaviještenost, dioničko društvo, izvanparnični postupak, Zakon o izvanparničnom postupku

## 1. UVOD

Iako je pravo na obaviještenost moguće identificirati u različitim tipovima trgovačkih društava, najopćenitije se može utvrditi da ono ima različit doseg ovisno o tipu društva.<sup>1</sup> Stoga je uvodno potrebno naglasiti da je predmet ovog rada analiza prava na obaviještenost u dioničkom društvu. Pravo na obaviještenost kamen je temeljac dioničarske demokracije, koji dioničarima omogućava da donesu informirane odluke o svojim ulaganjima. Postoje razni mehanizmi uspostavljeni s ciljem osiguranja njegove zaštite. Jedan od njih jest zaštita u izvanparničnom postupku, u kojem sud odlučuje o davanju obavijesti koju je dioničar zatražio na glavnoj skupštini. Pritom navedeni postupak nije na dostatnoj razini reguliran. Zakon o trgovačkim društvima (u daljnjem

\* Dr. sc. Sara Madžarov Matijević, asistentica na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava, Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet

<sup>1</sup> U komanditnom se društvu daje samo komplementarima, dok komanditori imaju samo pravo nadzora. U javnom trgovačkom društvu ono manje dolazi do izražaja nego u društvima kapitala jer u pravilu svi članovi društva imaju pravo i obvezu voditi poslove društva, pa su samim time i o svim aspektima poslovanja i obaviješteni. Stoga će se za ovim pravom posezati više onda kada neki članovi društva nisu ovlašteni voditi poslove društva, odnosno ako su od toga isključeni. Kod gospodarskog interesnog udruženja, kao društva osoba koje ima upravu, njegovi članovi to pravo upravljaju prema tom organu, a ne jedni prema drugima.

tekstu: ZTD)<sup>2</sup> samo sporadično uređuje pojedina postupovnoppravna pitanja, dok se u preostalom dijelu trebaju primijeniti pravila izvanparničnog prava, koje predstavlja problem za sebe. Taj se problem sistemski nastojalo riješiti donošenjem, po prvi put, Zakona o izvanparničnom postupku (u daljnjem tekstu: ZIP)<sup>3</sup> u lipnju 2023. Pravna je doktrina istaknula potrebu rješavanja problema postupovnoppravnih specijalnih karakteristika prava društava bilo donošenjem posebnog zakona o izvanparničnim postupcima, koji bi se primjenjivao na sve izvanparnične postupke koji su predviđeni u ZTD-u, bilo izravnom regulacijom i detaljnim uređenjem tih postupaka ZTD-om.<sup>4</sup>

Kao usporednopravni zakonodavni uzori sličnih pravnih tekovina, a time i usporedivih problema koji se pojavljuju u praksi, u ovom će se radu analizirati njemačka te slovenska pravna rješenja. Nakon uvodnog dijela bit će predstavljen institut prava na obaviještenost u dioničkom društvu. Nakon toga bit će izložena sudska zaštita povrijeđenog prava u izvanparničnom postupku. U četvrtoj i petoj cjelini bit će obrađeno pokretanje postupka sudske zaštite povrijeđenog prava, kao i donošenje sudske odluke, u kontekstu novog ZIP-a. Konačno, zaključkom će se usustaviti odnos prema aktualnoj normativnoj regulaciji.

## 2. TEMELJNO O INSTITUTU PRAVA DIONIČARA NA OBAVIJEŠTENOST

U prvom redu ukratko će se objasniti predmetni institut kao pravo dioničara na dobivanje informacija o poslovima društva, ali i o poslovnim odnosima s povezanim društvima ako je to potrebno za prosudbu pitanja koja su na dnevnom redu glavne skupštine. Pravo na obaviještenost pretpostavlja postavljanje pitanja.<sup>5</sup> Ono je jedno od prava koja pripadaju dioničarima upravo zbog njihova statusa dioničara u društvu.<sup>6</sup> Njegova je svrha da služi učinkovitom izvršavanju onih članskih prava koja pojedini dioničar ostvaruje na glavnoj skupštini.<sup>7</sup> Iako u najvećoj mjeri služi izvršavanju dioničareva prava glasa, pravo na

<sup>2</sup> Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22, 114/22, 18/23, 130/23.

<sup>3</sup> Zakon o izvanparničnom postupku, NN 59/23.

<sup>4</sup> Miladin, Petar, *Poredbenopravna analiza izvanparničnog postupka u Zakonu o trgovačkim društvima i prijedlozi de lege ferenda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 62, br. 1–2, 2012, str. 591; Barbić, Jakša, u: Barbić, Jakša, Markovinović, Hrvoje, *Zakon o trgovačkim društvima*, Organizator, 5. izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2010, str. 48–49.

<sup>5</sup> Pirc, Igor, *Uporaba elektronskih sredstev pri izvedbi skupščine delničarjev*, Podjetje in delo 35, br. 6–7, 2009, str. 1106.

<sup>6</sup> Za hrvatsko pravo vidjeti Barbić, Jakša, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I, Dioničko društvo*, Organizator, Peto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010, str. 521; za njemačko pravo: Kubis, Dietmar, u: Goette, Wulf, Habersack, Mathias, Kalss, Susanne (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 3: § 118.–178., 4. Aufl., C. H. Beck/Franz Vahlen, München, 2018, § 131., fn. 1; Herrler, Sebastian, u: Grigoleit, Christoph (Hrsg.), *Aktiengesetz: Kommentar*, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2020, § 131., Rn. 1., te Ott, Christoph, *Objektive und subjektive Grenzen des Auskunftsrechts nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG*, Die Aktiengesellschaft 65, br. 10, 2020, str. 378, Rz. 1.; za slovensko pravo: Kocbek, Marijan, *Delnice in delniška družba*, Gospodarski vesnik, Ljubljana, 1995, str. 73, te Bratina, Borut, ... [et al.], *Pravo družb z osnovami gospodarskega pogodbenega prava*, De Vesta, Maribor, 2008, str. 506.

<sup>7</sup> Cvetko, Mateja, *Delničarjeva pravica do obveščenosti v zvezi z organom nadzora v delniški družbi in zahteva za protokoliranje*, Podjetje in delo 37, br. 1, 2011, str. 49, v. 1. Uvod. Za hrvatsko pravo vidjeti: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: VTSRH), Pž-3251/18 od 22. svibnja 2018.; VTSRH, Pž-3041/18 od 28. svibnja 2018. Za slovensko: Višje sodišče (u daljnjem tekstu: VS) u Ljubljani, VSK sklep I Cpg

obaviještenost također omogućava izvršavanje manjinskih prava dioničara, ali i individualnog prava svakog dioničara na pobijanje odluka glavne skupštine.<sup>8</sup> Ono je ključno kako bi dioničar mogao donositi odluke utemeljene na znanju o određenoj tematici.<sup>9</sup>

Pravni temelj prava na obaviještenost određen je u čl. 287. ZTD-a. U hrvatskoj se pravnoj doktrini ističe da je pravo dobiti odgovor na pitanje postavljeno na glavnoj skupštini svojevrsna pomoć dioničaru u donošenju odluke kako će dati svoj glas na glavnoj skupštini te se u praksi ostvaruje kao individualno pravo svakog dioničara.<sup>10</sup> Budući da ZTD ne propisuje u čemu se sastoji pravo sudjelovanja na glavnoj skupštini, stajalište je sudske prakse i pravne znanosti da dioničar svojim sudjelovanjem ima pravo raspravljati o svim točkama koje su na dnevnom redu, postavljati pitanja, tražiti obavijesti i objašnjenja, predlagati i izražavati protivljenje. Time može utjecati na to da se na glasovanje stavi prijedlog onakve odluke kakvu smatra opravdanom te pridobiti ostale da za nju glasuju. Da bi mogli sudjelovati u donošenju odluka na glavnoj skupštini, na raspolaganju moraju imati valjane i potpune informacije o stanju društva.<sup>11</sup> Iako se dužnikom obveze davanja obavijesti smatra konkretno dioničko društvo, uprava je ta koja djeluje u njegovo ime kao odgovorni organ za dostavu zahtijevanih informacija.<sup>12</sup> Kada je riječ o pitanju predmeta obavijesti, iz zakonske formulacije ZTD-a proizlazi zaključak

---

1693/2015 od 12. siječnja 2016., koji je istaknuo da je pravo na obaviještenost dioničara sadržajno uže od individualnog informacijskog prava članova društva s ograničenom odgovornošću iz čl. 512. Zakona o gospodarskih društvima, Uradni list Republike Slovenije, br. 65/09 – uradno prečišćeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 – ZPosS, 158/20 – ZIntPK-C, 18/21, 18/23 – ZDU-10 in 75/23 (u daljnjem tekstu: ZGD-1) koje predviđa pravo na obavijesti o poslovima društva, ali i uvid u poslovne knjige i dokumentaciju društva. Za njemačko pravo: Landgericht (u daljnjem tekstu: LG) Frankfurt, 3-5 O 144/07 od 15. siječnja 2008., koji je kao svrhu ovoga prava istaknuo mogućnost procjene točke dnevnog reda glavne skupštine te razumno korištenje glasačkih i drugih članskih prava, ali i doprinos formiranju mišljenja i prosudba drugih dioničara, posebno onih manjinskih.

<sup>8</sup> Podgorelec, Peter, *Pravica delničarja do obveštenosti*, Podjetje in delo 30, br. 2, 2004, str. 215; Bratina, Borut, Jovanovič, Dušan, Bratina, Miha, *Pravice in dolžnosti nadzornega sveta glede delničarjeve pravice do obveštenosti in prisotnosti na skupščini družbe*, Podjetje in delo 46, br. 3–4, 2020, str. 498–508, v. 3. Splošno o pravici delničarja do obveštenosti; Drnovšek, Gregor, *Priprava posloводства na uresničevanje delničarjeve pravice do obveštenosti*, Pravna praksa 29, br. 9, 2010, str. 11.

<sup>9</sup> Breznik, Karmen, *Nadaljnje usklajevanje Zakona o gospodarskih društvima s smernicami Direktive 2007/36/ES o uveljavljanju določenih pravic delničarjev družb, ki kotirajo na borzi*, Podjetje in delo 35, br. 3–4, 2009, str. 579–601, v. 2.1.5. Pravica postavljanja vprašanj; Bohinc, Rado, *Upravljanje gospodarskih družb*, Lege artis, Ljubljana, 1993, str. 79; Bohinc, Rado, Bratina, Borut, *Upravljanje korporacij*, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana, 2005, str. 356.

<sup>10</sup> Parać, Zoran, *Obveza obavještanja i glavna skupština dioničkog društva*, u: Barbić, Jakša, Giunio, Miljenko (ur.), Zbornik 49. susreta pravnika, Zagreb, 2011, str. 130. Jednako Barbić, 2010, str. 534. Potvrđeno presudama Trgovačkog suda (u daljnjem tekstu: TS) u Splitu, P-572/17 od 25. listopada 2018., te TS u Zagrebu, P-1265/18 od 18. ožujka 2019. Za slovensku pravnu doktrinu vidjeti: Senčur, Darja, *Pravica delničarja do tožbe*, Podjetje in delo, br. 5–6, 1995, v. 2. Tožbe na uveljavitev sodelovalnih pravic. Njemačka sudska praksa takav je stav potvrdila u LG Stuttgart, 31 O 33/16 KfH od 19. prosinca 2017.

<sup>11</sup> VTSRH, Pž-9494/13 od 23. studenog 2016.

