

Vol. 31, br. 1, (2010)

I. Prikazi

II. Članci:

- *Mirela Šarac, Artes liberales*
- *Vlatka Butorac Malnar, Povećana učinkovitost poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija prema hrvatskom i europskom pravu*
- *Neven Cirkveni, Zastrășivanje u kaznenoj politici Republike Hrvatske*
- *Ivana Radačić, The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of Vulnerable Groups*
- *Žana Pedić, Nefinancijski sektor i samostalne profesije u kontekstu sprječavanja pranja novca*
- *Marko Verović, Usklađenost kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj sa tendencijama zaštite u Europskoj uniji*

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 31

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 31,
Br. 1, str. VI+475-670, Rijeka, 2010.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA

RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Nenad Hlača

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Nenad Hlača, prof. dr. sc. Ivan Padjen, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Anamari Petranović, (svi iz Rijeke)

Izvršni urednici/Executive Editors: Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., Marijeta Tomulić Vehovec, mag. iur., dr. sc. Loris Belanić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:

akademik prof. emerit. Lujo Margetić (Rijeka/HR), prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. R. Eugene Harper (The Plains, OH/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

Lektorica/Lector: Dejana Golenko, prof.

Korektorica/Proofreader: Tanja Kruneš

Prijevod/Translations: Martina Bajčić, prof. (za njemački), mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel./fax: (051) 359-555, fax. 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.hr>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Futura d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *Sociological Abstracts*, *Worldwide Political Science Abstracts*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA i *CRIM – kriminologija in kazensko pravosodje*, Ljubljana, Slovenija.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 31

BROJ 1

RIJEKA, 2010.

SADRŽAJ

I. Prikazi:

Zrinko Mičetić,

Praputnjak i Vinodolski zakon akademik Lujo Margetić 477

II. Članci:

Mirela Šarac,

Artes Liberales (izvorni znanstveni rad) 481

Vlatka Butorac Malnar,

Povećana učinkovitost poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti
horizontalnih koncentracija prema hrvatskom
i europskom pravu (izvorni znanstveni rad) 523

Neven Cirkveni,

Zastrašivanje u kaznenoj politici Republike Hrvatske
(pregledni znanstveni rad) 559

Ivana Radačić,

The Margin of Appreciation, Consensus,
Morality and the Rights of the
Vulnerable Groups (pregledni znanstveni rad)599

Žana Pedić,

Nefinancijski sektor i samostalne profesije
u kontekstu sprječavanja pranja novca (pregledni znanstveni rad) 617

Marko Verović,

Usklađenost kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva
u Republici Hrvatskoj s tendencijama zaštite
u Europskoj uniji (stručni rad) 643

TABLE OF CONTENTS

I. Surveys	477
 II. Articles:	
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Artes liberales</i>	481
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> Increased Efficiency of the Entrepreneurs in the Assessment Process of Permissibility of Horizontal Mergers According to the Croatian Law and the European Law	523
<i>Neven Cirkveni,</i> Deterrence in Croatian Criminal Policy	559
<i>Ivana Radačić,</i> The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of Vulnerable Groups	599
<i>Žana Pedić,</i> Non-Financial Sector and Independent Professions in the Context of Money Laundering Prevention	617
<i>Marko Verović,</i> Compatibility of Criminal Legal Protection of Industrial Property in the Republic of Croatia with Protecting Tendencies in the European Union	643

INHALT

I. Besprechungen	477
II. Aufsätze:	
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Artes liberales</i>	481
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> Mehr Effizienz für Unternehmen bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse nach dem kroatischen und dem europäischen Recht	523
<i>Neven Cirkveni,</i> Abschreckung in der Strafpolitik Republik Kroatiens	559
<i>Ivana Radačić,</i> Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, Konsens, Moral und die Rechte der schutzbedürftigen Personengruppen	599
<i>Žana Pedić,</i> Nichtfinanzieller Sektor und Freiberufe im Kontext der Geldwäscherei	617
<i>Marko Verović,</i> Angleichung des strafrechtlichen Schutzes des gewerblichen Rechtes in der Republik Kroatien und Schutztendenzen innerhalb der Europäischen Union	643

INDICE

I. Recensioni	477
 II. Articoli:	
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Artes liberales</i>	481
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> L'ampliata efficienza dell'imprenditore nel procedimento di valutazione dell'ammissibilità della concentrazione orizzontale nel diritto croato ed europeo	523
<i>Neven Cirkveni,</i> L'intimidazione nella politica penale della Croazia	559
<i>Ivana Radačić,</i> I margini di apprezzamento, consenso, moralità e diritti dei gruppi vulnerabili	599
<i>Žana Pedić,</i> Il settore non finanziario e le libere professioni nel contesto dell'antiriciclaggio	617
<i>Marko Verović,</i> Adeguamento della tutela penale della proprietà industriale in Croazia alle tendenze di protezione nell'Unione Europea	643

ARTES LIBERALES

Dr. sc. Mirela Šarac, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.462:34(37)
Ur.: 15. listopada 2009.
Pr.: 16. veljače 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pojam, pravno reguliranje, kao i pitanje koji je tip intelektualne djelatnosti spadao u artes liberales sporni su kako kod rimskih pravnika tako i u romanističkoj znanosti. Za razliku od starije romanističke znanosti, u kojoj je uglavnom smatrano da su usluge slobodnih profesija bile predmetom ugovora o nalogu (mandatum), u suvremenoj romanističkoj znanosti postoje oprečna mišljenja o tom problemu. Kreću se od stava da su regulirane pravilima mandata, najma ili inominatnog kontrakta, preko mišljenja da je upravo u toj oblasti besplatno djelovanje jedne stranke za drugu smješteno izvan ugovorne sfere. Autorica zaključuje da je rimsko shvaćanje djelatnosti obuhvaćenih terminom artes liberales bilo tijekom vremena podložno promjenama u ovisnosti o društvenim shvaćanjima, ali se uvijek zahtijevalo da ars liberalis - formalno besplatno, obavlja u slobodi rođeni Rimljanin. Iz tog razloga takva djelatnost nije mogla biti predmetom ugovora locatio conductio, ali ni mandata jer se u vrelima ne spominje actio mandati kao tužba kojom je nositelj slobodne profesije mogao tužiti, ili biti tužen. Krug artes liberales nije predstavljao pravnu kategoriju i sama kvalifikacija najčešće nije ovisila o fizičkoj ili intelektualnoj naravi posla nego o činjenici obavlja li ga slobodna osoba ili rob i na kojoj osnovi.

Ključne riječi: rimsko pravo, artes liberales.

I. Uvod

Kada se govori o predmetu i o besplatnosti ugovora o nalogu u rimskom pravu, postavlja se pitanje, je li jedna veoma zanimljiva oblast, tzv. „slobodnih profesija“ – *artes liberales*,¹ regulirana ugovorom o nalogu. U rimskom svijetu pravila se oštra razlika između intelektualnog i fizičkog rada, a budući da je najamni rad u robovlasničkom Rimu smatran nedostojnim slobodnog čovjeka, vrijedilo je načelo da sve vrste intelektualnih usluga treba obavljati besplatno. Ugovori o radu i ugovori o djelu morali su biti zaključeni u formi ugovora o najmu koji je bio nespojiv s obavljanjem intelektualnih usluga. Smatralo se da takve usluge mogu biti predmet mandata ili inominatnog kontrakta, ali ne i ugovora o najmu. Ugovor o najmu spadao je u krug ugovora klasičnog rimskog prava kod kojih se najizrazitije očitovala društvena nejednakost ugovornih strana.² Međutim, praksa i stvarni odnosi demantirali su načelna gledišta jer se i u tim slučajevima na zaobilazan način počela uvoditi naplativost,³ a u carskom razdoblju otvorena je mogućnost potraživanja honorara

1 Osnovni izvori i literatura o *artes liberales* u rimskom pravu: D.50.13.1.pr.-4; D.19.5.5.2; D.27.2.4; D.50.9.4.2. Löwenfeld, *Inästimmbarkeit und Honorierung des artes liberales nach römischem Recht*, Festgabe für J. V. Planck, München 1887, 370; Bernard, *La Rémunération des Professions Liberales en Droit Romain Classique*, Paris 1936; Siber, *Operae liberales*, *Jahrbücher für Dogmatik* 52 (1940), 161; Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Aix-en-Provence 1954, 27; Visky, *Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest 1977; isti, *La qualifica della medicina e dell'architettura nelle fonti del diritto romano*, IURA 10 (1959); *Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom*, *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 9 (1961), 99; isti, *Osservazioni sulle „artes liberales“*, *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 1068; isti, *Philosophy as „ars liberalis“ in the sources of Roman law*, *The Juridical Review*, Edinburgh 1964, 39; isti, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, IURA 15 (1964), 1; isti, *Die „Artes liberales“ in den römischen Rechtsquellen unter Berücksichtigung der Ulpianstelle D.50.13.1.pr. – Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum*, Teil I, Berlin 1968, 268; isti, *Esclavage et „artes liberales“ à Rome*, RIDA 15 (1968), 473; isti, *Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano*, Studi in onore di G. Grosso IV, Torino 1970, 333; Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994. (prikazi: Germino, *Labeo* 44/1998, 106; Garbarino, *Index* 28/2000, 520.); Wacke, *Die Anerkennung der Medicin als ars liberalis und der Honoraranspruch des Arztes*, ZSS 113 (1996), 382; Germino, *Il lavoro intellettuale a Roma*, *Labeo* 44 (1998) 1, 107; Knežić-Popović, *Istorija slobodnih profesija – od artes liberales do savremenog doba*, *Strani pravni život* 2 (2008), 7; ista, *Artes liberales – jedna zanimljiva evolucija*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu* 2 (2006), 259; Rabotti, *Le professioni intellettuali (Il cammino che le ha rese protagoniste dell'evoluzione della società lungo il percorso formativo, deontologico e di servizio)*, Milano 2003; Rundel, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster 2005.