<sup>12</sup> Za njemačko pravo: Siems, Mathias, u: Spindler, Gerald, Stilz, Eberhard (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, § 1.–149., 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2019, § 131., Rn. 16.; Schaal, Hans Jürgen, u: Erbs, Georg, Kohlhaas, Max (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, C. H. Beck, München, 2019, § 131., Rn. 2.; Herrler, 2020, § 131., Rn. 7. Za hrvatsko pravo: Barbić, 2010, str. 534. Za slovensko pravo: Kocbek, Marijan, Prelič, Saša (ur.), *Zakon o gospodarskih društvima (ZGD-1) z novelo ZGD-1C*, GV Založba, Ljubljana, 2009, str. 77.

kako dioničar može na glavnoj skupštini postaviti zahtjev za obavijesti, koji će sadržajno odgovarati bilo kojoj točki dnevnog reda, zato što dioničar, pri glasovanju o pojedinim točkama dnevnog reda, mora biti upoznat sa svim činjenicama koje utječu na donošenje odluke.<sup>13</sup> S druge strane, razlozi uskrate podataka koji su navedeni u nacionalnim zakonima važna su protuteža široko postavljenom pravu na obaviještenost, čime se ono štiti materijalnopравnim razlozima kao sredstvom postizanja ravnoteže između interesa dioničara s jedne strane te interesa dioničkog društva s druge strane.<sup>14</sup>

### 3. SUDSKA ZAŠTITA POVRIJEĐENOG PRAVA NA OBAVIJEŠTENOST U IZVANPARNIČNOM POSTUPKU

ZTD-om popisani instrument zaštite povrijeđenog prava na obaviještenost jest zahtjev koji dioničar upućuje sudu kako bi donio odluku mora li društvo dati obavijesti koje je on na glavnoj skupštini zahtijevao. Čl. 288. (1.) u vezi s čl. 40. ZTD-a<sup>15</sup> određeno je da se ta odluka mora donijeti u izvanparničnom postupku.<sup>16</sup> Jednako određuju njemačko<sup>17</sup> te

---

<sup>13</sup> VTSRH, Pž-1378/08 od 12. ožujka 2008.; VTSRH, Pž-7413/17 od 12. prosinca 2017. Jednako određuju njemačko (čl. 131. (1.) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 7 Absatz 6 des Gesetzes vom 12. Mai 2021 (BGBl. I S. 990) geändert worden ist (u daljnjem tekstu: AktG) i slovensko pravo (čl. 305. (1.) ZGD-1).

<sup>14</sup> Mlikotin-Tomić, Deša, Horak, Hana, *Trgovačko pravo – društva*, Školska knjiga, Zagreb, 2009, str. 119. Taksativni razlozi predviđeni hrvatskim pravom (nastanak štete; porezna pitanja; razlika između vrijednosti navedene u poslovnim knjigama društva te više vrijednosti; metode izrade financijskih izvješća društva i procjene vrijednosti imovine, prihoda i rashoda; kažnjiva radnja; dostupnost obavijesti na internetskoj stranici) predstavljaju pravni temelj za uskratu obavijesti, a dioničar koji je sa zahtjevom odbijen može zatražiti da se pitanje koje je postavio, kao i razlog zbog kojeg je odgovor uskraćen, navedu u zapisniku o radu glavne skupštine. Barbić, 2010, str. 537.

<sup>15</sup> Najnovijim Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a, NN 130/2023 od 2. 11. 2023., proširen je krug stvari o kojima se odlučuje u izvanparničnom postupku.

<sup>16</sup> Iako je u pravilu pravna priroda izvanparničnih postupaka nesporna, o spornim izvanparničnim predmetima govorit će se u slučaju dispozicijskih izvanparničnih postupaka, gdje sadržaj prijedloga kojima se postupak pokreće određuju same stranke, dok će zadatak suda biti da u njima odlučuje o pravima ili pravnim odnosima sudionika u neutralnoj ulozi. Maganić, Aleksandra, *Novi pravci reforme izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj*, u: Čizmić, Jozo, et al. (ur.), *Zbornik Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 163. Riječ je o statusnim trgovačkim postupcima kao privatnopravnim spornim izvanparničnim postupcima u kojima su *dominus litis* upravo njegovi sudionici, kako u smislu njihova pokretanja i zadavanja teme raspravljanja tako i u smislu okončanja postupka, jer stranke mogu zaključiti nagodbu, povući zahtjev te okončati postupak. Maganić, Aleksandra, *Arbitrabilnost u izvanparničnim predmetima*, Pravo u gospodarstvu 46, svezak 2, 2007, str. 118.

<sup>17</sup> Kubis, 2018, § 131., Rn. 172. Čl. 132. (3.) AktG-a izrijekom propisuje kako se na ovaj sudski postupak primjenjuje *mutatis mutandis* čl. 99. AktG-a – propis o postupovnim pravilima u izvanparničnim postupcima, *Zakon o postupku u obiteljskim i izvanparničnim stvarima* (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 45 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist; u daljnjem tekstu: FamFG).



slovensko pravo.<sup>18</sup> Time se jamči da će postupak biti brži od parničnog, troškovno isplativiji, te se omogućava lakši pristup sudskoj provedbi davanja informacija.<sup>19</sup>

### 3.1. Povijesni problem uređenja izvanparničnog postupka u Republici Hrvatskoj

Prije negoli se pristupi analizi sudske zaštite prava dioničara na obaviještenost, potrebno je upozoriti na problem uređenja izvanparničnog postupka u Republici Hrvatskoj.<sup>20</sup> Ističe se kako je Republika Hrvatska ostala usamljena kada je riječ o (ne)usvajanju zakona o izvanparničnom postupku budući da su, izuzev nje, sve republike bivše Jugoslavije to učinile.<sup>21</sup> Hrvatsko izvanparnično pravo okarakterizirano je kao “nedostatno pravno uređeno i pravno šaroliko” zbog nedovoljnih pravnih izvora te opsežne, raznolike pravne materije i nejednakog vremenskog nastanka raznovrsnih pravnih izvora.<sup>22</sup> Donedavno su u primjeni bila pravna pravila Zakona o vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju (dalje u tekstu: ZVP 1934).<sup>23</sup> Njihova zastarjelost te neprimjenjivost u modernim, novonastalim uvjetima predstavljala je svojevrsni problem.<sup>24</sup> Osim toga nedostatak cjelovitog zakona koji bi regulirao materiju izvanparničnog postupka te velik broj hrvatskih zakona, primarno materijalnopravnog karaktera, koji su sadržavali i postupovne odredbe, pa tako i ZTD, doveli su do nastanka pravnih praznina koje su se

<sup>18</sup> Čl. 306. ZGD-1 samo propisuje kako odluku o tome mora li uprava dati tražene obavijesti donosi sud na prijedlog dioničara. Odgovor na pitanja vrste postupka krije se u čl. 50. ZGD-1, koji propisuje slučajeve u kojima sud odlučuje u izvanparničnom postupku, a među kojima je i odluka o pravu dioničara na obaviještenost. Čl. 52. ZGD-1 dodatno propisuje primjenu zakona koji uređuje izvanparnični postupak, Zakon o nepravdnom postupku, Uradni list RS, št. 16/19 (u daljnjem tekstu: ZNP Slovenije). Detaljnije u: Rijavec, Vesna, Galič, Aleš (ur.), *Zakon o nepravdnom postupku (ZNP-1): razširjena uvodna pojasnila*, Lexpera, GV Založba, Ljubljana, 2020.

<sup>19</sup> Siems, 2019, § 131., Rn. 1–2; Poelzig, Dörte, u: Henssler, Martin (GesamtHrsg), Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard (Hrsg.), Beck-online GROSSKOMMENTAR, C. H. Beck, München, 2021, AktG § 132., Rn. 2. Starija pravna doktrina kao bitne značajke izvanparničnog postupka te diferencijacijske kriterije u odnosu na parnični ističe sljedeće: raznovrsnost i mnogobrojnost izvanparničnih postupaka, nepostojanje zajedničke, bitne karakteristike svih izvanparničnih postupaka, izvanredni put pravne zaštite, nespornost – teorija spora, koja je modificirana teorijom stranaka, prevencija budućih povreda subjektivnih građanskih prava, konstitutivnost sudskih odluka donesenih u izvanparničnom postupku. Više u: Zuglia, Srećko, *Vanparnični postupak u ostavinskim, porodičnim, zemljišnoknjižnim, eksproprijacionim, amortizacionim i drugim stvarima*, Školska knjiga, Zagreb, 1956, str. 6–12. Izvanparnično procesno pravo definirano je upravo heterogenošću postupovnih pravila, za razliku od jedinstvenosti homogene pravne cjeline parničnog postupovnog prava. Više u: Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Izvanparnično procesno pravo*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1982, str. 9

<sup>20</sup> O razvoju hrvatskog izvanparničnog procesnog prava, koje Maganić dijeli na razdoblja Carskog patenta 1854., Zakona o vanparničnom postupku 1934., Zakona o nasljeđivanju Jugoslavije 1955., republičkih zakona o izvanparničnom postupku te zakona RH nakon osamostaljenja Hrvatske, detaljnije u: Maganić, Aleksandra, *Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 27, br. 1, 2006, str. 468–473.

<sup>21</sup> Maganić, 2006, str. 473.

<sup>22</sup> Nacrt prijedloga iskaza o procjeni učinaka propisa za Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku, Zagreb, lipanj 2015., dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=1423> (15. 10. 2023.).

<sup>23</sup> Zakon o vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, 45–175/1934, temeljem Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, NN 73/91.

<sup>24</sup> Maganić, 2006, str. 473.

mogle popunjavati ili pozivom na relevantne odredbe ZVP 1934 ili supsidijarnom primjenom odredbi Zakona o parničnom postupku, na koje upućuje i sam ZVP 1934, ali i značajan broj specifičnih zakona koji uređuju raznovrsne izvanparnične postupke.<sup>25</sup> Dika i Maganić ističu da su izvanparnični postupci u statusnim stvarima trgovačkih društava pritom posebice nedostatno uređeni.<sup>26</sup> Dika je prije donošenja ZIP-a definirao dva problema koja se javljaju zbog ograničenog uređenja ZTD-om kada je riječ o posebnostima postupka u trgovačkim statusnim stvarima, koji su čl. 40. (2.) ZTD-a određeni kao izvanparnični. Prvi je problem taksativnosti liste takvih stvari, iz čega Dika izvodi zaključak da bi se ostale trgovačke statusne stvari koje nisu obuhvaćene predmetnom odredbom rješavale po pravilima parničnog, a ne izvanparničnog postupka, koja bi možda bolje odgovarala pojedinoj naravi stvari (primjerice, zbog brzine postupanja suda). Drugi je problem supsidijarnog izvora izvanparničnog postupovnog prava, točnije hoće li to biti pravila ZVP1934, Zakona o sudskom registru<sup>27</sup> ili Zakona o parničnom postupku.<sup>28</sup> Odgovorom na to pitanje također bi se riješilo pitanje koja se pravila imaju smatrati općim pravilima trgovačkog statusnog izvanparničnog postupovnog prava, između ostalog i sudskog davanja obavijesti dioničarima.<sup>29</sup>

Stoga su se motivi za reformu izvanparničnog prava nalazili u dotrajalosti pravila ZVP 1934, nesustavnom i selektivnom uređenju posebnih izvanparničnih postupaka te neprikladnosti podredne primjene pravila ZPP-a.<sup>30</sup> Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku iz lipnja 2015. ponudio je dva normativnopravna pravca: posebni propisi koji bi uredili materiju svakog postupka koji se treba voditi prema izvanparničnim pravilima ili izrada potpuno novog i cjelovitog propisa, zakona o izvanparničnom postupku.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Čl. 21. (1.) ZVP 1934. Maganić, 2006, str. 472; Maganić, 2015, str. 149; Maganić, Aleksandra, *Privremeno zaustavljanje aktivnosti u izvanparničnom postupku*, Pravni život 57, br. 13, 2008, str. 319. Potvrđeno VTSRH, Pž-4983/2017 od 21. kolovoza 2017. te Pž-617/16 od 3. veljače 2016.

<sup>26</sup> Dika, Mihajlo, Maganić, Aleksandra, *Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku – neka izabrana pitanja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 44, br. 1, 2023, str. 215.

<sup>27</sup> Zakon o sudskom registru, NN 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13, 93/14, 110/15, 40/19 (u daljnjem tekstu: ZSR).

<sup>28</sup> Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22 (u daljnjem tekstu: ZPP).

<sup>29</sup> Dika, Mihajlo, *Trgovački statusni izvanparnični postupci*, u: Crnić, Ivica (ur.), Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse (građansko i trgovačko pravo u praksi), br. 2, 1995, str. 73–75. Dika smatra da je ZSR-om određen pozitivnopravni temelj općeg trgovačkog statusnog izvanparničnog prava, koji u čl. 20. (2.) izravno upućuje na odredbe ZPP-a koje će poslužiti kao supsidijarni izvor prava. Dika, 1995, str. 77.

<sup>30</sup> Maganić, Aleksandra, *Novine u izvanparničnom pravu u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 19, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Neum, 2022, str. 154–161.

<sup>31</sup> Maganić, 2015, str. 150–151.