2 De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari 1963, 64; isti, *Ancora sulla considerazione sociale del lavoro nel mondo romano*, Milano 1963, 6. Erdmann, *Freie Berufe und Arbeitsverträge in Rom*, ZSS 66 (1948), 567.

3 Erdmann, *nav. dj.*, 567-570. smatra da se pravna zaštita u oblasti „slobodnih profesija“ razvila tek u klasičnom pravu.

putem *extraordinaria cognitio*.⁴ Krug osoba, koje su bile ovlaštene podići tužbu za takve usluge, nije utvrđen u 1. titulu („*mandati vel contra*“) 17. knjige *Digesta* nego u 13. titulu („*de variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicitur*“) 50. knjige *Digesta*.⁵

Cilj je rada analizirati razvitak i promjene u načinu reguliranja tzv. *artes liberales*⁶ u rimskom pravu i razriješiti još uvijek sporno pitanje kojom tužbom, odnosno ugovorom, je reguliran odnos između titulara „slobodnih profesija“ i njihovih klijenata, odnosno radi li se uopće o ugovornom odnosu između titulara slobodnih profesija i njihovih klijenata. Dok je u pandektnoj znanosti uglavnom smatrano nespornim da se tu radi o ugovoru o nalogu (*mandatum*),⁷ u suvremenoj romanističkoj znanosti postoje oprečna mišljenja o tom problemu. Ona se kreću od gledišta da je taj odnos reguliran pravilima mandata, najma ili inominatnog kontrakta⁸ do mišljenja da upravo u oblasti, tzv. „slobodnih profesija“ besplatno djelovanje jedne stranke za drugu nije regulirano mandatom nego je smješteno izvan

4 Rimljani su nerado odstupali od svojih načela zbog čega se tužba za isplatu honorara nije mogla podići u okviru redovitog formularnog nego tek u novijem ekstraordinarnom postupku. Vidi: D.17.1.7; D.17.1.56.3; C.4.35.1; Kaser, *Römisches Privatrecht I*, München 1971, 569, 578; Dumont, *La gratuité du mandat en droit romain*, Studi Arangio-Ruiz II, Napoli 1953, 313, 321; Bernard, nav. dj., 40; Sachers, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, ZSS 59 (1939), 465; Litewski, *La responsabilité du mandataire*, Index 12 (1983/1984), 128; Reber, *Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im römischen und deutschen Recht*, disert., Basel 1972, 13; Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 65.

5 Dumont, nav. dj., 320. smatra da je tužba za ostvarenje honorara bila dopuštena u ekstraordinarnom postupku da bi se sačuvala besplatnost mandata.

6 Etimologija termina *artes liberales* je sporna. Prema jednom mišljenju termin *artes liberales* potječe od riječi *liber* (knjiga) i označava znanosti koje se mogu naučiti iz knjiga (Kühnert, *Allgemeinbildung und Fachbildung in der Antike*, Berlin 1961, 4.), dok se prema drugom mišljenju taj termin vezuje uz *status libertatis* i označava društveni položaj nositelja slobodnih profesija među slobodnim građanima (Germino, nav. dj., 108.). Germino upozorava da se *artes liberales* ne smiju u potpunosti identificirati s intelektualnim radom.

7 Pothier, *Contrat de Mandat*, Paris 1821; Molitor, *Les obligations en droit romain II*, Paris 1867; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten II*, Erlangen 1875, 771; Pernice, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, Festgabe für Beseler, 1885, 67; isti, *Ordo judiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'Impero romano*, Archivio Giuridico 36 (1886), 136; isti, *Das Tribunal und Ulpian's Bücher de omnibus tribunalis*, ZSS 14 (1893), 179; Leonhard, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig 1894, 427; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, 1904, § 404 (koji je modificirao svoje mišljenje i ipak dopustio primjenu pravila iz najma); Dernburg, *Pandekten II*, 1903, § 215; Ferrini, *Manuale di Pandette*, 1908, n°. 568; Lefèvre, *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile*, disert., Paris 1910, 239; Van Wetter, *Pandectes IV*, Paris 1911; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile III*, Turin 1915, 15; Buckland, *Text-Book*, Cambridge 1921, 500; isti, *The main institutions of roman private law*, 1931, 275; Cornil, *Droit romain*, Bruxelles 1921, 348; Jörs, *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Berlin 1927, 157; Perozzi, *Istituzioni di Diritto romano II*, Roma 1928, 296; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1934; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, 620; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1928, 490.

8 Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1815; Puchta, *Cursus der Institutionen II*, 1893, § 275; Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, 102; Klami, *Mandatum and Labour in Roman Law*, ZSS 106 (1989), 581.

ugovorne sfere.⁹ Predstavnicima suvremene romanističke znanosti s jedne strane (Kaser, Heldrich, Zimmermann, Wacke, Coppola, Just) uglavnom se nadovezuju na Sibera i De Robertisa smatrajući nespornim da načelo *operae liberales non locantur* nije imalo opći karakter u antičkom pravu, te da činjenica da je određena djelatnost mogla biti predmetom najma (*locatio conductio*) ne isključuje mogućnost njenog uvrštenja u krug *artes liberales*. Takav stav opravdavaju komercijalizacijom rimskog društva i intelektualnog rada koja je dovela do transformacije shvaćanja „slobodnih profesija“ i njihovog približavanja suvremenom konceptu intelektualnog rada. U tom kontekstu treba razriješiti dualizam između *locatio conductio* i *extraordinaria cognitio*, kao i otvoreni problem ostvarivanja sporazuma o honoraru. S druge strane, Schneeberger¹⁰ i Rundel pretpostavljaju da je odnos između titulara slobodnih profesija i njihovih klijenata reguliran pravilima mandata. Schneeberger se ipak ograđuje od tog stava ističući da tip ugovora nije korespondirao s vrstom pružene usluge što je omogućilo da se u pojedinim iznimnim slučajevima, liječnici, geometri, odvjetnici i eventualno i drugi nositelji *artes liberales* obvežu putem *locatio conductio*. Budući da je u kasnom klasičnom pravu došlo do približavanja mandata i najma, sve se češće događalo da *ars liberalis* bude pružena za *merces*. To jasno pokazuje da su društvene okolnosti zaključenja ugovora bile podjednako važne kao i pitanje naknade u razrješenju dvojbe pod koji tip ugovora svrstati sporazum o pruženoj usluzi. *Artes liberales* u klasičnom pravu nisu bile u cijelosti obuhvaćene pravnim sustavom i to samo djelomično u oblasti ostvarivanja honorara (filozofi i profesori prava nisu mogli sudskim putem potraživati honorar) i u slučaju doloznog ponašanja. Justinijanovi kompilatori nastojali su kod čitatelja proizvesti dojam da su *artes liberales* od početka bile regulirane pravilima mandata. Knežić-Popović smatra da nije moguće odrediti pravnu kvalifikaciju slobodnih profesija kao zaokruženog i konzistentnog koncepta rimskog prava zbog dubokih promjena koje su doživljavale.¹¹ Na njih su prvenstveno utjecali odnos Rimljana prema radu, društveni status nositelja i odnos vlasti prema njima, potiskivanje sakralnog i prevladavanje laičkog u svim oblastima znanja, kao i opći kulturni razvitak.

Navedeno pitanje nije nailazilo na jedinstveno rješenje u rimskim pravnim vrelima.¹² Za Rimljane je bila najbitnija činjenica da su djelatnici „slobodnih

9 Accarias, *Droit romain des institutes de Justinien II*, Paris 1878; isti, *Théorie des contrats innommés*, Paris 1866, 161; Baron, *Geschichte des römischen Rechts I*, Berlin 1884, 239; Löwenfeld, nav. dj., 388; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, 648; Costa, *Storia del diritto romano privato*, Turin 1925, 399, n. 19; Bernard, nav. dj., 33; Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 99.

10 Schneeberger, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten*, Bern 1992, 43.

11 Knežić-Popović, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Istočno Sarajevo 2004, 100-105.

12 U pojedinim vrelima npr. D.11.6.1pr.; D.19.5.27 se izričito navodi da se tužbe iz *locatio conductio* ne mogu primijeniti na *artes liberales*, ali se ista vrela ne izjašnjavaju pozitivno ni o primjeni *actio mandati*, nego govore o *actio in factum*.

profesija¹³ svoje honorare mogli zahtijevati samo u ekstraordinarnom postupku. Vjerojatno su agrarni karakter starog rimskog gospodarstva i samodovoljnost rimske obitelji bili glavni razlozi zbog kojih klasično rimsko pravo nije bilo zainteresirano za rad u drugim oblastima, posebice za rad slobodnih ljudi. Tek je u razdoblju postklasičnog prava država intervenirala iz razloga javnog interesa najčešće dajući razne povlastice nositeljima slobodnih profesija. Krug *artes liberales* nije predstavljao preciznu pravnu kategoriju i sama kvalifikacija najčešće nije ovisila o fizičkoj ili intelektualnoj naravi posla nego o činjenici obavlja li ga slobodni čovjek ili rob i na kojoj osnovi.

Kada se uzme u obzir da su rimski pravници razlikovali pravni položaj osoba koje su obavljale manualne poslove (*artes quae manu constant*) za novčanu naknadu (*merces*) od djelatnika, tzv. *artes liberales*, treba uočiti mogućnost da se manualni posao, izuzev za *merces* temeljem *locatio conductio operarum*, može ugovoriti i besplatno, iz odnosa dužnosti i prijateljstva - *ex officio et amicitia*, bez zahtjeva za odgovarajućom naknadom. U takvom slučaju odnos između stranaka neće biti reguliran temeljem ugovora *locatio conductio* nego mandatom.¹⁴ Mandant može izraziti zahvalnost mandataru nudeći mu neki dar – *honor*, što neće ugroziti prirodu mandatnog odnosa, kao što kaže Ulpijan u D.17.1.6pr: *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*. Tako i *operae* (*artes viles* ili *sordidae*) mogu biti predmetom kako ugovora o najmu, ako su ugovorene za *merces*, tako i mandata ako su izvršene besplatno. To ne znači da bi se *artes liberales* mogle izjednačiti s *operae sordidae*. Njihovim izjednačenjem slobodne profesije bi se spustile na razinu manualnih poslova, što je nezamislivo već i zbog bitne razlike između položaja slobodnog čovjeka i roba ili oslobođenika.

Uobičajeno je mišljenje da Rimljani nisu nikada dopustili da poslovi i djelatnosti koji su zahtijevali viši stupanj znanja, obrazovanja i vještine i koje su obavljali slobodni ljudi, budu predmetom najma (*locatio conductio*), nego su takvi poslovi uvijek ugovarani u formi besplatnog mandata. Taj je mandat izvorno bio besplatan, da bi se kasnije došlo do shvaćanja da djelatnici slobodnih profesija ipak zaslužuju određenu naknadu koja se mogla unaprijed ugovoriti i potraživati sudskim

13 Rimljani su razlikovali *operae* ili *artes illiberales* čiji su predmet bile manualne usluge, vršene za novac, od *artes liberales* ili *ingenuae* koje je mogao obavljati samo slobodan čovjek. Tu je razliku najočitije izrazio Ciceron u *De Off.*, 1, 42, 150-151: *Iam de artificibus et quaestibus, qui liberales habendi, qui sordidi sint, haec fere accepimus, . . . Primum improbantur ii quaestus, qui in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut faeneratorum. Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis . . . Opificesque omnes in sordida arte versantur; nec enim quicquam ingenium habere potest officina . . . Quibus autem artibus aut prudentia major inest aut non mediocris utilitas quaeritur, ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae. Usp. Seneka, *Ep.* 88, 17 i 21. Opširnije vidi: Bernard, nav. dj., 7-10; Löwenfeld, nav. dj., 370; Visky, *Geistige Arbeit*, 11; Germino, nav. dj., 107; Coppola, nav. dj., 10.*

14 G.3.162; D.19.5.22; I.3.26.13; D.17.1.4. Iz tih je vrela očito da usporedba između najma i mandata s obzirom na područje primjene ne može biti precizno izvršena. Mandat je širi i obuhvatniji nego najam i primjenjuje se obično na pravne akte koji se odnose na imovinu.

putem. Ta naknada nije nazivana *merces* nego *honos*,¹⁵ *honorarium*, *remuneratio* ili *salarium* i mogla je biti tražena u *cognitio extra ordinem*. Ako ta naknada ne bi bila ugovorena, mogao ju je odobriti magistrat ili korigirati njen iznos. Treba istražiti, ima li navedeno shvaćanje odgovarajuću potporu u rimskim pravnim vrelima koja nude vrlo oskudne podatke o tomu koje su djelatnosti smatrane za *artes liberales*. Budući da u izvorima ne postoji opća definicija, možda je najprikladnija socijalno-filozofska definicija *artes liberales* kao djelatnosti *quae homini libero dignae sunt*.¹⁶ U tu svrhu potrebno je analizirati svaku od slobodnih profesija i odgovarajuća rješenja rimskih pravnika polazeći od Ulpijanovih tekstova D.50.13.1pr. i D.50.13.8.1. To su bile djelatnosti¹⁷ nastavnika gramatike i književnosti (*grammatici*) koji su podučavali u srednjim školama, kao i učitelja govornišva (*rhetores*) koji su predavali na višim školama i profesora matematike (*geometrae*).¹⁸ U te je profesije ubrajano i zvanje liječnika opće prakse i specijalista, kao i djelatnost akušerki i dadilja. Vjerojatno najviše mjesto na ljestvici tih djelatnosti zauzimali su profesori prava, filozofi i u postklasičnom razdoblju odvjetnici. Veliki ugled u rimskom društvu uživali su i geometri (*agrimensores*) koji su bili nezamjenljivi pomoćnici u izvršenju mnogih pravnih radnji vezanih za vlasništvo uz nekretninama, zbog čega im je pretor posvetio rubriku u svom ediktu.

II. *Praeceptores studiorum liberalium*

Ciceron pohvalno govori o rimskom obrazovnom sustavu.¹⁹ U njegovo je vrijeme još uvijek vrijedio stari ideal prema kojem bi čovjek rođen u dobrostojećoj obitelji trebao biti *non illiberaliter institutus . . . usu tamen et domesticis praeceptis*

15 U najstarije vrijeme pružanje intelektualnih usluga sugrađanima smatrano je časnom obvezom (*honor*) i vidom pomoći zbog čega je bilo nepristojno tražiti naknadu. Vremenom su te prijateljske besplatne usluge postale bitan element rimskog života i kao intelektualne djelatnosti izvršene u krug *artes liberales*. Takva prijateljska pomoć nije propisana ni u kakvoj pravnoj normi kao pravna obveza.

16 Sen., *Ep. ad Luc.*, 88,2; Cic., *De orat.*, 1,16,72. De Robertis, Ancora sulla considerazione sociale del lavoro nel mondo romano (II: L'ambiente aulico), estratto da Studi Fanfani I, Milano 1963, 4; isti, *Locatio operarum e status del lavoratore*, SDHI 27 (1961), § 7.

17 Sporno je što su Rimljani uistinu podrazumijevali pod terminom *artes liberales*. Taj se termin pojavljuje tek kod Cicera, ali je nedvojbeno da je upotrebljavan i prije njega. Izgleda da je bio sporan i u starom Rimu. Ipak, iz djela Cicera, Seneke i Kvintilijana je očito da su time mislili na djelatnosti koje su bile dostojne slobodnog čovjeka i koje su čak smatrane nužnim za slobodnog Rimljanina (Cic., *De inv.* 1,35; Sen., *Ep. ad Luc.* 88,2), dok su manualne obrtničke djelatnosti (*opifices*) spadale u rad niže vrste i predstavljale poniženje za slobodnog čovjeka (Cic., *De off.*, 1,150).

18 Visky, *Geistige Arbeit*, 11-12, upozorava da je u romanističkoj literaturi obraćeno malo pozornosti na činjenicu da se s *artes liberales*, tj. sa zanimanjima dostojnim slobodnog čovjeka, miješaju *studia liberalia*, tj. studiji koji su bili nužni za školovanje i odgovarajuću izobrazbu slobodnih ljudi.

19 Cic., *De Rep.* 4,3,3. Usp. Suet., *De rhet.*, 1; A.-Gell., *Noct. Attic.*, 15,11,2. Opširnije vidi: Jullien, *Les professeurs de littérature dans l'ancienne Rome et leur enseignement depuis l'origine jusqu'à la mort d'Auguste*, Paris 1885, 96.

*multo magis eruditus quam litteris.*²⁰ Bogati Rimljani povjeravali su obrazovanje svoje djece, koje se obavljalo pod obiteljskim nadzorom u očinskoj kući, rođacima, prijateljima ili učenim robovima.²¹ Manje imućni građani slali su djecu u javne škole smještene u nekoj *pergula* ili *taberna* na skromnu poduku iz računanja, čitanja i pisanja.²² Plutarh kaže da je u Rimu relativno kasno uveden običaj davanja plaće učiteljima elementarnog obrazovanja.²³ Ipak, malo je vjerojatno da su podučavali besplatno. Roditelji su bili obvezni učiniti niz sitnih darova pod kojima se, zapravo, krila naknada. Počev od Horacijeva vremena učiteljima osnovne naobrazbe plaćalo se 8 asa mjesečno.²⁴ Prema Dioklecijanovom ediktu o cijenama *magister institutor* dobijao je mjesečno maksimalno 50 denara po djetetu. Smatralo se da *ludi magistri* ne pripadaju u skupinu djelatnika slobodnih profesija, jednako kao ni učitelji matematike – *calculatores* koji su bili nešto bolje plaćeni od učitelja čitanja i pisanja. Premda su *magistri* i *calculatores* strogo odvajani od onih koji su nazivani *professores*, Ulpijan kaže da su i oni mogli ostvarivati svoja prava u *cognitio extra ordinem*. Do takvog rješenja došlo je iz praktičnih razloga.²⁵