### 3.2. Zakon o izvanparničnom postupku iz 2023. godine

U lipnju 2023. godine konačno je stupio na snagu ZIP, čime je prestala primjena pravnih pravila ZVP 1934.<sup>32</sup> Izuzev uređenja posebnih izvanparničnih postupaka zakon sadrži opće odredbe, kojima se detaljno uređuju temeljni instituti izvanparničnog prava, čime je hrvatski pravni sustav dobio opći i osnovni normativni sustav, koji bi se trebao primjenjivati u svim izvanparničnim postupcima. Riječ je o zakonu koji je kreiran i donesen po uzoru na hrvatskoj pravnoj tradiciji srodne germanske modele, austrijski i njemački zakon o izvanparničnom postupku.<sup>33</sup> ZIP izrijeком propisuje da se njegove opće odredbe primjenjuju na sve izvanparnične postupke osim ako odredbama tog zakona kojima se uređuju posebni postupci ili drugim zakonima kojima su uređeni izvanparnični postupci nije drukčije određeno.<sup>34</sup> Time je zakonodavac ostvario cilj ujednačenosti postupanja te je doprinio ostvarenju pravne sigurnosti, uz poštivanje svih dužnih razlika koje zahtijevaju nužno odstupanje od općih pravila u različitim izvanparničnim postupcima.<sup>35</sup> S obzirom na to da je ZTD *lex specialis*, opće odredbe ZIP-a primjenjivat će se u izvanparničnim postupcima prema ZTD-u kada i ako ZTD ne propisuje suprotno.<sup>36</sup> Iako bi tumačenjem temeljem kriterija vremena ZIP kao kasniji zakon trebao derogirati ZTD kao onaj raniji, to ipak neće biti slučaj budući da ZTD sadrži posebne odredbe o izvanparničnom postupku, zbog čega ima prednost u primjeni. Stoga za odnos općih odredbi ZIP-a i odredbi ZTD-a kao posebnih ne vrijedi pravilo lat. *Lex posterior derogat legi priori*.<sup>37</sup>

ZIP za popunjavanje pravnih praznina predviđa primjenu odredbi ZPP-a.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> Čl. 122. ZIP-a.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) StF: BGBl. I Nr. 111/2003 (NR: GP XXII RV 224 AB 268 S. 38. BR: AB 6895 S. 703.) te FamFG. Maganić, 2022, str. 163.

<sup>34</sup> Čl. 1. (2.) ZIP-a. Sadržajno istovjetnu odredbu sadrži ZNP Slovenije u čl. 1. (3.).

<sup>35</sup> Maganić, 2015, str. 152. Poseban problem pravne nesigurnosti nastaje zbog toga što je sudska praksa, koja ne predstavlja formalan izvor prava, tijekom godina zauzimala različite stavove te je na taj način nastojala ispraviti neprikladna pravila ZVP 1934. Vidjeti: Maganić, Aleksandra, *Novo uređenje izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj*, Informator br. 6356, 2015. Jednako u Maganić, 2022, str. 162.

<sup>36</sup> Aras Kramar, Slađana, *Opće odredbe o izvanparničnom postupku*, Pravo i porezi, br. 7–8, 2023, str. 55. Riječ je o pravilu lat. *Lex specialis derogat legi generali*, prema kojem prednost u primjeni imaju one odredbe koje uređuju posebne izvanparnične postupke ako su one suprotne općim odredbama predviđenima ZIP-om. Dika, Maganić, 2023, str. 207. Pritom Kačer i Ivančić-Kačer napominju da je ponekad vrlo teško odrediti koja je pravna norma opća, a koja posebna, iako je to naizgled načelno jednostavan zadatak. Više u: Kačer, Hrvoje, Ivančić-Kačer, Blanka, *O rješavanju antinomija i pravnih praznina (posebno) na primjeru odnosa Zakona o sportu i Zakona o obveznim odnosima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 54, br. 2, 2017, str. 408–410.

<sup>37</sup> Dika, Maganić, 2023, str. 208.

<sup>38</sup> Čl. 2. ZIP-a. Zakonodavac je opće uputio na odgovarajuću primjenu odredbi ZPP-a, što je u pojedinim zakonskim odredbama dopunjeno konkretnom uputom na primjenu odgovarajućih odredbi ZPP-a koje uređuju konkretan procesnopravni institut. Maganić, 2015, str. 161, 163.

Bitno je istaknuti kako ZIP ne uređuje izvanparnični postupak u statusnim stvarima trgovačkih društava kao jedan od posebnih izvanparničnih postupaka.<sup>39</sup> To je razlika u odnosu na Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku od 5. srpnja 2022., koji je izrijekom uređivao predmetni postupak, a koji je Ministarstvo pravosuđa i uprave nakon 24. sastanka Radne skupine izostavilo iz teksta zakona koji je uputilo na e-savjetovanje koncem 2022. godine.<sup>40</sup> Tako je izvanparnična stvar o pravu dioničara da bude obaviješten uređena materijalnopravnim odredbama ZTD-a, dok glavninu procesnih odredbi sadrži ZIP.

#### **4. POKRETANJE POSTUPKA SUDSKE ZAŠTITE POVRIJEĐENOG PRAVA NA OBAVIJEŠTENOST U KONTEKSTU NOVOG ZIP-A**

##### **4.1. Sudska nadležnost i pravni interes za zaštitu prava na obaviještenost u izvanparničnom postupku**

Dioničar kojem je povrijeđeno pravo na obaviještenost mora zahtjev podnijeti nadležnom trgovačkom sudu na čijem se području nalazi sjedište društva koje je upisano u sudskom registru kao isključivo nadležnom.<sup>41</sup> Za usporedbu, čl. 3. ZIP-a izrijekom za rješavanje izvanparničnih postupaka u prvom stupnju propisuje nadležnost općinskog suda uvijek kada tim zakonom ili nekim drugim zakonom koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku nije drukčije određeno. Budući da je ZTD kao *lex specialis* izrijekom propisao nadležnost trgovačkog suda u ovoj pravnoj stvari, time je derogirana opća odredba o nadležnosti. VTSRH odlučuje o žalbama protiv odluka koje su u prvom stupnju donijeli trgovački sudovi.<sup>42</sup>

Potrebno je kao prethodno pitanje utvrditi u kojim će slučajevima dioničar imati pravni interes voditi predmetni izvanparnični postupak.<sup>43</sup> Sudska je praksa iznjedrila stajalište kako predmet izvanparničnog postupka po čl. 288. ZTD-a može biti samo davanje

---

<sup>39</sup> ZIP regulira sljedeće posebne postupke: Proglašenje nestale osobe umrlom i dokazivanje smrti (Glava I.); Dobrovoljna procjena i prodaja (Glava II.); Sudski i javnobilježnički polog (Glava III.); Sudski poništaj (amortizacija) isprava (Glava IV.); Imenovanja, određivanje rokova i druge radnje (Glava V.).

<sup>40</sup> Dika, Maganić, 2023, str. 216.

<sup>41</sup> Čl. 288. (1.) u vezi s čl. 40. ZTD-a. VTSRH je u presudi Pž-195/04 od 10. veljače 2004. godine ustanovio kako odredba kojom je čl. 40. ZTD-a propisana nadležnost suda ne znači i isključivu nadležnost, već će to biti slučaj samo kada se takva nadležnost izričito propiše kao isključiva. Vidjeti Barbić, Jakša, Tužba za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva: neka odabrana pitanja, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 63, br. 3–4, 2013, str. 494, fn. 1. Njemačko pravo također propisuje isključivu nadležnost njemačkog regionalnog suda (Landgericht) na čijem području društvo ima sjedište (čl. 132. (1.) AktG-a.). Slovensko pravo takvu odredbu ne poznaje, već određuje nadležnost okružnog suda u sjedištu trgovačkog društva ili poduzetnika (čl. 8. i 51. ZGD-1).

<sup>42</sup> Čl. 24. Zakon o sudovima, NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23.

<sup>43</sup> Primjerice, pravna pravila ZVP 1934 u čl. 5. određivala su da pravni interes za vođenje izvanparničnog postupka ima osoba na koju se odluka suda neposredno odnosi ili ona osoba koja ostvaruje svoj pravni interes time što traži da sud donese određenu odluku, dok ZIP takvu odredbu ne poznaje.

obavijesti iz čl. 287. (1.) ZTD-a.<sup>44</sup> Dakle, dioničaru se može zajamčiti sudska zaštita prava na obaviještenost samo ako uprava nije udovoljila njegovu zahtjevu u cijelosti ili djelomično i ako su takve obavijesti nelegitimno uskraćene. Stoga je preduvjet za udovoljavanje zahtjevu za zaštitom tog prava da dioničar na skupštini bezuspješno zatraži podatke o poslovima društva potrebne za ocjenu predmeta dnevnog reda skupštine.<sup>45</sup> Takav pravni interes ima dioničar koji je pitanje postavio na glavnoj skupštini, ali mu je uprava odgovor uskratila. Suprotno tome, dioničari koji na glavnoj skupštini uopće nisu zatražili takvu obavijest od uprave ili su odgovor dobili u tom su pravu prekludirani.<sup>46</sup> Barbić smatra da će dioničar kojem je uskraćena obavijest imati pravni interes voditi taj izvanparnični postupak do pravomoćne odluke suda, što je sudska praksa potvrdila, zato što dioničar koji ostvari uspjeh u postupku ima pravo zahtijevati naknadu štete od uprave društva zato što je, primjerice, donio odluku da će dionice prodati. Dodatno, nakon odluke izvanparničnog suda o neopravdanoj uskrati u parnici radi pobijanja odluke glavne skupštine zbog uskrate prava na obaviještenost parnični bi se sud mogao usredotočiti samo na ocjenu je li uskrata obavijesti mogla utjecati na donošenje predmetne odluke, čime se pridonosi ekonomičnosti, pojednostavnjivanju i skraćivanju trajanja postupka.<sup>47</sup>

#### 4.2. Dispozicijski izvanparnični postupak – oblik, sadržaj i rok za podnošenje prijedloga

Nakon što je nesporno utvrđeno da se o predmetnom pravu odlučuje u izvanparničnom postupku, postavlja se pitanje je li riječ o postupku koji se pokreće na zahtjev, odnosno prijedlog, ili po službenoj dužnosti. O odgovoru na pitanje je li riječ o dispozicijskom ili oficijelnom izvanparničnom postupku ovisit će također odgovor na pitanje koja će se načela u prikupljanju dokaza i postupovnog materijala te poduzimanju procesnih radnji primjenjivati.<sup>48</sup> Hrvatski zakonodavac takav je uvjet propisao čl. 288. (1.) ZTD-a određivši kako sud odlučuje o *zahtjevu* dioničara o tome mora li uprava, odnosno moraju li izvršni direktori, dati obavijesti. Stoga je moguće zaključiti kako je riječ o dispozicijskom

<sup>44</sup> VTSRH, Pž-1454/11 od 7. ožujka 2011. Budući da su predlagatelji u ovom postupku tražili dostavu zapisnika s glavne skupštine, a ne i obavijesti iz članka 287. (1.) ZTD-a, Sud je postavljeni zahtjev odbio kao neosnovan. Jednako VTSRH, Pž-315/06 od 31. siječnja 2006.

<sup>45</sup> Podgoršek, Bojan, *Praktični vidiki in problemi izvedbe skupščine d. d. – notarski pogled*, Podjetje in delo, br. 6–7, 2009, str. 1097; Podgoršek, Bojan, *Notarske listine pri poslovanju in organiziranju gospodarskih družb*, Podjetje in delo, br. 6–7, 2014, str. 1320–1330. Za slovensku sudska praksu vidjeti primjerice: VS u Ljubljani, VSL sklep I Cpg 902/05 od 17. studenog 2005; VS u Koprju, VSK sklep Cpg 47/2015 od 20. svibnja 2015. Prema slovenskoj pravnoj doktrini Podgorelec ističe kako značaj zakonske odredbe članka 306. ZGD-1 leži u činjenici da se njome konkretizira kada dioničar uopće ima pravni interes za sudska zaštitu. Podgorelec, Peter, *Informacijske pravice družbenikov*, GV založba, Ljubljana, 2007, str. 117. Prema njemačkoj pravnoj doktrini preduvjet za podnošenje zahtjeva u skladu s čl. 132. AktG-a jest da sud odluči trebaju li se dati informacije koje su zatražene na glavnoj skupštini jer bi u suprotnom sudski postupak poprimio karakter „zamjenske glavne skupštine“. Siems, 2019, § 131., Rn. 10.; Poelzig, 2021, § 132, Rn. 16.

<sup>46</sup> Poelzig, 2021, § 132., Rn. 21.; Siems, 2019, § 131., Rn. 15. Potvrđeno hrvatskom (VTSRH, Pž-1312/09 od 19. ožujka 2009.; VTSRH, Pž-7413/17 od 12. prosinca 2017.; VTSRH, P-6883/18 od 7. prosinca 2018.) te slovenskom sudska praksom (VS u Ljubljani, VSL sklep I Cpg 902/05 od 17. studenog 2005.).