Nakon što su čuli govornike iz Grčke i upoznali se s njihovom književnošću, kod Rimljana se razvila strast za govorništvom. Studij govorništva zahtijevao je visoke predispozicije: nadarenost, ugled, moć, uvjerljivost i čast.²⁶ Osim toga, da bi se postalo dobrim govornikom, trebalo je imati solidnu naobrazbu i poznavati jezične finese i suptilnosti.²⁷ Zbog toga je škola kod *grammaticusa* postala obveznim preduvjetom za govornike.²⁸ Počev od 3. st. pr.n.e. ustanovljena je nastava. *Litterator* (*magister ludi*; *ludi litterarii magister*)²⁹ podučavao je čitati, pisati i računati. To je obično bio rob (ili oslobođenik) čijem je gospodaru isplaćivan *merces*.³⁰ Zbog toga *litteratores* nisu uživali visok društveni ugled i njihova djelatnost nije ubrajana u

20 Cic., *De Rep.* 1,22,36; Tac., *Dial.*, 35,1. žali zbog urušavanja starog rimskog obrazovnog sustava.

21 Plin., *Ep.*, 8,14,6; Cic., *pro Cael.*, 11,25; Hor., *Sat.*, 2,3,87; Visky, nav. dj., 31.

22 Plut., *Rom.*, 6; Tit.-Liv., 3,44; 5,27; 6,25. Vidi Jullien, nav. dj., 26, 114; Coppola, nav. dj., 29.

23 Plut., *Quest. Rom.*, 59.

24 Hor., *Sat.*, 1,6,75.

25 D.50.13.1.6. Slično su bili tretirani *paedagogus* (učitelj grčkog jezika), *librarius* (knjižničar, prepisivač), *notarius* i *tabularius*. Opširnije vidi Bernard, nav. dj., 28-29.

26 Cic., *De orat.*, 1,4, 14-15. Bretone, *Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis zu Justinian*, München 1992, 118-120.

27 Cic., *Pro Arch.*, 6,13; *Brut.*, 93,322; *de orat.*, 2,20,85; i posebice 1,60,20: *Mea quidem sententia nemo poterit esse omni laude cumulatus orator, nisi erit omnium rerum magnarum atque artium scientiam consecutus*. Opširnije vidi: Gwynn, *Roman education from Cicero to Quintilian*, Oxford 1926, 79.

28 Jullien, nav. dj., 55; Bernard, nav. dj., 19; De Robertis, *La organizzazione e la tecnica produttiva. Le forze di lavoro e i salari nel mondo romano*, Napoli 1946, 168; Visky, nav. dj., 31; Coppola, nav. dj., 73.

29 D.50.13.1.6. Rimljani su školu nazivali *ludus*. Kasnije je nastao termin *schola* koji nikada nije korišten za prvi razred.

30 Plut., *Cat. maj.*, 20; Cic., *Pro Rosc.*, 41,120.

artes liberales.³¹ Ako je kućni učitelj, koji je podučavao osnove gramatike, bio rob ili oslobođenik koji je radio za plaću, smatran je običnim pedagogom (*paedagogus*). Tek ako je takvu djelatnost obavljao *ingenuus*, smatrana je za *ars liberalis*. Od dvanaeste godine dijete bi učilo gramatiku i književnost kod *grammaticusa* (*grammaticus latinus* i *grammaticus graecus* za učenje grčkog jezika i književnosti). Istodobno su djeca pohađala i nastavu iz geometrije, ali s puno manje revnosti.³² Kada bi navršili šesnaest godina, na studij gramatike nadovezivao se studij retorike. Pohađali su školu kod grčkog ili latinskog *rhetora* koji je kod njih razvijao govornički talent i vještinu.³³ Nastavnici gramatike i retorike bili su plaćeni za svoj rad. Sporazum o plaći nije zaključivan u formi ugovora *locatio conductio operarum* jer se radilo o podučavanju viših znanosti od strane slobodnog čovjeka. Zbog toga se nije moglo raditi o plaći (*merces*) nego samo o *remuneratio*, odnosno o *salarium* ako se protuusluga periodično ponavljala. To je razlog zbog kojeg u vrelima ne postoji jedinstven termin za tu naknadu.³⁴ Po završetku škole i nakon što bi obukao virilnu togu, mladi Rimljanin je odlazio izvan Rima, najčešće u Grčku, gdje bi se pod mentorstvom uglednog pravnika ili govornika upućivao u svakodnevne poslove i pripremao za javni život.³⁵ U razdoblju između Punskih ratova i Hadrijanove vladavine u Rimu je djelovalo više od dvadeset slavni privatnih škola.³⁶ Obrazovni sustav promijenjen je u razdoblju Carstva jer se država sve više miješala u domen obrazovanja.³⁷ Profesori uživaju razne državne povlastice; dobijaju privilegije i imunitete; oslobođeni su od državnih daća i tereta (*vacatio munerum*); dobijaju rimsko pravo građanstva; carevi ih uzimaju u svoju službu za stalnu plaću predviđajući i raspodjelu katedri; studenti koji su smješteni u Rimu stavljaju se pod nadzor.³⁸ Ustanovljava se javno obrazovanje koje je postupno potiskivalo privatno.³⁹ Carevi Teodozije II i Valentinijan III osnovali su 425. god. u Konstantinopolju školu čiji su profesori u potpunosti bili državni

31 Marquardt, *Das Privatleben der Römer*, Leipzig 1886, 92.

32 Cic., *Tusc.*, 1,2,5; D.27.1.22pr; Frag. Vat., 150.

33 Suet., *De Gram.*, 4,6; Quint., *Inst. or.*, 2,1,1. Vidi: Jullien, nav. dj., 139; Bernard, nav. dj., 21; Steinwenter, *Rhetorik und römischer Zivilprozeß*, ZSS 65 (1947) 72; Wieacker, *Cicero als Advokat*, Berlin 1965, 5.

34 D.27.2.4; D.39.5.27 (*Pap. 29 quaest.*); C.10.53(52).6.1.

35 Cic., *De orat.*, 1,45,198; *De off.*, 2,13; Plin., *Ep.*, 2,14,3; Tac., *Dial. or.*, 34; Watson, *Tricks of advocacy in the Libri disputationum*, *Tijdschrift* 30 (1962), 238; Lana, *Sapere lavoro e potere in Roma antica*, Napoli 1991, 14.

36 Suet., *De Gram.*, 3.

37 Barbagallo, *Lo stato e l'istruzione pubblica nell'Impero Romano*, Catania 1911, 149; Marrou, *Storia dell'educazione nell'antichità*, Roma 1984, 333; Harris, *Lettura e istruzioni nel mondo antico*, Roma/Barri 1991, 269.

38 D.27.1.6.2; C.Th. 13.3.5 = C.10.53(52).7; C.Th.14.9.3 = C.11.19(18).un; C.Th.14.9.1; C.Th.14.9.3 = C.11.19(18).un; C.10.53.11pr.; D.50.4.18.30 (*Arch. Char. 1 de mun. civ.*): *Magistris, qui civilium munerum vacationem habent, item grammaticis et oratoribus et medicis et philosophis, ne hospitem reciperent, a principibus fuisse immunitatem indultam et divus Vespasianus et divus Hadrianus rescripserunt*. Opširnije vidi: Wenger, *Die Quellen des Römischen Rechts*, Wien 1953, 457; Visky, nav. dj., 34; Coppola, nav. dj., 73; Knežić-Popović, *Istorija slobodnih profesija*, 18.

39 Bernard, nav. dj., 22.

namještenici (C.11.19.1.2), a konstitucijom iz iste godine (C.12.15.1) predviđa se isplata plaća kao državnih davanja nastavnicima gramatike i govorništva. Slično je vrijedilo i za *sophistae* i pravnike (*iuris periti*).⁴⁰ Detaljnije podatke o visini njihovih honorara daje samo Dioklecijanov edikt o cijenama u kojem se kao najviša mjesečna naknada propisuje 200 denara po učeniku za nastavnika gramatike.⁴¹

Grammatici i *rhetores* obično su započinjali karijeru kao privatni učitelji, da bi nastavili podučavati javno, u školama. To su bili stranci koji su se stavljali pod zaštitu neke ugledne obitelji, robovi na milosti gospodara, ali najčešće se radilo o oslobođenim koji bi nakon darovane slobode otvorili školu.⁴² Profesori djece iz najuglednijih obitelji često nisu fiksirali visinu svoje plaće jer su dobijali darove mnogostruko veće vrijednosti: u novcu, zemljištu, bankarskim kreditima. Upravitelji renomiranih škola mogli su ugodno živjeti i nakon što bi podmirili svoje obveze, tj. platili najamninu za prostor i isplatili svoje pomoćnike.⁴³ Visina školarine bila je utvrđivana sporazumom između profesora i učenikovog oca.⁴⁴ Dugo vremena školarina je plaćana jednom godišnje, na kraju školske godine u mjesecu ožujku, da bi onda bila isplaćivana mjesečno, kao što se vidi iz edikta o cijenama.⁴⁵ Krajem godine često se događalo da učenici prestanu pohađati nastavu kako njihovi roditelji ne bi platili školarinu. Tako su profesori ostajali bez obećanih honorara, što je posebice teško pogađalo profesore strance koji su bili bez zaštite, kao i oslobođenike bez kredita.⁴⁶ To se događalo i u slučajevima kada su država ili grad postavljali profesore. Budući da sporazum o honoraru nije spadao u oblast *locatio conductio*, profesorima nije stajala na raspolaganju odgovarajuća tužba za naplatu svojih naknada.