<sup>47</sup> VTSRH, Pž-1868/07-3 od 8. lipnja 2007.; VTSRH, Pž-3251/18 od 22. svibnja 2018. Barbić, 2010, str. 543.

<sup>48</sup> Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Vanparnično procesno pravo*, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 1980, str. 21.

izvanparničnom postupku, u kojem se poduzimaju radnje i prikupljaju materijali koji se razlikuju od načela primjenjivih u oficijelnom izvanparničnom postupku.<sup>49</sup> Ono što je pritom potrebno razlučiti jest tko takav zahtjev može podnijeti, protiv koga, mora li on biti određenog oblika te postoji li rok u kojem se mora podnijeti.

Sam ZTD ni u čl. 288. ni u drugim člancima ne propisuje kakva oblika mora biti. Takvu pravnu prazninu prije je bilo moguće popuniti pozivanjem na pravna pravila ZVP 1934, kao i supsidijarnom primjenom ZPP-a, točnije, u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik.<sup>50</sup> ZIP je izrijekom propisao da se izvanparnični postupak pokreće prijedlogom stranke, koji se, pod uvjetom da se odmah ne odbaci, dostavlja svim osobama koje su naznačene kao stranke u postupku prema odredbama ZPP-a o dostavi tužbe. Nadalje, ZIP ne propisuje bitne zahtjeve tog prijedloga, već samo propisuje da iz prijedloga treba biti jasno kakvu odluku ili drugu sudsku radnju predlagatelj zahtijeva te na kojoj činjeničnoj osnovi temelji zahtjev.<sup>51</sup> S druge strane, čl. 288. ZTD-a te čl. 132. AktG-a izrijekom rješavaju pitanje roka za podnošenje zahtjeva (dane u kojem je moguće podnijeti zahtjev, kao i točno određenje početka roka), što nije slučaj i sa slovenskim rješenjem.<sup>52</sup> ZTD propisuje prekluzivni rok od 15 dana, koji počinje teći od dana kada je održana glavna skupština na kojoj je dioničaru odbijeno davanje obavijesti.<sup>53</sup> Zahtjev koji je podnesen nakon navedenog roka trebalo bi odbaciti kao nepravovremen.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Maganić, 2022, str. 16. Jednako određuju njemačko (čl. 132. (1.) AktG-a) te slovensko (čl. 306. ZGD-1) pravo.

<sup>50</sup> Maganić, 2006, str. 467. Vidjeti čl. 6. (1.) ZVP 1934 te čl. 106. ZPP-a. Pritom je Dika smatrao najspornijim podnošenje prijedloga usmeno na zapisnik. U prilog njegovoj zabrani u trgovačkim statusnim izvanparničnim stvarima govori čl. 501. ZPP-a, koji izrijekom propisuje kako stranke u postupku pred trgovačkim sudovima ne mogu izvan ročišta davati izjave usmeno na zapisnik kod suda. Dika, 1995, str. 87.

<sup>51</sup> Čl. 10. i 11. ZIP-a. Prema njemačkom pravu AktG također ne propisuje detaljna proceduralna pravila, već se primjenjuje čl. 25. FamFG-a, koji određuje podnošenje zahtjeva u pisanom ili usmenom obliku. Siems, 2019, § 131., Rn. 12. Jednako vrijedi i za slovensko pravo, gdje za rješavanje predmetnih pitanja treba konzultirati ZNP Slovenije, koji u čl. 23. određuje što prijedlog mora sadržavati. Plavšak, Nina, *ZGD in sodišča: Nova ureditev nepravdnih postopkov v Zakonu o gospodarskih družbah*, Podjetje in delo, br. 6–7, 2001, str. 787–793. Kada je riječ o pitanju oblika zahtjeva, čl. 105.b Zakona o pravdnem postopku, Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečišćeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US, 1/22 – odl. US in 3/22 – Zdeb (u daljnjem tekstu: ZPP Slovenije) navodi kako prijava može biti pisana u fizičkom ili elektroničkom obliku.

<sup>52</sup> To ne propisuje ni čl. 306. ili neki drugi čl. ZGD-1, ali ni ZNP ili ZPP Slovenije kao supsidijarni propisi.

<sup>53</sup> Čl. 288. (2.) ZTD-a. Njemački je zakonodavac propisao rok od dva tjedna nakon glavne skupštine, na kojoj je odbijen zahtjev za obavijesti (čl. 132. (2.) AktG-a). Riječ je o prekluzivnom roku. Poelzig, 2021, § 132., Rn. 18. VTSRH je odlučivao o pravovremenosti podnesenih zahtjeva u Pž-1868/07-3 od 8. lipnja 2007. uzevši u obzir čl. 288. (2.) ZTD-a, kao i odredbu ZPP-a (čl. 112. (4.)) kojom se propisuje način računanja rokova. Nadalje, VTSRH je u presudi Pž-3251/18 od 22. svibnja 2018. potvrdio da ZTD sadrži izričite rokove u kojima dioničari moraju poduzeti određene radnje upravo zbog pravne sigurnosti te je dioničar obavezan poduzeti radnje u zakonom predviđenom roku jer u protivnom gubi pravo na pokretanje postupka.

<sup>54</sup> Čl. 282. (1.) ZPP-a. Potvrđeno presudama VTSRH, Pž-3251/18 od 22. svibnja 2018. te Pž-3041/18 od 28. svibnja 2018., kao i TS u Zagrebu, R1-256/2018 od 22. listopada 2018.

### 4.3. Aktivna i pasivna legitimacija za pokretanje izvanparničnog postupka

ZIP kao stranke u izvanparničnom postupku određuje predlagatelja te osobu koju je predlagatelj označio kao protustranku.<sup>55</sup> Stoga je potrebno identificirati može li od suda donošenje odluke o davanju obavijesti zahtijevati svaki dioničar ili on mora ispunjavati određene uvjete za predlagatelja u izvanparničnom postupku. Zahtjev sudu može uputiti jedino dioničar predmetnog društva.<sup>56</sup> No vrlo je važno vremenski odrediti njegov status dioničara. U situacijama kada dioničar koji je zatražio obavijest koja mu je uskraćena na glavnoj skupštini tijekom vođenja izvanparničnog postupka prestane biti dioničarem tog društva tada nakon prestanka članstva u društvu prestaje i njegovo pravo zahtijevati da sud odluči o obvezi uprave da mu daju obavijest. Također, njegov pravni položaj ne prelazi na stjecatelja dionice.<sup>57</sup> Njemačka pravna doktrina smatra da status dioničara svakako mora postojati u vrijeme održavanja glavne skupštine, kada je postavljen zahtjev za informacijama, pri podnošenju zahtjeva sudu te sve do završetka toga sudskog postupka, u kojem je odlučeno o davanju obavijesti dioničaru.<sup>58</sup> Hrvatsko pravo aktivno legitimirane dioničare dijeli u dvije kategorije.<sup>59</sup> U prvoj je riječ o dioničaru koji je zatražio obavijest ali mu ona nije dana.<sup>60</sup> Pritom, iako je dioničaru u slučaju uskrate obavijesti dana mogućnost da sukladno čl. 287. (4.) ZTD-a zatraži da se njegovo pitanje i razlog uskrate unesu u zapisnik o radu glavne skupštine, nepostupanje po navedenom ne dovodi do pravne i faktične nemogućnosti korištenja pravnim sredstvom zaštite tog prava budući da se okolnost da je dioničar zatražio obavijest, ali mu je ona uskraćena, može dokazivati i drugim sredstvima.<sup>61</sup> U drugoj se kategoriji nalazi dioničar koji je prisustvovao glavnoj skupštini i na zapisnik izjavio protivljenje odluci koja je donesena o točki dnevnog reda na koju se obavijest odnosi.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Čl. 5. (1.) ZIP-a.

<sup>56</sup> Čl. 288. (1.) ZTD-a. Jednako čl. 132. (2.) AktG-a i čl. 306. ZGD-1. Iako je davanje punomoći za podnošenje zahtjeva načelno dopušteno, Siems je stava kako se ne može implicitno pretpostaviti da punomoć za postupanje u okviru čl. 131. AktG-a vrijedi i za pokretanje izvanparničnog postupka. Siems, 2019, § 131., Rn. 7.

<sup>57</sup> Barbić, 2010, str. 543; Poelzig, 2021, § 132., Rn. 10. Iako njegov pravni položaj ne prelazi na stjecatelja dionice, kada dioničar premine nakon završetka glavne skupštine, tada će se pravo na podnošenje zahtjeva prenijeti na nasljednika putem univerzalne sukcesije. Poelzig, 2021, § 131., Rn. 8.

<sup>58</sup> Poelzig, 2021, § 132., Rn. 10.; Siems, 2019, § 131., Rn. 8.

<sup>59</sup> Čl. 288. (2.) ZTD-a. Jednako čl. 132. (2.) AktG-a. Navedena podjela potvrđena je relevantnom sudskom praksom: VTSRH, Pž-1868/07-3 od 8. lipnja 2007., te VTSRH, P-6883/18 od 7. prosinca 2018. Zajednički uvjet obje skupine aktivno legitimiranih jest da to pravo mogu ostvarivati jedino ako su sudjelovali ili bili zastupani na glavnoj skupštini. Barbić, 2010, str. 542; Poelzig, 2021, § 132., Rn. 11.

<sup>60</sup> VTSRH, Pž-2510/05 od 10. ožujka 2008.; VTSRH, P-6508/18 od 15. studenog 2018.

<sup>61</sup> Barbić, 2010, str. 542. VTSRH, Pž-1378/08 od 12. ožujka 2008., potvrdio je da je riječ o dioničarovu pravu, a ne i obvezi. Za njemačko pravo jednako: Siems, 2019, § 131., Rn. 9.; Poelzig, 2021, § 132., Rn. 12.

<sup>62</sup> Slakoper, Zvonimir, Buljan, Vesna, *Trgovačka društva prema Zakonu o trgovačkim društvima i domaćoj inozemnoj sudskoj praksi*, TEB – poslovno savjetovanje, Zagreb, 2010, str. 309; Parać, 2011, str. 133. Potvrđeno presudama R1-186/2019 TS u Zagrebu od 26. srpnja 2019.; R1-256/2018 od 22. listopada 2018., VTSRH, P-5752/19 od 17. listopada 2019. Njemačka pravna doktrina naglašava da se protivljenje može izjaviti tek nakon objavljivanja odluka donesenih na glavnoj skupštini. Siems, 2019, § 131., Rn. 9.; Poelzig, 2021, § 132., Rn. 13. Iako ZGD-1 ovo izričito ne propisuje, Podgorelec predlaže da se isto primijeni u slovenskom pravu, točnije, da dioničar koji je zatražio informacije i dioničar koji nije postavio pitanje, ali je bio nazočan na glavnoj skupštini, imaju pravo podnijeti prijedlog prema čl. 306. ZGD-1. Podgorelec, 2004,

Jednako je važno pitanje protiv koga se upućuje takav zahtjev, odnosno pitanje pasivne legitimacije. Potrebno je kazati da ZTD, ZIP ni ZPP ne daju odgovor na to pitanje. Autorica smatra kako je odgovor na njega povezan s odgovorom na pitanje tko je u obvezi dati obavijesti na glavnoj skupštini. Budući da je obveznik samo dioničko društvo, iako tu obvezu u ime društva ispunjava uprava, jednako vrijedi i za podnošenje predmetnog zahtjeva sudu. Zahtjev se nikada ne podnosi protiv uprave koja je uskratila obavijest, već protiv dioničkog društva u kojem ta uprava obnaša funkciju.<sup>63</sup> VTSRH je istaknuo da uprava društva nema pravnu osobnost, zbog čega se zahtjev ne može upraviti prema njoj, ali da se u izreci rješenja davanje obavijesti može naložiti upravi društva, čija je to zakonska obveza.<sup>64</sup>

## 5. DONOŠENJE ODLUKE O PRAVU NA OBAVIJEŠTENOST U SUDSKOM POSTUPKU U KONTEKSTU NOVOG ZAKONA O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU

### 5.1. Prvostupanjski i drugostupanjski postupak

Sudski postupak u kojem se odlučuje o pravu dioničara da budu obaviješteni predstavlja hitan postupak.<sup>65</sup> S obzirom na značaj i ulogu koju određena informacija može imati na odluke dioničara intencija zakonodavca da predmetni postupak označi hitnoćom svakako nije iznenađujuća. Slovensko pravo dodatno naglašava potrebu hitnog postupanja time što sud o prijedlogu kojim se zahtijeva davanje obavijesti mora odlučiti u roku od pet dana od njegova primitka. Time se postiže cilj da je sudska zaštita materijalnih prava učinkovita samo ako je razumno ekspeditivna.<sup>66</sup> Sud je dužan strankama omogućiti da postavljaju svoje zahtjeve, da ih potkrjepljuju činjenicama, dokazima te pravnim navodima, kao i omogućiti da se o navodima i zahtjevima protustranke izjasne, čime se postiže oživotvorenje načela saslušanja stranke u dispozicijskom izvanparničnom postupku.<sup>67</sup> Čl. 17. ZIP-a uveo je razlikovni kriterij kada je riječ o samoj primjeni raspravnog i istražnog načela.<sup>68</sup> Za razliku od oficijelnih postupaka, u drugim se postupcima na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a u pogledu ovlasti suda na utvrđivanje činjenica te izvođenje dokaza.<sup>69</sup> Maganić ističe da u dispozicijskim postupcima vlada raspravno

---

str. 225. Ono što Podgorelec također napominje jest da slovenskom zakonu nedostaje izričita zakonska odredba o bilježenju prigovora u zapisniku kao formalnog procesnog preduvjeta za ostvarivanje sudske zaštite prema čl. 306. ZGD-1 od strane drugog dioničara. Podgorelec, 2007, str. 118, fn. 167.