Zbog toga je bilo nužno iznaći odgovarajuća pravna sredstva kako bi se profesorima omogućila isplata ugovoreni naknada. U tu je svrhu poslužila *persecutio extraordinaria*, ali tek u carsko doba kada je poziv profesora gramatike i govorništva dobio puno veću važnost. Ulpijan u D.50.13.1pr. kaže da su pretor u Rimu i namjesnik u provinciji bili nadležni za rješavanje tužbi koje su se odnosile na isplatu honorara.

D.50.13.1pr.: (*Ulp. 8 de omn. trib.*): *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae.*⁴⁷

Pernice smatra da je postojao specijalni pretor za rješavanje tih pitanja te

40 Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 63.

41 Cic., *Phil.*, 2,17,43; Suet. *De gram.*, 7,1; CIL II 831; Calabi-Limentani, *Il lavoro artistico*, Milano 1958, 25; Demandt, *Spät Römisches Hochschulwesen*, *Atti Accad. Romanist. Costant. X Conv. Int. in onore di A. Biscardi* (1995), 651.

42 Suet., *De gram.*, 4; *De rhet.*, 1.

43 Suet., *De gram.*, 20.

44 Suet., *De gram.*, 3 (*pretia mercedesque grammaticorum*), 7 (*pacisci de mercedibus*); 17.

45 Juv., *Sat.*, 7, 242; CIL, 3, 831.

46 Juv., *Sat.*, 7,157-169 i 228.

47 D.50.13.1pr.: Upravitelj provincije treba odlučivati o nagradama, ali samo o onima koje pripadaju nastavnicima slobodnih profesija. Slobodnim profesijama nazivamo one koje Grci zovu *ἐλευθέρια*: tu ulaze retori, gramatičari, geometri.

da je profesor bio mandatar čiji zahtjev nije izlazio izvan područja *actio mandati contraria*.⁴⁸ U prilog svom mišljenju poziva se na Ulpijanov tekst D.50.13.1.9 koji se odnosi na djelatnost odvjetnika. Suprotnog je mišljenja Bernard,⁴⁹ koji se slaže s Perniceom da su kompilatori izbacili riječ *praetor* iz Ulpijanovog teksta (jer je pretorova jurisdikcija prestala u tom razdoblju), ali je uvjeren da profesor nije bio mandatar i da nikada nije imao na raspolaganju *actio mandati contraria*. Osim toga, sigurno je da nije postojao specijalni pretor nadležan za te sporove nego se radilo o gradskom ili peregrinskom pretoru. De Robertis⁵⁰ drži tekst interpoliranim i predlaže sljedeću rekonstrukciju: *Praeses provinciae de mercedibus neque protinus datis neque constitutis ius dicere solet . . .* Mayer-Maly⁵¹ i Visky⁵² smatraju da je Ulpijanov tekst u osnovi neizmijenjen. U Ulpijanovom fragmentu jasno se očituje razlika između dviju skupina poslova s obzirom na činjenicu, može li se za izvršeni posao zahtijevati plaća. Pravnik ponavlja da *artes liberales*, kao djelatnosti dostojne slobodnog čovjeka, ne podnose procjenu u novcu pa samim time nije moguće ugovorom stipulirati ili uvjetovati bilo kakvu protuuslugu. Nešto takvo nespojivo je s pravnim položajem slobodnog čovjeka. Arangio-Ruiz ipak smatra da se radilo o najmu jer je naknada označavana terminom *merces*.⁵³

Pravo na isplatu ugovorene naknade bilo je moguće ostvariti putem *persecutio extraordinaria*, što Ulpijan jasno kaže u paragrafu D.50.13.1.1.

D.50.13.1.1 (*Ulp. 8 de omn. trib.*): *Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustor, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet.*⁵⁴

Očito je da je *persecutio extraordinaria* predviđena kao još jedna povlastica u korist profesora. *Professores studiorum liberalium* se ne tretira kao osobe koje iznajmljuju svoje usluge niti ih se upućuje na *actio locati*, nego na *persecutio extra ordinem*. O isplati njihovog honorara odlučit će pretor u Rimu i namjesnik u provinciji. Vjerojatno je *persecutio* dopušтана i u slučajevima kada nije bilo prethodnog sporazuma o visini honorara između profesora i učenikova oca. U takvim je slučajevima visina honorara utvrđivana prema važnosti izvršenih usluga i prema osobi nastavnika. Tako Paul u D.26.7.12.3 kaže: *non quas minimas (mercedes) poterit, sed pro facultate patrimonii*. Postavlja se pitanje koji je bio izvor *persecutio extra ordinem*. Svakako nije nastala iz prava koje je reguliralo kontrakte jer je dopušтана izvan ugovorne sfere. Očito je da je nastala *ex beneficio*, kao što kaže Ulpijan u tekstu D.11.6.1pr. koji se odnosi na *mensora: veteres* su smatrali da se tu ne radi o ugovoru o najmu

48 Pernice, Festgabe für Beseler, 67-68; isti, Archivio, 136; isti, Das Tribunal und Ulpian's Bücher, 179. Sl. Girard, nav. dj., 621, n. 3; Lefèvre, nav. dj., 257.

49 Bernard, nav. dj., 35.

50 De Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano, Milano 1946, 188.

51 Mayer-Maly, Locatio-Conductio, Wien 1956, 127.

52 Visky, Geistige Arbeit, 21.

53 Arangio-Ruiz, nav. dj., 103.

54 D.50.13.1.1: Položaj liječnika je isti kao i položaj profesora što je sasvim opravdano, kada se jedni brinu o ljudskom zdravlju, a drugi o obrazovanju, pa im zbog toga u postupku *extra ordinem* treba priznati pravo koje im pripada.

*sed magis operam beneficium loco praebere et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.*⁵⁵ Dakle, usluge djelatnika slobodnih profesija treba shvaćati kao dobročinstvo,⁵⁶ odnosno kao manifestaciju vrline lišene interesa.⁵⁷

Tako Ulpijan kaže da geometar ne iznajmljuje svoje usluge nego je njegovo djelo u stvari samo dobročinstvo, odnosno usluga za koju se daje nagrada – *remuneratio*, ali ne s naslova plaće, zbog čega se i zove *honorarium* (D.11.6.1pr.). Isto potvrđuje i u tekstu uvrštenom u titul o mandatu: *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*. Time je htio reći da ako mandant izrazi svoju zahvalnost čineći neki dar mandataru, mandat će i dalje postojati. *Honorarium* nije ni u kakvoj suprotnosti s mandatom. Može li se na osnovi toga zaključiti da se uvijek mora raditi o mandatu kada nije ugovoren najam i kada se za prijateljsku uslugu daje *honorarium*. Na takav zaključak koji bi se odnosio na *artes liberales* ne upućuje niti jedan tekst, premda ga mnogi autori prihvaćaju *a priori* (Pernice, Pothier, Molitor, Brinz, Leonhard, Windscheid, Ferrini, Lefèvre, Van Wetter, Buckland, Cornil, Jörs, Perozzi, Siber, Bonfante, Girard). Činjenica da mandatar u postupku *extra ordinem* može zahtijevati nagradu koja se zove *honor*, ne znači da se u svim slučajevima kada je isključen najam, nužno mora raditi o mandatu. Mandat je ugovor iz kojeg nastaje civilna obveza za mandataru. U tekstovima se nigdje ne navodi da su roditelji učenika mogli s *actio mandati directa* tužiti profesora koji nije ispunio svoje dužnosti. Taj zaključak potkrepljuje i Ulpijan kada kaže da je *agrimensor* osoba koja obavlja slobodnu profesiju i nije civilno obvezan: *homo qui civiliter obligatus non est* (D.11.6.1.1). *Agrimensor* je odgovoran samo za *dolus*, za što može biti tužen penalnom *actio in factum*, ali ne i s *actio mandati directa*. Ako su slobodne profesije bile predmetom mandata, onda je začuđujuće da se nigdje ne spominju u slučajevima koji se odnose na mandat. Zbog toga je očito da su usluge profesora bile isključene kako iz najma tako i iz mandata. Glück⁵⁸ smatra da u slučajevima kada su obećani *honorarium* ili *salarium*, ne nastaje *actio mandati* nego *actio extraordinaria*, tj., *actio*

55 Accarias, nav. dj., 331 i Ferrini, Pandette, 697, n. 1 smatraju da se ne radi o ugovoru o najmu kada profesor za naknadu podučava slobodnu osobu, ali ako podučava roba, dakle *res corporalis*, onda nastava bez ikakvih poteškoća može biti predmetom najma. U prvom slučaju najam nije isključen zbog liberalnog karaktera profesorova zvanja nego zbog odsustva elemenata najma. To mišljenje zasnivaju na Ulpijanovom tekstu D.19.2.13.3 u kojem se govori o *conducere servum docendum* što Accarias i Ferrini prevode „obvezati se za plaću davati slobodnu nastavu robu“. Dakle, profesor koji se obvezao podučavati za plaću je *conductor operis faciendi*. Suprotnog je mišljenja Bernard, nav. dj., 38, n. 149. koji ističe da glagol *docere* kada je sam upotrijebljen, nikada ne znači davati slobodnu nastavu, nego znači učiti nekoga nečemu. Ništa u tom tekstu ne upućuje na zaključak da se daje slobodna nastava robu. U sličnom se smislu glagol *docere* koristi i u tekstovima D.25.1.6: *servum arte docere*; D.32.12: *servum artificium docere*; D.17.1.26.8: *si faber jussu mandatoris servum docuerit*.

56 Ulpijan u D.50.13.1.4 kaže: *quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere, non quia, non res religiosa (philosophia)*.

57 Vidi: Cic., *De off.*, 1,7,20; 1,14,42; 2,6,22; 2,9,32; 1,15,48; Cic., *De inv.*, 2,53,161; Cic., *De Fin.*, 2,35,117; Cic., *De Leg.*, 1,48; Sen., *De Benef.*, 4,14; 3,18-19; 3,22; A.-Gell., *N. A.*, 17,10.

58 Glück, nav. dj., 33.

in factum praescriptis verbis, za što kao dokaz navodi tekstove D.19.5.5.2 i C.4.35.1. Bernard je odlučno protiv tog mišljenja. Ne može se unaprijed pretpostaviti da je između roditelja učenika i profesora zaključen inominatni kontrakt tipa *facio ut des* ili *do ut facias* jer se ne mora raditi o sinalagmatičnom ugovoru. Pružajući svoje usluge profesori nisu imali u vidu ekvivalentnu protučinidbu u novcu.⁵⁹ Korisnik je sam trebao prepoznati vrijednost tih usluga i isplatiti *honorarium* koji se mogao potraživati u *cognitio extraordinaria*. Već sama činjenica da se *honorarium* mogao zahtijevati u ekstraordinarnom postupku dokaz je da se ne radi o inominatnom kontraktu.⁶⁰ Inominatni kontrakti nisu nikada sankcionirani u ekstraordinarnom postupku. *Cognitio extraordinaria* je postupak zahvaljujući kojem su intelektualne vještine tretirane superiornim prema manualnim i u kojem su mogle biti nagrađene bez diskreditiranja. Premda se *honorarium* u razdoblju Carstva malo razlikovao od *merces* radnika,⁶¹ ipak je uvijek smatran počasnim darom koji nije ugrožavao *liberalitas* i *beneficium*, osnovne značajke profesorskih usluga.⁶² Ta nagrada nije štetila ugledu onoga koji je prima niti je imala za posljedicu da se znanost, umjesto kao *res religiosa*, počne tretirati kao roba kojom se trguje.

III. Filozofija (*philosophia*)

Za razliku od *praeceptores studiorum liberalium* neki djelatnici „slobodnih profesija“ nisu mogli tražiti plaću za svoje usluge i preneseno znanje i vještine. To su bili filozofi i profesori prava.⁶³ U paragrafu D.50.13.1.4⁶⁴ Ulpijan se pita: *an et philosophi professorum numero sint?*, i odgovara: *Et non putem, non quia non religiosa est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere.*⁶⁵ Pravnikovo je mišljenje da filozofima ne bi trebalo biti dopušteno sudskim putem potraživati plaću. Nije dostojno njihove časti i ugleda pristupati pred pretora ili namjesnika

59 Cic., *De off.*, 1,42; 150-151.

60 Bernard, nav. dj., 42.

61 Terminologija nije bila isključiva. *Honorarium* je mogao biti izražen u različitoj formi, a često je označavan i terminom *merces*, npr. kod Ulpijana: D.36.2.12.5 (*merces disciplinarum*); D.50.13.1pr. (*Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet*); D.27.2.3.2: (*mercedes praeceptorum*); kod Paula D.26.7.12.3; Julijana D.27.1.4 (*mercedes dare praeceptoribus, ut liberalibus institueretur*); C.10.53(52).6.1 (*mercedes et salaria reddi jubemus*).

62 D.39.5.27 (*Pap.29 quaest.*)

63 Jurisprudencija i filozofija su u pravnim vrelima carskog razdoblja jednako procjenjivane. Ulpijan je jurisprudenciju smatrao dijelom filozofije, D.1.1.1.1 (1 *inst.*): . . . *iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur . . . veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes . . .* Vidi: Visky, nav. dj., 25; De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, 193; Coppola, nav. dj., 100.

64 Beseler, *Textkritische Studien*, ZSS 53 (1933), 32. pripisuje tekst D.50.13.1.4 u cijelosti Tribonijanu.

65 D.50.13.1.4: Postavlja se pitanje, mogu li se filozofi ubrojiti među profesore? Ja mislim da ne mogu – ne zbog toga što njihov poziv nije vrijedan poštovanja (*res religiosa*), nego zato što oni, prije svega, moraju smatrati da bi bilo ispod časti kada bi svoje podučavanje naplaćivali.

provincije kako bi tražili novac.⁶⁶ Nedvojbeno je da njihova djelatnost spada među *artes liberales*, ali se filozofe ne može izjednačiti s *praeceptores studiorum liberalium*. Zbog toga pretor i *praeses* moraju odbiti tužbeni zahtjev filozofa upravljen na isplatu honorara.⁶⁷ Osim toga, smatralo se da filozofi inače preziru novac i bogatstvo, kao što kaže Seneka u *de beneficiis* 2,17: *Est enim intolerabilis res poscere nummos et contemnere . . . Iniquissimum est te pecuniam sub gloria egestatis acquirere*.⁶⁸ Seneka je filozofiju smatrao jedinom istinskom *ars liberalis*, dostojnom slobodnog čovjeka jer jedino filozofija čini ljudsku dušu slobodnom. Sličnog je mišljenja i Papinijan koji u D.50.5.8.4 kaže da istinski filozofi zaista preziru novac,⁶⁹ a želja za njim bi odala dvoličnost njihova uvjerenja: *etenim vere philosophantes pecuniam contemnunt, cuius retinendae cupidine fictam adseverationem detegunt*. Ipak, ovo su bili uglavnom načelni stavovi, nastali temeljem stoičkog shvaćanja novca i zabave. U stvarnosti je odnos filozofa prema novcu bio potpuno drukčiji jer je gotovo svaki filozof naplaćivao svoje podučavanje.⁷⁰ Premda nisu mogli zahtijevati naknadu, filozofi su mogli primati darove od svojih učenika, kao što kaže Ulpijan u D.50.13.1.5: *Quaedam enim tametsi honeste accipiuntur, inhoneste tamen petuntur*. Naime, neki se honorari mogu časno primiti, ali ih je nečasno sudskim putem potraživati.⁷¹ Zapravo, učenici su smatrali svojom obavezom pokazati se darežljivim prema učiteljima. Hadrijan⁷² i Marko Aurelije podrazumijevali su takvu obvezu kada su dopustili filozofima podučavati u državnim i municipalnim školama.⁷³ Profesore filozofije postavljao je

66 Ulpijan se pridružuje mišljenju Marka Aurelija, Seneke i Cicerona koji su filozofiju smatrali vrhovnom i najvažnijom znanošću koja mora predvoditi cjelokupni život, izvorom razboritosti i mudrosti, utjehom u zlu. Vidi: Martha, *Les Moralistes sous l'Empire romain (Philosophes et poètes)*, Paris 1865, 209; Macqueron, nav. dj., 187, Sen., *Ep.*, 88,2 i 23; Cic., *Tusc.*, 5,2,5.

67 D.50.13.1.5: *Ne juris quidem civilis professoribus jus dicent*.

68 Sen., *De ben.*, 2,17: Nepodnošljiva je stvar zahtijevati novac i prezirati ga istodobno. Nedopustivo je da se bogatiš slaveći svoje siromaštvo.

69 Usp. D.27.1.6.7; C.10.42(41).6

70 Capitolin, (*Vita* 11) biograf Antonina Pija, navodi da su retorima i filozofima podjeljivana *salaria et honores* u svim provincijama Carstva (*Philosophis per omnes provincias et honores et salaria detulit*), a Marko Aurelije je 176. god. u Ateni osnovao četiri katedre za filozofiju, dodijelivši svakom filozofu godišnju sumu od 60 000 sestercija. Opširnije vidi: Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 212; Löwenfeld, nav. dj., 404-408; Bernard, nav. dj., 45-48.

71 Nörr, *Iurisperitus sacerdos*, FS Zepos I, Athen 1973, 558. smatra da izraz *honeste accipiuntur* označava da je isplaćeni honorar osiguran kondicijom, dok Schermaier, *Ulpian als „wahrer Philosoph“*. Notizen zum Selbstverständnis, FS Waldstein, Stuttgart 1993, 315. zahtjev za isplatom honorara filozofa i profesora prava svrstava među naravne obveze. Opširnije o razlici između *accipere* i *petere* vidi: Visky, *Geistige Arbeit*, 50; Mayer-Maly, *Recht und Philosophie*, FS Baltl, Innsbruck 1978, 338; Kudlien, *Die Stellung des Arztes in der römischen Gesellschaft*, Stuttgart 1986, 170; Rundel, nav. dj., 104; Klami, ZSS 106 (1989), 580.