<sup>63</sup> Barbić, 2010, str. 542; Franjić, Vanda, *Upravljačka prava dioničara s posebnim osvrtom na pravo na obaviještenost*, <https://www.vtsrh.hr>, (26.10.2023.) str. 8. Jednaki stav zastupa i njemačka pravna doktrina. Siems, 2019, § 131., Rn. 14.

<sup>64</sup> VTSRH, Pž-192/07 od 13. veljače 2007.

<sup>65</sup> Čl. 40 (3) ZTD-a. Jednako čl. 6. ZVP-a Slovenije, koji se primjenjuje za sve izvanparnične postupke.

<sup>66</sup> Čl. 52. ZGD-1. Plavšak, 2001, str. 787–793.

<sup>67</sup> Čl. 16. (1.) ZIP-a. Načelo saslušanja sudionika jamči se predlagatelju i protivniku. Dika, 1995, str. 86–87.

<sup>68</sup> Razlika je u čijim se rukama nalazi inicijativa za prikupljanje postupovnog materijala, rukama suda ili stranaka. Triva, Dika, 1980, str. 21. Za pregled hrvatske pravne doktrine izvanparničnog procesnog prava vidjeti više u: Maganić, Aleksandra, *Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava)*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2008, str. 95–96.

<sup>69</sup> Čl. 17. (3.) ZIP-a te čl. 219. i 220. ZPP-a.



načelo, koje može biti modificirano primjenom istražnog načela.<sup>70</sup> Prema tome dioničar će morati objasniti da su ispunjeni uvjeti za primjenu instituta prava na obaviještenost, a dioničko društvo tvrdnje koje objašnjavaju razloge uskrate.<sup>71</sup> ZIP je izrijeком uredio pitanje dokazivanja na način da se radi utvrđivanja važnih činjenica mogu koristiti svi odgovarajući dokazi, ali je sud u obvezi prije donošenja odluke o predmetnoj stvari strankama omogućiti da se o izvedenim dokazima izjasne.<sup>72</sup>

Kada je riječ o obliku odluka koje donosi izvanparnični sud, u raspravi koja je prethodila usvajanju ZIP-a Dika je smatrao kako bi se pravila propisana ZSR-om trebala općenito primjenjivati i u trgovačkim statusnim izvanparničnim stvarima – gdje registarski sud odlučuje rješenjem o biti zahtjeva.<sup>73</sup> Takvo je uređenje potvrdio i ZIP određivši da sud u izvanparničnom postupku odlučuje rješenjem o glavnoj stvari te o upravljanju postupkom, a da se u postupku koji se može pokrenuti samo prijedlogom, dakle, također i postupku u kojem se odlučuje o pravu dioničara da bude obaviješten kao dispozicijskom postupku, rješenje donosi u granicama samog prijedloga.<sup>74</sup> Što se tiče samog sadržaja i oblika rješenja, ZIP ističe odgovarajuću primjenu odredbi ZPP-a, ali izrijeком određuje obvezu obrazloženja rješenja o glavnoj stvari, izuzev u ZIP-om propisanim slučajevima.<sup>75</sup>

ZTD dopušta žalbu protiv sudske odluke o pravu dioničara da budu obaviješteni. Referentna je točka čl. 40. (3. i 4.) ZTD-a kao *lex specialis*. Dakle, rok za žalbu jest osam dana, za razliku od ZIP-a, koji u čl. 36. određuje rok od 15 dana od dostave pisanog otpovrka rješenja. Usporednopravno, propisani su rokovi koji se međusobno razlikuju po dužini.<sup>76</sup> ZIP posebno propisuje kako će se svakoj stranci dostaviti primjerak takve žalbe, na koji u roku od osam dana može podnijeti odgovor.<sup>77</sup> Nadalje, sud drugog stupnja dužan je odlučiti o žalbi u roku od 30 dana, a žalba protiv odluka suda donesenih u stvarima iz čl. 288. ZTD-a ne zadržava ovrhu, odnosno nema suspenzivni učinak. U izvanparničnom postupku na granice ispitivanja prvostupanjskoga rješenja u povodu žalbe na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZPP-a o granicama u kojima drugostupanjski sud ispituje prvostupanjsku odluku u povodu žalbe ako odredbama ovoga ili drugog zakona nije drukčije određeno.<sup>78</sup> Vrlo je važno uputiti na razliku koja je vidljiva u njemačkom uređenju kada je riječ o dopustivosti ulaganja žalbe na predmetnu odluku. Za razliku od hrvatskog prava, koje uvijek dopušta žalbu, u njemačkom se pravu žalba može podnijeti samo ako je to regionalni sud (*Landgericht*) svojom odlukom dopustio.<sup>79</sup> Prema

<sup>70</sup> Maganić, 2022, str. 167.

<sup>71</sup> Siems, 2019, § 131., Rn. 17.; Poelzig, 2021, § 131., Rn. 154.; § 132., Rn. 24.

<sup>72</sup> Čl. 23. (1. i 5.) ZIP-a. ZPP u člancima 227.–271. određuje dokazna sredstva koja se mogu koristiti u parničnom postupku.

<sup>73</sup> Čl. 14. ZSR-a. Dika, 1995, str. 89.

<sup>74</sup> Čl. 30. (1. i 2.) ZIP-a. Jednako čl. 31. ZVP-a Slovenije.

<sup>75</sup> Čl. 31. (2.) ZIP-a.

<sup>76</sup> U njemačkom pravu rok je mjesec dana (čl. 63. FamFG-a), a u slovenskom tri dana od dostave rješenja (čl. 52. (2.) ZGD-1).

<sup>77</sup> Čl. 37. ZIP-a.

<sup>78</sup> Čl. 43. ZIP-a u vezi s čl. 365. ZPP-a.

<sup>79</sup> Čl. 132. (3.) AktG-a. Siems, 2019, § 131., Rn. 20. Pritom čl. 70. (2.) FamFG-a određuje kada će se žalba dopustiti.

mišljenju autorice, takvo je uređenje vrlo upitno s obzirom na to da je pravo na obaviještenost važno pravo, koje služi kao instrument kojim dioničar stječe informacije o poslovima društva koje će mu poslužiti za odlučivanje na glavnoj skupštini, pa je za dioničara iznimno važan pristup sudskoj zaštiti, koja uključuje i pravo da viši sud uvijek odluči je li prvostupanjski donio ispravnu odluku o njegovu pravu na obaviještenost.<sup>80</sup>

## 5.2. Pravna snaga sudske odluke o pravu dioničara na obaviještenost te njezino izvršenje

Odluka kojom sud odbija ili prihvaća zahtjev predlagatelja da sud naloži upravi predloženika da u roku od osam dana predlagatelju da obavijesti o poslovima društva predstavlja kondemnatornu odluku, temeljem koje se može tražiti sudska ovrha.<sup>81</sup> ZIP izrijekom određuje da će meritorna odluka suda steći svojstvo pravomoćnosti i ovršnosti sukladno odredbama ZPP-a te zakona kojim se uređuje postupak ovrhe i osiguranja ako nije drukčije propisano ZIP-om ili ZTD-om kao drugim zakonom koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku.<sup>82</sup> Zanimljivo je njemačko rješenje, koje upravi nameće obvezu da pravomoćnu sudsku odluku bez odgode dostavi sudskom registru, čime se zbog praktičnog oživotvorenja načela javnosti sudskog registra jamči da svi dioničari društva za nju saznaju te eventualno koriste prošireno pravo na obaviještenost prema čl. 131. (4.) AktG-a, koje također jamči hrvatsko pravo čl. 287. (3.) ZTD-a određivši da, ako je nekome dioničaru zbog njegova svojstva dioničara dana obavijest izvan glavne skupštine, ona se na glavnoj skupštini mora dati svakome dioničaru društva na njegov zahtjev, pa i onda kada nije potrebna za prosudbu pitanja koja su na dnevnome redu.<sup>83</sup>

ZIP kao izvanredni pravni lijek protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim je postupak završen dopušta u prvom redu reviziju.<sup>84</sup> Reviziju je moguće podnijeti samo ako je to Vrhovni sud Republike Hrvatske prethodno dopustio, što je uvedeno izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2019. godine.<sup>85</sup> Također se može podnijeti prijedlog za preinaku ili ukidanje pravomoćnog rješenja zbog onih razloga zbog kojih se može tražiti ponavljanje postupka prema ZPP-u.<sup>86</sup> U kontekstu realizacije prava na obaviještenost vrlo je važno

<sup>80</sup> S tim u vezi Ustavom Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom (čl. 18.).

<sup>81</sup> Triva, Dika, 1982, str. 11.

<sup>82</sup> Aras Kramar, 2023, str. 62. Čl. 33. (1.) i 48. ZIP-a u vezi s čl. 333. ZPP-a i čl. 25. (1.) Ovršnog zakona, NN 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22 (odluka kojom je naloženo ispunjenje tražbine na neko davanje ili činjenje ovršna je ako je postala pravomoćna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje, koji teče od dana dostave odluke ovršeniku). Njemačka pravna doktrina ističe da gubitak statusa dioničara nakon što je sudska odluka postala pravomoćna ne utječe na obvezu davanja informacija. Kubis, 2018, § 132., Rn. 52.

<sup>83</sup> Čl. 132. (3.) AktG-a. Poelzig, 2021, § 132., Rn. 35.

<sup>84</sup> Čl. 45. ZIP-a u vezi sa čl. 382.–400. ZPP-a.

<sup>85</sup> Čl. 67. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, NN 70/2019. Aras Kramar, 2023, str. 64. Više u: Bratković, Marko, *Revizija po dopuštenju: izazovi i dvojbe*, u: Barbić, Jakša (ur.), *Novine u parničnom procesnom pravu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2020, str. 179–209.

<sup>86</sup> Čl. 46.–47. ZIP-a u vezi čl. 421.–428. ZPP-a.

pitanje može li uprava, pod uvjetom da je sud udovoljio zahtjevu dioničara, obavijesti dati nakon donošenja sudske odluke izvan glavne skupštine ili on mora dočekati narednu glavnu skupštinu. Čl. 288. (3.) ZTD-a izrijeком propisuje da se tada obavijest daje i izvan glavne skupštine.<sup>87</sup> Njemačka pravna doktrina zastupa stav da dioničar ima pravo izabrati hoće li informacije primiti na sljedećoj glavnoj skupštini ili izvan nje. U suprotnom, dioničar bi bio doveden u još nepovoljniji položaj jer se, osim toga što je već oštećen uskratом informacije zbog koje je morao pokretati sudski postupak, daljnjom odgodom informiranja produbljuje informacijski deficit.<sup>88</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Poseban izvanparnični postupak radi davanja obavijesti pojedinom dioničaru jamči posebno pravno sredstvo za zaštitu povrijeđenog prava u postupku kojem je svojstvena brzina postupanja. Osobito je važno što je hrvatski zakonodavac izrijeком uređio da se obavijest daje i izvan glavne skupštine, kada sud udovolji zahtjevu dioničara, čime je izravno utjecao na ubrzavanje postupka davanja obavijesti jer dioničar ne mora čekati narednu glavnu skupštinu, na kojoj bi mogao dobiti informacije, već on to svoje pravo može ostvariti i izvan nje. Posebice treba podsjetiti kako hrvatsko pravo određuje da je protiv odluke suda o zahtjevu dioničara žalba uvijek dopuštena, za razliku od njemačkoga prava. S obzirom na to da je ovo pravo iznimno važno, budući da služi kao instrument kojim dioničar stječe informacije o poslovima društva koje će mu poslužiti za odlučivanje na glavnoj skupštini, za dioničara je iznimno važan pristup sudskoj zaštiti, koja uključuje i pravo da viši sud uvijek odluči je li prvostupanjski donio ispravnu odluku o njegovu pravu na obaviještenost. Uređenje u kojem se ne zahtijeva odluka drugostupanjskog suda o dopustivosti pravnoga lijeka protiv odluke prvostupanjskoga suda o pravu na obaviještenost ocjenjuje se kvalitetnim, posebice s obzirom na to da se Ustavom RH jamči pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom (čl. 18.). Nadalje, budući da ZTD samo propisuje hitnost s kojom je u ovom izvanparničnom postupku potrebno postupati, slovensko pravo može poslužiti kao dobar uzor za propisivanje konkretnoga roka u kojem sud mora odlučiti o prijedlogu dioničara u roku od pet dana od njegova primitka. Nakon provedene analize moguće je zaključiti da će pravni interes za zaštitom prava dioničara da bude obaviješten imati oni dioničari kojima je povrijeđeno pravo na obaviještenost uskratом zatražene obavijesti ili donošenjem odluke glavne skupštine kojom su im povrijeđena informacijska prava, a dioničar je na to reagirao podnošenjem prigovora na javnobilježnički zapisnik.

Zaštita prava dioničara da bude obaviješten ZTD-om je određena kao izvanparnična stvar te je uređena procesnopravnim odredbama ZTD-a, koji konkretno propisuje isključivu stvarnu te mjesnu nadležnost suda, aktivnu legitimaciju i prekluzivni rok za pokretanje postupka, označava hitnost tog postupka, propisuje rok za žalbu i za odlučivanje o njoj te

<sup>87</sup> Jednako čl. 132. (4.) njemačkog AktG-a, dok sadržajno skromni čl. 306. slovenskog ZGD-1 o tome šuti.

<sup>88</sup> Kubis, 2018, § 132., Rn. 49.; Poelzig, 2021, § 132., Rn. 36.; Siems, 2019, § 131., Rn. 24.

izrijekom određuje da žalba protiv odluke suda ne zadržava izvršenje, kao i posljedice udovoljavanja suda zahtjevu. Ipak, najveći dio procesnopravnih odredbi sadrži ZIP, koji zaštitu prava na obaviještenost ne uređuje kao poseban postupak, ali se na njega primjenjuju opće odredbe, kojima se detaljno uređuju temeljni instituti izvanparničnog prava u predmetnom trgovačkom (statusnom) izvanparničnom postupku zaštite prava dioničara kao jedan opći i osnovni normativni sustav, primjenjiv u svim izvanparničnim postupcima. Budući da ZIP izrijekom propisuje da se njegove opće odredbe primjenjuju na sve izvanparnične postupke uvijek izuzev onda kada je odredbama drugih zakona kojima su uređeni izvanparnični postupci drukčije određeno, tako se, uvažavajući sve razlike koje ZTD zahtijeva, nužno odstupa od općih pravila u izvanparničnom postupku zaštite prava na obaviještenost. Poštujući načelo lat. *Lex specialis derogat legi generali*, prednost u primjeni daje se ZTD-u kao onim odredbama koje uređuju posebne izvanparnične postupke ako i kada su one suprotne općim odredbama predviđenima ZIP-om. To je moguće primijetiti kod ZTD-ova uređenja isključive nadležnosti trgovačkog suda za rješavanje zaštite prava dioničara na obaviještenost kao *lex specialis*, čime je derogirana opća odredba ZIP-a o nadležnosti općinskog suda za rješavanje izvanparničnih postupaka u prvom stupnju. Jednako je moguće zaključiti i kod propisivanja roka za žalbu protiv sudske odluke o pravu dioničara da budu obaviješteni, gdje ZTD izrijekom propisuje rok od osam dana, u suprotnosti sa ZIP-om, koji određuje rok od 15 dana. U onim pitanjima koja nisu uređena ZTD-om primjenjuju se opće odredbe ZIP-a, primjerice o primjenjivim načelima u izvanparničnom postupku, obliku odluka koje donosi izvanparnični sud, izvanrednim pravnim lijekovima itd. Nadalje, ako neko pitanje ili nije uopće uređeno ZIP-om ili ZIP upućuje na supsidijarnu primjenu pravila parničnog postupka, tada se odgovarajuće primjenjuju odredbe ZPP-a.

Zaključno, s ciljem sumiranja saznanja, moguće je kazati kako se u izvanparničnoj stvari zaštite prava dioničara na obaviještenost u prvom redu primjenjuju postupnopravna pravila ZTD-a kao *lex specialis*. Ukoliko određeno pitanje nije uređeno ZTD-om, primijenit će se opće odredbe ZIP-a, kojima se detaljno uređuju temeljni instituti izvanparničnog prava u predmetnom trgovačkom (statusnom) izvanparničnom postupku zaštite prava dioničara. Konačno, odgovarajuće odredbe ZPP-a poslužit će ili za popunjavanje pravnih praznina ZIP-a ili onda kada ZIP izrijekom upućuje na njegovu primjenu.

## **PROTECTION OF THE VIOLATED SHAREHOLDERS' RIGHT TO INFORMATION IN THE CONTEXT OF THE NEWLY ADOPTED LAW ON NON-CONTENTIOUS PROCEEDINGS**

*The shareholders' right to information is the right to receive information about a company's affairs if it is necessary for the assessment of matters on the agenda of the general assembly. One way to protect this right is through the shareholder's request, specifying whether the management board or executive directors must provide information. The aim of this paper is to analyse the protection of this shareholders' right, which is safeguarded under the Companies Act, in non-contentious proceedings, using the comparative legal method. In the application of the new Act on Non-Contentious Proceedings, it is noted that the transitional provisions of the act do not contain provisions specifying the application of its general provisions in non-contentious proceedings regulated by the Companies Act or any other special regulation. Therefore, the question is raised of its application in commercial (status) non-contentious proceedings for the protection of the shareholders' right to information.*

Keywords: shareholders' right to information, joint-stock company, non-contentious proceedings, Act on Non-Contentious Proceedings

**Sara Madžarov Matijević**, PhD, Assistant at the Department of Commercial Law and Company Law, University of Rijeka Faculty of Law

PRIKAZI

## PRIKAZ KONFERENCIJE „PRAVNO RASUĐIVANJE“

### HRVATSKA UDRUGA ZA PRAVNU I SOCIJALNU FILOZOFIJU TE TEORIJU PRAVA I DRŽAVE, PRAVNI FAKULTET U ZAGREBU, 1. VELJAČE 2024.

Prikaz

UDK 340.114:159.95(047)

340.13.01(047)

340.111.5(047)

Primljeno: 8. ožujka 2024.

Juraj Rogić\*

Konferencija pod nazivom „Pravno rasuđivanje“ u organizaciji Hrvatske udruge za pravnu i socijalnu filozofiju te teoriju prava i države i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu održana je 1. veljače 2024. godine u prostorijama Društva sveučilišnih nastavnika i drugih nastavnika u Zagrebu. Konferencija se sastojala od sedam izlaganja stručnjaka s područja teorije prava i pravne filozofije, nakon kojih su sudionici imali priliku postavljati pitanja i diskutirati s izlagačima o temi i sadržaju izlaganja. Tako je nakon uvodnih riječi prof. dr. sc. Luke Burazina s Katedre za teoriju prava Pravnog fakulteta u Zagrebu konferencija nastavljena izlaganjima prof. dr. sc. Gorana Dajovića i izv. prof. dr. sc. Bojana Spaića s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu, prof. dr. sc. Ivane Tucak s Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku, prof. dr. sc. Marka Novaka s Europskog pravnog fakulteta Nove univerze u Sloveniji, prof. dr. sc. Žakline Harašić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, izv. prof. dr. sc. Maše Marochini Zrinski s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci te dr. sc. Marina Keršića s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu.

Prvo izlaganje konferencije održao je prof. dr. sc. Goran Dajović s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu. U svojem izlaganju predstavio je ideje koje je iznio u svojoj knjizi *Osnovi pravnog rasuđivanja*. U njoj se, uz pomoć koncepta *Homo iuridicus* kao idealnotipskog instancijskog suca, nastoji prikazati proces pravnog rasuđivanja, i to konkretno rasuđivanja sudaca kao podskupa pravnika pri rješavanju pravnog pitanja u sudskim sporovima kao podskupa onoga o čemu suci rasuđuju. Kako profesor Dajović naglašava, svrha idealnih tipova jest da se iz realnih pojava isključe detalji ili slučajnosti, tj. da se pojednostavne i naglase određene značajke kako bi poslužile kao heurističko ili epistemološko oruđe. Stoga se uz pomoć koncepta *Homo iuridicus* pokušava prikazati po čemu je to rasuđivanje sudaca o spornim pravnim pitanjima specifično, odnosno u čemu se ono sastoji, te na koji se način razlikuje od rezoniranja laika o istim stvarima. Profesor

---

\* Juraj Rogić, mag. iur., diplomiralo na Sveučilištu u Zagrebu Pravnom fakultetu s temom „Pravna načela“

Dajović navodi važnost razlikovanja između otkrića i opravdanja odluke jer upravo suci, za razliku od laika, svoje odluke trebaju utemeljiti na pravnim razlozima, tj. razlozima koji proizlaze iz formalnih i faktičnih izvora prava. Nastavno na to razlikovanje naglašena je i važnost distinkcije između pravnih i faktičnih pitanja u pravnim sporovima. Profesor Dajović smatra kako je faktično pitanje, za razliku od pravnog, pitanje istine. S druge strane, pravno pitanje ne tiče se istine, već značenja, koje utvrđujemo pomoću tumačenjskih argumenta, pa je velik dio knjige i posvećen razradi uobičajenih interpretacijskih argumenta pomoću kojih *Homo iuridicus* pridaje značenje pravnim odredbama. Naglašava se kako, iako je knjiga prikaz idealnog načina na koji suci opravdavaju svoje odluke, ona osim didaktičke ima i praktičnu vrijednost jer pomoću nje možemo spoznati na koje sve načine suci argumentiraju konkretne sudske odluke, odnosno određeno tumačenje pravnih odredbi, tj. što to znači „razmišljati kao pravnik“. Upravo zbog važnosti distinkcije između opravdanja odluke i samog odlučivanja te smještanja pravnog rasuđivanja isključivo u sferu opravdanja neke teme, poput analize razmjernosti i ustavnosudskog odlučivanja, ostale su izvan okvira razmatranja iako se uobičajeno smatra da su dio koncepta pravnog rasuđivanja.

Izv. prof. dr. sc. Bojan Spaić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu održao je drugo izlaganje konferencije. Uvodno je naglašena razlika između konceptualne i deskriptivne teorije pravnog tumačenja. I dok se prva bavi pojmovnim određenjem koncepta pravnog tumačenja, druga daje odgovor na pitanje koje metode suci zaista koriste za pripisivanje značenja pravnim odredbama, odnosno koje argumente koriste za opravdanje pripisanih značenja. Navodi se kako je upravo utvrđivanje i analiza argumenata kojima suci opravdavaju pripisivanje određenog značenja pravnim odredbama glavni zadatak deskriptivne teorije tumačenja. Stoga je pojednostavnjenje, odnosno pojednostavnjeni i sažeti prikaz tumačenjskih argumenata kojima se suci u stvarnosti služe za opravdanje odluka, ključna funkcija tih teorija. Profesor Spaić smatra kako teorijski argumentativni okvir najčešće nije dovoljan za navedenu analizu. Tako je mapiranje, odnosno dijagramski prikaz tumačenjskih argumenta jedan od načina na koji se može unaprijediti njihovo razumijevanje. Pomoću mapiranja popisujemo sve argumente pravnog tumačenja i sve utjecaje na tu djelatnost. Deskriptivne mape primarno nam služe za pravno-analitičku argumentativnu analizu sudskih odluka, što znači da pomoću njih možemo testirati logičku koherentnost sudačke argumentacije. Profesor Spaić u svrhu pojednostavnjenja, odnosno davanja konkretnijih uputa glede tumačenja pravnih tekstova, umjesto mapiranja predlaže algoritamsko izlaganje postupka tumačenja, koje definira kao skupove instrukcija za utvrđivanje normativnog značenja izvora prava. Pomoću tih normativnih algoritama daju se upute tumaču glede ispravnog interpretiranja pravnog teksta. Osim normativnih postoje i deskriptivni te formalno-pravni algoritmi. Deskriptivni algoritmi skupovi su instrukcija koje konkretan sudac koristi za utvrđivanje značenja pravnih odredbi, dok su formalno-pravni algoritmi postupci tumačenja koji su normirani u okviru jednog pravnog sustava. Tako pomoću algoritama pravnog tumačenja možemo prikazati pravnu regulaciju postupka tumačenja, ali i doktrine, odnosno ideologije tumačenja te normativne prakse sudova, tj. standardne algoritme tumačenja u



određenom pravnom poretku. Stoga algoritmi pravnog tumačenja zbog svoje detaljnosti mogu biti korisni sucima za opravdanje određenog tumačenja te se pomoću njih osigurava dosljednost sudačke argumentacije jer se algoritmi mogu prilagoditi različitim doktrinama tumačenja. Također, algoritmi nam služe i za naknadnu kontrolu obrazloženja sudske odluke jer slijeđenje algoritamskih koraka od strane sudaca omogućuje i njezinu jednostavniju naknadnu provjeru. Profesor zaključuje kako su argumentativna shvaćanja pravnog tumačenja zbog svoje apstraktnosti i nekonkretnosti, u smislu nepružanja odgovora na pitanje kako treba riješiti konkretan interpretativni problem, neodgovarajuća, te ih stoga treba zamijeniti algoritmima pravnog tumačenja, koji predstavljaju relativno precizne instrukcije za tumačenje pravnih odredbi, odnosno argumentaciju u prilog pripisivanja određenog značenja pravnoj odredbi.