72 Spartian., *Vit.*, *Hadr.*, 16.

73 Konstitucijom iz 414. godine carevi Honorije i Teodozije potvrđuju privilegije (*privilegia*) i povlastice (*praerogativa*) filozofima. C.10.53.11pr.: *Grammaticos oratores atque philosophiae praeceptores nec non etiam medicos, praeter haec, quae retro latarum sanctionum auctoritate consecuti sunt privilegia immunitatesque, frui hac praerogativa praecipimus, ut . . . nulla*

senat u gradovima i određivao im plaću.⁷⁴ Slično kao i gramatičarima, oratorima i liječnicima Vespazijan je i filozofima odobrio *vacatio munerum* (D.50.4.18.30). Carevi Teodozije i Valentinijan u konstituciji C.11.19(18).4 izričito ubrajaju filozofiju među *studia liberalia*: *Unum igitur adiungi ceteris volumus, qui philosophiae arcana rimetur . . .*

IV. Profesori prava

Pravnička djelatnost razgranala se u više pravaca, ali se iznimno važnom smatrala djelatnost onih pravnika koji su se bavili pravničkom podukom (*iuris consulti*). U stvari, najcjenjenija profesija u starom Rimu bila je profesija pravnih stručnjaka. Izniman ugled stekli su ne samo zbog toga što je svaki građanin od njih mogao zatražiti savjet o rješenju bilo kojeg pravnog problema, nego i zbog toga što su svoje znanje nesebično prenosili na mlade ljude koji su se, upoznavajući se s pravnom znanošću, pripremali za obnašanje javnih funkcija. Davali su stručna mišljenja na pitanja privatnika, državnih organa i sudova (*responsa*), sastavljali ugovore i oporuke i ujedno se bavili literarnom djelatnošću. Smatrani su dragim građanima i prijateljima, gradskim autoritetima i mudracima posvećenim u tajne pravde i pravičnosti. Tijekom klasičnog razdoblja nisu primali nikakvu plaću za pravnu poduku, a ako su primali neke nagrade, uvijek se radilo o privatnim darovima od strane studenata. U rimskim vrelima nema nikakvih podataka o tomu da je pravnička djelatnost mogla biti predmetom ugovora *locatio conductio* ili da je posao pravnika spadao u krug najamnih poslova (*operae locari solitae*) za koje se davala plaća (*merces*).⁷⁵ Profesori su najčešće bili toliko situirani da financijski nisu ovisili o podučavanju. Darove su mogli primati kao jedan vid *remuneratio*, ali ih nisu mogli potraživati sudskim putem, upravo kako je Ulpijan rekao da se neki honorari mogu časno primiti, ali ih je nečasno tražiti putem suda. U tekstu D.50.13.1.4-5⁷⁶ Ulpijan je izjednačio filozofe s profesorima prava jer je vjerojatno htio staviti u istu ravan najveća postignuća grčke i rimske civilizacije, filozofiju i pravo. Veliki je pravnik pravnu znanost shvaćao kao istinsku i nepatvorenu filozofiju, kao što je rekao u D.1.1.1.1: *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. U tom je tekstu pokazao još jednom veliki utjecaj stoičke etike na shvaćanje odnosa između filozofije i rimskog prava.⁷⁷ Iz tih je

municipali, nulla curialium conventionione vexentur . . . sint ab omni functione omnibus muneribus publicis immunes . . . O privilegijama i povlasticama filozofa vidi: D.27.1.6.5; C.Th.13.3.6 = C.10.53(52).11; C.Th.13.5.17 = C.10.53(52).8; *Fragm. Vat.* 149.

⁷⁴ C.12.15.1

⁷⁵ D.19.2; C.4.65; I.3.24; C.11.19.1.4.

⁷⁶ Postoje mišljenja da je tekst u cijelosti ili velikim dijelom interpoliran, odnosno da je nastao u postklasičnom razdoblju. Vidi: Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* III, 57; Karlowa, *nav. dj.*, 673; Kübler, *nav. dj.*, 398; Schulz, *nav. dj.*, 348; Costa, *Soria del diritto romano privato*, Torino 1935, 399; Collinet, *nav. dj.*, 200.

⁷⁷ Senn, *Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris 1921, 35, n.1; Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 69; D'Ippolito, *Giuristi e sapienti in Roma*

razloga za Ulpijana bilo sasvim prirodno da profesori prava, jednako kao ni filozofi, ne bi smjeli ići pred namjesnika provincije ili pretora kako bi tražili isplatu honorara. Ipak, profesori prava u Rimu uživali su određene povlastice. U tekstu D.27.1.6.12 (2 de excusat.) Modestin navodi da su profesori prava, za razliku od profesora u provincijama, bili oslobođeni od obveze tutorstva i skrbnništva. To je promijenio Konstantin konstitucijom donesenom 333. god. (C.Th.13.3.1) kojom profesori prava u Rimu jednako kao ni profesori prava u provincijama nisu više bili oslobođani svih funkcija i javnih tereta. Takve povlastice vrijedile su samo za *medicos, grammaticos et professores alios litterarum*.⁷⁸ Tek su Justinijanovom interpolacijom C.10.53(52).6 proširene i na *doctores legum*. Situacija se promijenila početkom postklasičnog razdoblja kada su profesori počeli dobijati plaću za svoj rad. Naime, od sredine 3. stoljeća više se ne tretiraju kao pravni stručnjaci nego isključivo kao nastavnici. Počev od Vespazijanove vladavine (70–79) u Rimu, a od 2. st. i u provincijama osnivaju se pravne škole s redovitom pravnom podukom. Od tog se vremena uobičajilo da najviše državne funkcije obnašaju istaknuti pravници.⁷⁹ Profesore je postavljao senat grada u kojem se škola nalazila. Profesore u Pravnoj školi u Bejrutu plaćali su studenti,⁸⁰ a u Konstantinopolju počev od vladavine Teodosija II. i Valentinijana III., profesori dobijaju državne plaće.⁸¹ Od tada im je bilo zabranjeno podučavati privatno.⁸² Od tog su razdoblja i profesori prava iz Bejruta dobili isti tretman.⁸³ Za vrijeme Antalarika⁸⁴, te Justinijanovom pragmatičnom sankcijom *Pro petitione Vigili* iz 554. god.⁸⁵ profesorima prava iz Rima potvrđene su njihove plaće. Shvaćajući *civilis sapientia* kao *res sanctissima* visoki državni funkcionari koji su bili profesori prava (*professores iuris civilis*), najčešće nisu očekivali priznanje honorara od rimske legislative. Studij prava je uglavnom bio predviđen samo za bogate i pripadnike uglednih obitelji. Rimljani su pravnu znanost shvaćali kao rimsku znanost koju su

arcaica, Roma/Bari 1986, 3; isti, I giuristi e la città, Napoli 1978, 9; isti, Sulla giurisprudenza medio repubblicana, Napoli 1988, 29; Bretone, Storia del diritto romano, Roma/Bari 1991, 162; isti, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Napoli 1984, 66.

78 Coppola, nav. dj., 471; Marotta, *Multa de iure sanxit*. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio, Milano 1988, 95; Lucrezi, *Leges super principem*. La „monarchia costituzionale di Vespaziano, Napoli 1982, 104; Bowersock, *Greek Sophists in the Roman Empire*, Oxford 1969, 32; Desideri, *Dione di Prusa. Un intellettuale greco nell'impero romano*, Mesina/Firenze 1978, 145; Honoré, *Arcadius, also Charisius: Career and Ideology*, Index 22 (1994), 163; Pavan, *La crisi della scuola nel IV secolo d.C.*, Bari 1952, 19; Dupont, *La réglementation économique dans les constitutions de Constantin*, Lille 1963, 147; Soraci, *Innovazione e tradizione nella politica scolastica di Costantino*, Studi Sanfilippo 5 (1984), 763.

79 Schulz, nav. dj., 347.

80 Collinet, *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Paris 1925, 201; Bremer, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreich*, Berlin 1868, 5; Dernburg, *Die Institutionen des Gaius*, Halle 1869, 7.

81 C.Th.,14.9.3 = C.11.19(18).un; C.12.15.1.

82 C.11.19(18).1.1

83 Collinet, nav. dj., 204.

84 Cassiod., *Var.*, 9,21.

85 *Novellae*, App. VII.22.

upravo oni doveli do savršenstva i učinili slavnom.⁸⁶ Zbog toga je stoljećima smatrano da je plaća nespojiva sa znanstvenom misijom rimskih pravnikâ,⁸⁷ iz koje su bili isključeni robovi, oslobođenici i stranci.⁸⁸

To su bili razlozi zbog kojih profesori prava nisu mogli tražiti svoje honorare pred sudom i zbog kojih je njihova profesija smatrana nespojivom s potraživanjem plaće. Ipak, premda su bili upoznati s Ulpijanovim tekstom D.50.13.1.5, većina starijih autora smatrala je da je honorar profesoru morao biti isplaćen na početku podučavanja (Cuq, Klingmüller, Hugo, Giraud, Pothier, Löwenfeld, Flach). To mišljenje potkrepljuju tekstom iz Bazilika 54.14 u kojem se kaže *mercedes eorum initium praestari debent*. Suvremeni romanisti vide ključ za pravilno razrješenje te dvojbe u pojmu *mercennaria opera*.⁸⁹ Budući da je termin *mercennarius* Rimljane prije upućivao na roba koji radi za plaću, a ne na slobodnog radnika, Ulpijan u tekstu D.50.13.1.4-5 očituje bojazan da bi se tužbom na isplatu honorara, rad filozofa i profesora prava mogao degradirati ili izjednačiti s djelatnošću neslobodnih. Intelektualna djelatnost slobodnog čovjeka, prema rimskom shvaćanju, bila je neprocjenljiva.