Treće izlaganje konferencije održala je prof. dr. sc. Ivana Tucak s Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku. U svjetlu nedavne odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* profesorica Tucak govorila je o tekstualističkoj doktrini tumačenja ustava, koja je bila od ključnog utjecaja u navedenoj odluci, te o njezinu najpoznatijem predstavniku sucu Antoninu Scaliji. Prema navedenoj doktrini tumačenja, onako kako je shvaća Antonin Scalia, ustavne odredbe imaju značenje kakvo su imale u vrijeme svojeg donošenja. Pri tome se misli na „izvorno javno značenje“, a ne na značenje koje su ustavni tvorci imali na umu pri usvajanju ustava. Stoga je ključno razlikovati, profesorica naglašava, tekstualizam Antonina Scalije od originalizma, jer se on protivio utvrđivanju originalne namjere ustavnih tvoraca, tj. on je smatrao kako pravnim odredbama treba pripisati ono značenje koje bi mu pripisala „obična osoba“ u vrijeme kada su odredbe u pitanju donesene uzimajući u obzir jezično i gramatičko značenje riječi u to doba. Prema tome, značenje ustavnih odredbi ne mijenja se samo zato što nije primjereno vremenu u kojem živimo. Navodi se kako je tekstualistička doktrina bila reakcija na sudski aktivizam druge polovine dvadesetog stoljeća, koji je svoj vrhunac doživio u odlukama poput *Roe v. Wade* i *Planned Parenthood v. Casey*. Profesorica naglašava kako su te odluke bile sporne ne samo protivnicima pobačaja već i liberalnim sucima te kako su dale povoda okretu s intencionalističke na tekstualističku doktrinu tumačenja u američkoj jurisprudenciji. Tekstualisti smatraju kako duh zakona ne može nadvladati njegov tekst te da njihov pristup tumačenju ustava doprinosi ostvarenju načela vladavine prava i trodiobe vlasti jer suzbija sudačku diskreciju. Iz toga se zaključuje kako ustavna odredba jamči određena prava u slučaju kada se ona izričito ne spominju u tekstu ustava samo ako su ukorijenjena u povijesti i tradiciji nacije, odnosno ako su implicitna u pojmu određenog prava ili slobode. Protivnici te doktrine tumačenja naglašavaju njezinu pretjeranu krutost i rigidnost te smatraju kako ona ne uvažava način na koji zakonodavno tijelo funkcionira u stvarnosti. Također smatraju kako ona ima sve nedostatke koje imaju i oprečne doktrine tumačenja, tj. kako i tekstualizam omogućuje sucima da odluke i argumentaciju usuglase s vlastitim ideološkim stajalištima. Profesorica Tucak iznosi kako se unutar tekstualističke doktrine tumačenja u novije vrijeme mogu razlikovati različite struje, odnosno inačice tog pristupa tumačenju ustava. Tako možemo razlikovati između

formalističkog i fleksibilnog te novog i starog tekstualizma. Kao primjer navedene podjele navodi se nedavna odluka u predmetu *Bostock v. Clayton County*, u kojem je sudac Neil Gorsuch, koji se smatra pripadnikom tekstualističke struje, napisao mišljenje većine u kojem se diskriminacija na temelju seksualne orijentacije podvela pod doseg primjene pravila o zabrani diskriminacije na temelju spola. To tumačenje više odgovara intencionalističkoj doktrini.

Prof. dr. sc. Marko Novak s Europskog pravnog fakulteta Nove univerze u Sloveniji održao je četvrto izlaganje konferencije. Profesor Novak navodi kako je njegov pristup analizi opravdanja pravnih odluka deskriptivno-normativan te naglašava vrijednost pokušaja integracije dijalektičkog i retoričkog pristupa argumentaciji. Prvu razinu opravdanja sudačke odluke, odnosno prema Alexyju unutarnju razinu, naziva dijalektičkom. Ona se sastoji od osnovnih premisa na temelju kojih je donesena pravna odluka. Iako se često govori o logičkoj razini, ne radi se o formalnoj logici, koju karakterizira istinitost premisa, već o neformalnoj logici ili dijalektici, koju karakterizira vjerojatnost premisa. Naglašava se kako je ta razina, odnosno pravni silogizam koji je sačinjava, nužna za održanje načela pravne države. Profesor Novak prvu razinu opravdanja povezuje s lakim slučajevima, koje karakterizira relativna jasnoća relevantnog pravnog teksta i relativna jasnoća činjenica (uključujući i relativno jasne dokaze), tj. navodi kako je u takvim slučajevima ta razina dostatna za opravdanje sudske odluke. Ta se razina zbog prevladavajuće upotrebe logike naziva i kognitivnom razinom opravdanja. Druga razina opravdanja sudačke odluke ili vanjsko opravdanje (prema Alexyju) jest kognitivno-retorička. Profesor Novak smatra kako je ta razina argumentacije nužna u teškim slučajevima. Navodi kako teške slučajeve karakterizira nejasnoća zakonskog teksta, zbog koje su potrebne posebne tehnike opravdanja, poput, npr. uobičajenih tumačenjskih argumenata, pomoću kojih opravdavamo pripisivanje određenog značenja tekstu pravne odredbe, kao i nejasnost relevantnog činjeničnog stanja, zbog koje su potrebni i dodatni dokazi. Druga je razina opravdanja retorička jer koristi unutarnja sredstva uvjeravanja (*logos*), za razliku od prve, koja koristi vanjska sredstva uvjeravanja, npr. pravne tekstove. Na toj razini silogizam je neodređeniji, pa ga je nužno dodatno objasniti kako bi premise bile prihvatljive. Profesor Novak smatra kako je uz te dvije općeprihvaćene razine opravdanja potrebno dodati i treću, vrijednosnu razinu, koju on naziva retoričko-psihološkom. Ovdje nije riječ samo o *etosu* kao unutarnjem sredstvu uvjeravanja, nego o općenito aksiološkom pristupu. Opravdanje na ovoj razini utemeljeno je na vrijednostima bilo da su one izričito dio pravnog teksta bilo da su u njima implicirane. Treća razina tipična je za najteže slučajeve, u kojima se rješavaju ideološka pitanja, te na njoj nužno dolaze do izražaja i individualne vrijednosti sudaca. Kao primjer opravdanja odluke na toj razini profesor Novak navodi slučaj iz Slovenije u kojem je sud morao utvrditi je li određeni zakonski rok za podizanje optužnice u kaznenom postupku prekluzivne ili instruktivne naravi. Ukoliko se priklonimo zahtjevima sigurnosti i efektivnosti kaznenog postupka, rok ćemo smatrati instruktivnim. S druge strane, ukoliko važnijim držimo vrijednosti zaštite ljudskih prava, rok ćemo smatrati prekluzivnim. I na toj je razini deduktivistički silogizam nepotpun, pa ga je potrebno dodatno opravdati, što činimo pozivanjem na određene vrijednosti ili

ciljeve. Profesor Novak naglašava integralnost svih navedenih razina opravdanja, koje stoga možemo zamisliti u formi koncentričnih kružnica, kojih je to više što je slučaj teži, pri čemu treća razina opravdava drugu, a druga prvu.

Peto izlaganje konferencije održala je prof. dr. sc. Žaklina Harašić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. Profesorica Harašić govorila je o svojem istraživanju u kojem nastoji utvrditi koje vrste argumenata i u kolikom broju upotrebljavaju upravni sudovi/suci prilikom donošenja odluka. Navedeno istraživanje trebalo bi rezultirati knjigom. Jedino drugo slično i relevantno istraživanje provela je također profesorica Harašić i objavljeno je u knjizi *Sudska argumentacija*. U njemu se analizirala upotreba tumačenjskih argumenata u području građanskog, trgovačkog, kaznenog i upravnog sudovanja. Profesorica Harašić naglasila je kako je od provođenja tog istraživanja došlo do značajnog napretka u objavljivanju sudske prakse, što je i olakšalo novo istraživanje. Odluke su uzimane iz baze *SupraNovaIntranet*. Radi se o internoj sudačkoj elektroničkoj bazi, kojoj pristup imaju samo suci na sudskim računalima i u kojoj se objavljuju sve sudske odluke. Pristup toj bazi omogućio je istraživanje argumentacije u cjelovitim sudskim odlukama. Također, argumentacija se prikazuje stupnjevito kroz odluke svih sudova, odnosno stupnjeva, dakle odluke Upravnih sudova u prvom i Visokog upravnog suda u drugom stupnju. Profesorica Harašić navodi kako se u istraživanju velika pozornost posvećuje raspravljanju činjenica, pri čemu raspravi pridonosi to što upravnom sporu prethodi upravni postupak, u kojem se također raspravlja o činjenicama, kao i okolnost da i Visoki upravni sud može, povodom žalbe, odlučivati o pogrešnom i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Za analizu odluka upravnih sudova korišten je Tarellov popis tumačenjskih argumenta kao najutjecajniji popis takve vrste, tj. utvrđivalo se koje od tih argumenata i u kolikom broju suci koriste prilikom odlučivanja. Profesorica Harašić zaključuje kako je prema dosadašnjim rezultatima istraživanja na prvom mjestu ili sustavni argument ili argument autoriteta. Brojnost sustavnog argumenta objašnjava pluralnošću izvora upravnog prava, koje obuhvaća brojne zakonske i poglavito podzakonske akte, što nije slučaj u građanskom i kaznenom pravu. Naglašava kako je sustavni argument zastupljen u gotovo svim odlukama upravnih sudova te kako se pojavljuje u dva oblika, izričitom i neizričitom. Kod izričitog sustavnog argumenta sud upotrebljava riječi i izraze koji direktno upućuju na primjenu sustavnog tumačenja, npr. „odredba x povezuje se s odrednom y“. U slučaju upotrebe neizričitog sustavnog argumenta sud nabraja više odredbi iz često različitih pravnih izvora, ali ih izričito ne dovodi u vezu, nego na temelju svih njih zajedno donosi odluku. Veliku zastupljenost argumenta autoriteta profesorica Harašić pripisuje javnom, odnosno kogentnom karakteru normi upravnog prava, koje onemogućuju pravnostvaralačku aktivnost stranaka. Upotreba tog argumenta pojavljuje se u dvije varijante; pozivanje na autoritet višeg suda ili pozivanje na autoritet pravne doktrine. U istraživanju je utvrđeno kako se hrvatski upravni sudovi u svojim odlukama pozivaju na odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Europskog suda za ljudska prava te Visokog upravnog suda. Profesorica Harašić navodi kako, iako se sudovi u svojim odlukama koriste shvaćanjima pravne doktrine, oni u njima ne navode djela i autore od

kojih ta shvaćanja preuzimaju. Treće mjesto po učestalosti uporabe, iza sustavnog i argumenta autoriteta, zauzeo je ciljni argument, koji se koristi iz razloga što svaka norma ima cilj te se navodi kako je taj argument odlučujući u slučaju kada se može upotrijebiti više tumačenjskih metoda. Kod uporabe ciljnog argumenta u upravnom pravu u pravilu se radi o utvrđivanju toga koji interes prevladava u konkretnom slučaju, javni ili privatni. Profesorica Harašić zaključuje kako su za sada daleko ispod broja prva tri argumenta redom: argument *a contrario*, argument općih načela, argument *a simili ad simile* i argument *a cohaerentia*, pri čemu su od argumenta općih načela najzastupljeniji načelo (argumenti) efikasnosti, načelo pomoći neukoj stranci i načelo ustavnosti, te da su općenito sva načela na koja se sudovi pozivaju izražena u nekom pravnom aktu.

Izv. prof. dr. sc. Maša Marochini Zrinski održala je šesto izlaganje konferencije. U uvodnom je dijelu izlaganja profesorica Marochini Zrinski naglasila važnost proučavanja i preispitivanja tumačenja Konvencije od strane Europskog suda za ljudskog prava (dalje u tekstu: ELJSP) te navodi kako je Konvencija jedan od dokumenata koji je najpodložniji tumačenju. Razlog je to što su odredbe Konvencije široko i neprecizno formulirane, tj. karakterizira ih visok stupanj neodređenosti, što znači da ostavljaju široku diskreciju sucima pri utvrđivanju njihova značenja, budući da moraju tumačiti i definirati pojedinačna prava u konkretnim situacijama. Profesorica Marochini Zrinski razlikuje metode (argumente) i načela tumačenja. Metodom smatra tehniku koja se koristi za opravdavanje određenog smjera razmišljanja ili određenog ishoda. Njome se pojašnjava koji je bitni argument (metoda) korišten da bi se podržala određena odluka te pomoću nje sudac objektivizira obrazloženje na kojem temelji odluku. S druge strane, načelo tumačenja ima različitu funkciju u procesu tumačenja s obzirom na to da ne pruža argument koji pomaže da se odredi značenje odredbe, već se odnosi na cilj koji se traži pri tumačenju odredaba određenog ugovora uz pomoć, odnosno korištenjem metode tumačenja. Navodi se kako Konvencija u svojem tekstu ne sadrži smjernice o tome kako bi ESLJP trebao tumačiti njezine odredbe, ali kako je, iz perspektive međunarodnog javnog prava, tumačenje Konvencije uređeno prvenstveno Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine, koja je stupila na snagu 1980. godine te koja čini dio međunarodnog običajnog prava. Bečka konvencija kao metode tumačenja međunarodnih ugovora spominje (bez uspostavljanja hijerarhije njihove primjene) jezičnu, sustavnu, ciljnu te namjeru stranaka, dok kao dopunsku metodu tumačenja navodi povijesnu (subjektivnu). Profesorica Marochini Zrinski naglašava kako se ESLJP u svojim odlukama znatno više pozivao na odredbe Bečke konvencije prije njezina stupanja na snagu 1980., dok je nakon toga ta praksa prestala. ESLJP se koristi metodama nabrojenim u Bečkoj konvenciji pri utvrđivanju značenja odredaba Konvencije. Tako profesorica Marochini Zrinski navodi kako jezično tumačenje uvijek zauzima značajno mjesto u tumačenju jer ESLJP tekst uvijek uzima kao polazište pri interpretaciji konvencijskih odredbi. Kao primjer navodi slučaj *Johnston i drugi protiv Irske*, u kojem je ESLJP utvrdio kako se iz konvencijskog prava na sklapanje braka ne može izvesti pravo na razvod te naglašava kako je ESLJP u svojoj praksi utvrdio kako se u svrhu evolutivnog tumačenja općenito ne mogu iz teksta konvencije izvoditi prava koja u njemu nisu

sadržana, odnosno koja su iz njega namjerno izostavljena. ESLJP u velikoj mjeri koristi i sustavno i teleološko, tj. ciljano tumačenje. Profesorica Marochini Zrinski naglašava važnost teleološke metode tumačenja u praksi ESLJP-a navodeći njezinu sveprisutnost u njegovim odlukama. Taj argument ESLJP koristi bilo izravno, pozivajući se na stvarnu ili navodnu namjeru tvoraca Konvencije, bilo neizravno, pozivajući se na njezinu svrhu, razlog ili *ratio*. Navodi se kako se taj argument puno češće upotrebljava u objektivnoj inačici, dok se rijetko poseže za utvrđivanjem stvarne namjere autora Konvencije kroz proučavanje „pripremljenih materijala“. Štoviše, profesorica naglašava kako je ESLJP u brojnim odlukama zanemario namjeru autora pozivajući se na „europski konsenzus“, koji je doveo do izmjene izvornog shvaćanja značenja odredbi. ESLJP je kroz praksu razvio i vlastite metode/načela tumačenja, koje se naslanjaju na uobičajene interpretativne metode, npr. načelo živućeg instrumenta, učinkovitosti i autonomnog tumačenja pojmova. Profesorica Marochini Zrinski u svojem izlaganju posebnu pozornost posvećuje komparativnoj metodi tumačenja, koja se također ne spominje u Bečkoj konvenciji. Ona se pojavljuje u dvije inačice, unutarnjoj i vanjskoj. Pri korištenju unutarnje komparativne metode ESLJP se oslanja na „europski konsenzus“, tj. provjerom zakonodavstava država članica utvrđuje postojanje, odnosno nepostojanje konsenzusa glede određenog pitanja te na taj način povezuje nacionalne pravne sustave različitih država članica. Ovdje se problematičnim smatra nedostatak definicije razine usuglašenosti, koja se mora postići kako bi se smatralo da o određenom pitanju postoji konsenzus. Vanjsku komparativnu metodu tumačenja Konvencije profesorica Marochini Zrinski smatra posebno problematičnom. Ovdje se Sud poziva na „vanjske materijale“ za potporu vlastitih argumenata, tj. pravne akte koje državu ni na koji način ne vežu, npr. međunarodne ugovore koje država nije ratificirala ili odluke raznih međunarodnih sudova čijoj se nadležnosti država stranka nije podvrgnula. Kao primjer se navodi slučaj *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojem se odlučivalo o pravu glasa zatvorenika i u kojem se ESLJP pozvao na zakonodavstva Kanade i Južnoafričke Republike kako bi utvrdio da je univerzalno oduzimanje prava glasa svim zatvorenicima protivno odredbama Konvencije. Upotreba te metode danas je posebno izražena u predmetima koji se tiču prava na zdrav okoliš. Stoga se zaključuje kako je navedena metoda otvorena za manipuliranje, čime se šteti vjerodostojnosti presuda.

Sedmo izlaganje konferencije održao je dr. sc. Marin Keršić s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. U uvodu izlaganja profesor Keršić naglasio je kako je za analizu Guastinijeva shvaćanja sukoba ustavnih prava i tehnike odvagivanja nužno razumjeti njegovo shvaćanje pojma pravnih načela jer se odredbe kojima se u ustavima štite slobode i prava u pravilu ne shvaćaju kao precizna pravna pravila, već kao načela koja, po Guastinijevu mišljenju, karakterizira specifičan oblik neodređenosti koji poprima tri različita oblika: otvorenost antecedenta, otklonjivost i općenitost. Antecedent načela otvoren je jer u njemu, za razliku od antecedenta pravila, nisu iscrpno nabrojene činjenice u nazočnosti kojih nastupa odgovarajuća pravna posljedica. Načela su otklonjiva jer dopuštaju i implicitne, tj. neizražene iznimke, pa stoga nisu prikladna za primjenu putem jednostavnog deduktivnog rasuđivanja, budući da iz činjenice ispunjenja uvjeta primjene

načela ne slijedi nužno njime propisana pravna posljedica. Općenitost načela uvjetuje njihovu specifikaciju, odnosno konkretizaciju, jer u suprotnom ona ne bi bila prikladna za rješavanje konkretnih slučajeva, pri čemu mogu biti konkretizirana na različite i alternativne načine. Profesor Keršić navodi kako se suština tehnike odvagivanja, prema Guastinijevu mišljenju, sastoji u uspostavljanju vrijednosne i pomične hijerarhije između sukobljenih načela. Navedeno znači da se jednom načelu pripisuje veća vrijednost u konkretnim okolnostima slučaja, pri čemu sudac uspostavljenju vrijednosnu hijerarhiju u idućem slučaju sukoba istih načela može izmijeniti. Nakon odvagivanja, odnosno odabira primjenjivog načela, slijedi njegova konkretizacija pomoću neizraženog pravnog pravila, koje je prikladno za rješavanje konkretnog slučaja. Guastini sukob načela shvaća kao slučaj dvostrano-djelomične antinomije *in concreto*. Navedeno znači kako se antecedent jednog načela ne poklapa, već se samo presijeca s antecedentom drugog načela, koji za isto činjenično stanje predviđa nespojivu pravnu posljedicu, pri čemu antinomija nije nužna, već kontigentna, tj. ovisi o činjeničnim okolnostima. Profesor Keršić naglašava kako se takva karakterizacija antinomija između načela može dovesti u pitanje. Kao primjer navodi shvaćanje prof. dr. sc. Luke Burazina, koji antinomije između načela shvaća kao slučaj potpune antinomije *in abstracto*. Takvo shvaćanje proizlazi iz činjenice da je svako načelo, zbog njegove neodređenosti, prije primjene potrebno konkretizirati. Tako je, navodi profesor Keršić, pri ocjeni ustavnosti zakonskog pravila radi njegove usporedbe s ustavnim načelom s kojim se našlo u sukobu nužno iz tog načela izvući neizraženo pravilo koje je neotklonjivo i ima zatvoren antecedent te se odnosi na isti razred činjeničnih stanja, kao i izraženo zakonsko pravilo. Navedeni proces rezultira s dva pravila identičnih antecedenata i suprotnih konsekvencata, tj. radi se o potpunoj i stoga nužno *in abstracto* antinomiji. Također, Gustini razmatra upotrebu inačice kriterija *lex specialis* za rješavanje antinomija dvostrano djelomičnog tipa, iako se navedeni kriterij uobičajeno koristi za rješavanje jednostrano djelomičnih antinomija. Prema Guastinijevu mišljenju, u slučaju sukoba načela ono načelo koje je u sukobu prevagnulo smatrat će se iznimkom u odnosu na „porażeno“ načelo, koje će se smatrati općim pravilom. Postavlja se pitanje koja je razlika između uporabe kriterija *lex specialis* i tehnike odvagivanja za rješavanje sukoba između načela? Profesor Keršić navodi kako je, prema Guastinijevu mišljenju, i kod odvagivanja i kod uporabe kriterija *lex specialis* uspostava vrijednosne hijerarhije između sukobljenih načela neizbježna, no da ona u slučaju primjene kriterija *lex specialis* nije nužno pomična jer sudac može u slučaju sukoba između dva načela prednost uvijek dati jednom te istom načelu. Profesor Keršić smatra kako je navedeno Guastinijevo shvaćanje problematično. Tako navodi kako i u slučaju primjene tehnike odvagivanja nema razloga da se sudac ne odluči uvijek za jedno te isto načelo, pa bi se i u tom slučaju radilo o fiksnoj, a ne pomičnoj hijerarhiji. Smatra kako je uporaba kriterija specijalnosti neprikladna za rješavanje sukoba između ustavnih prava jer se ne radi o antinomijama jednostranog djelomičnog tipa, pa je stoga neprimjereno govoriti o odnosu općeg pravila i iznimke. Nadalje, navodi se kako, prema Guastinijevu mišljenju, odvagivanje pripada vanjskom opravdanju ili vanjskoj dimenziji opravdanja sudske oduke, u kojem sudac odlučuje koje će načelo primijeniti, a koje „staviti na stranu“. Na kraju izlaganja profesor Keršić naglašava razliku između sinkronijskog i dijakronijskog

učinka odvagivanja. Naime, prema Guastinijevu mišljenju, sinkronijski učinak ogleda se u konkretnoj sudskoj odluci i sastoji se u tome što je jedno načelo primijenjeno, a drugo žrtvovano. Dijakronijski se učinak očituje „na dulje staze“ kroz razvoj sudske prakse u smislu da će između dva sukobljena načela u određenom broju slučajeva prevagnuti jedno, a u ostalima drugo načelo.

Izlaganjem dr. sc. Marina Keršića zaključena je konferencija o pravnom rasuđivanju. Nakon svakog od prethodno opisanih izlaganja ostali sudionici i publika dobili su priliku postaviti pitanja izlagačima, što je rezultiralo dinamičnom i bogatom diskusijom, naročito u slučajevima kada su se mišljenja razilazila. Među sudionicima konferencije našli su se i pravni praktičari, tj. suci, pa je posebno zanimljivo bilo čuti njihove uvide glede teorijskopравnih koncepta o kojima se na konferenciji raspravljalo.