Najzad, može se postaviti pitanje, jesu li profesori filozofije i prava mandatari? Zaključenjem ugovora o nalogu mandatar dobija precizne obveze. Profesori prava i filozofije podučavajući učenike vrše dobročinstvo – *beneficium* u najplemenitijem smislu. Njihova djelatnost odvija se na moralnom, a ne na pravnom planu. Oni nisu civilno obvezni. Pravo od njih samo zahtijeva da se ne ponašaju nečasno (D.50.13.1.9) i da ne traže honorare pred sudom.

V. Liječnici (medici)

Usporedo s helenizacijom Rima rastao je broj liječnika koji su uglavnom bili robovi ili oslobođenici grčkog podrijetla.⁹⁰ Liječnici-robovi bili su vezani uz određenu obitelj (*servi medici, domestici et familiares medici*) i često su bili suudionici u

86 Cic., *De orat.*, 1,44,197; Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1951, 41; Schulz, nav. dj., 13; Visky, nav. dj., 46; Jhering, *Der Zweck im Recht I*, Leipzig 1884, 110; Rundel, nav. dj., 94.

87 U vrelima (D.1.2.2.50: *huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est*) se navodi primjer Masurija Sabina koji je bio prinuđen prihvatiti pomoć od svojih slušatelja kako bi se mogao posvetiti pravnoj znanosti.

88 Cic., *De orat.*, 1,45,199; Senn, nav. dj., 35; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain I*, Paris 1935, 60.

89 Bürge, *Der mercennarius und die Lohnarbeit*, ZSS 107 (1990), 128; Martini, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano 1958, 56; Schermaier, nav. dj., 315; Marotta, nav. dj., 135; Nörr, *Iurisperitus sacerdos*, 565; Mayer-Maly, *Recht und Philosophie*, 338.

90 Plin., *Nat., Hist.*, 29,17; Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité II*, Paris 1879, 436; Visky, nav. dj., 73; De Filippis Cappai, *Medici e medicina in Roma antica*, Torino 1993, 47; Allbutt, *Greek Medicine in Rome*, London 1921, 177; Coppola, nav. dj., 403.

gospodarevom razuzdanom životu,⁹¹ ili su stalno služili u poljodjelskoj eksploataciji, ili su iznajmljivani na godinu dana,⁹² ili su bili javni robovi zaduženi za zdravlje državnih robova.⁹³ U Rim su radi obavljanja liječničke prakse dolazili slobodni Grci. Oni kojima je bila darovana sloboda vezivali su se za ugledne osobe ili su počeli prakticirati *ars medica* za svoj račun, što je mnogima omogućilo brzo bogaćenje. Plinije piše da je medicina bila najunosnija od svih vještina i navodi mnogobrojne liječnike koji su zgrnuli znatan imetak.⁹⁴ Liječnici su se bavili proizvodnjom i prodajom lijekova jer nije postojala farmacija kao neovisna profesija (*Pomp. D.41.1.27.1*). Medicina se počela izučavati u školi slobodnih vještina koju je osnovao Hadrijan i koja je nazvana *Athenaeum*.⁹⁵ Do tog su razdoblja liječnici uzimali učenike koji su im pomagali i pratili ih u posjete bolesnicima.⁹⁶

Sami Rimljani nisu bili previše zainteresirani za bavljenje medicinom. U republikansko i u rano carsko doba Rimljani *ingenui* gotovo da se nisu bavili medicinom premda je profesija liječnika, prema Ciceru, uživala visok ugled.⁹⁷ U tekstu D.50.13.1.1 Ulpijan stavlja liječnike u isti položaj s *praeceptores studiorum liberalium: medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod justior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant*. Za njega je sasvim opravdano što je položaj liječnika isti, kao i položaj profesora književnosti i govorništva jer se brinu o ljudskom zdravlju, zbog čega im u postupku *extra ordinem* treba priznati pravo koje im pripada. Položaj svih liječnika nije bio jedinstven, a zavisio je prvenstveno od njihovih stručnih sposobnosti. Najviše su bili cijenjeni liječnici opće prakse, a puno manje specijalisti, posebice kirurzi čija je djelatnost bila gotovo izjednačena s manualnim obrtom⁹⁸ i koja nije imala ništa zajedničko sa slobodnim profesijama.⁹⁹ U literaturi je inače sporno pitanje, pripada li *ars medica* uopće među *artes liberales*.¹⁰⁰

91 Sen., *De benef.*, 3,24; *De const., sap.*, 1,1; Suet., *Calig.*, 8, *Ner.*, 2; CIL. 2,318; 5,869; 6,4350; Plin., *Nat., Hist.*, 29,23.

92 Var., *De re rust.*, 1,16.

93 CIL. 6,8504, 8647, 8656.

94 Plin., *Nat., Hist.*, 29,2,3,4,5,7,8,9,22.

95 Aurel. Vict., *Vit. Had.*, 14.

96 Phil., *Vita Appoll.*, 8,7; Mart., *Epigr.*, 5,9; *Gal.*, XVII,2,144-152.

97 Treggiari, *Roman Freedmen during the late Republic*, Oxford 1969, 129.

98 Bernard, nav. dj., 57-86; Löwenfeld, nav. dj., 428; Below, *Der Arzt im römischen Recht*, München 1953; Heldrich, *Der Arzt im römischen Privatrecht*, Jherings Jahrbücher für Dogmatik 88 (1939/40), 139-160; Visky, *IURA* 10 (1959), 24-66; Kudlien, *Die Stellung des Arztes in der römischen Gesellschaft*, 173; André, *Être médecin à Rome*, Paris 1987, 37; Guarino, *Gli „spezialisti“ e il diritto romano*, *Labeo* 16 (1970), 327.

99 Cic., *De off.*, 1,42,150-151.

100 Wacke, nav. dj., 382, 405. ističe da se preko pedeset tekstova u rimskim vrelima bavi liječnikom i medicinom, ali da liječnicima nije posvećeno posebno mjesto u rimskom pravnom sustavu, kao što je to slučaj npr. s geometrima, brodarima i kapetanima, vlasnicima gostionica i staja ili mešetarima. Kasnije carske konstitucije nedvojbeno dokazuju da je medicina bila uvrštena u krug *artes liberales*: C.10.66.1=C.Th.13.4.2; C.12.40.8; C.10.53.6; C.10.53.11pr. Koppola, nav. dj., 369; Kudlien, *Medicine as a Liberal Art and the Question of the Physician's Income*,

Premda Ciceron u *De officiis*, 1.51 kaže: *Quibus autem artibus aut prudentia maior inest, aut non mediocris utilitas quaeritur ut medicina, ut architectura*¹⁰¹ *ut doctrina rerum honestarum, hae sunt iis, quorum ordini conveniunt honestae* . . . , Visky upozorava da bi tek detaljna analiza rimskih vrela mogla dati odgovor

Journal of the History of Medicine 31 (1976), 448; Thomas, *Locatio and operae*, BIDR 64 (1961), 241; Christes, *Bildung und Gesellschaft. Die Einschätzung der Bildung und ihrer Vermittler in der griechisch-römischen Antike* (Erträge der Forschung 37), Wiesbaden 1975, 227. i Waldstein, *Operae libertorum, Untersuchungen zur Dienstpflicht Freigelassener Sklaven*, Wiesbaden 1986, 304. također rehabilitiraju medicinu kao *ars liberalis* nakon što su je Visky, nav. dj., 87. i Just, *Der Honoraranspruch des „Medicus ingenuus“*, *Sodalitas* 6 (1984), 3057. izjednačili s obrtom. Usp. Knežić-Popović, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, 105.

101 Zanimljivo je da Cicero zajedno s liječničkom profesijom u krug *artes liberales* ubraja i djelatnost arhitekata (*ensor aedificiorum, architectus*), vjerojatno iz razloga što arhitektura (*architectura*) nije shvaćana samo kao znanost nego i kao umjetnost za čije je obavljanje trebala široka i svestrana naobrazba. Arhitekturom su se podjednako bavili peregrini, robovi i Rimljani. Međutim, rimska pravna vrela ne potvrđuju Ciceronovo mišljenje. Tako Alfen u tekstu D.19.2.30.3 (3 *dig. a Paulo ep.*) jasno kaže da je odnos između naručitelja djela i arhitekta reguliran ugovorom *locatio conductio*, na osnovi čega se može zaključiti da arhitekturu nije shvaćao kao *ars liberalis*: *Qui aedem faciendum locaverat, in lege dixerat: „quod in opus lapidis opus erit, pro lapide et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit“; quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. respondit etiam imperfectum.* (Netko je dao nalog za izgradnju kuće i u ugovoru odredio: Ako za gradnju bude potreban kamen, onda će vlasnik izvođaču za kamen i plaću platiti sedam po stopi. Pita se, je li mjerodavno tek završeno djelo, ili se račun može ispostaviti i za nedovršeni dio. Odgovoreno je i za nedovršeni dio.) Slično shvaćanje ponovio je car Antonin tri stoljeća kasnije u konstituciji iz 213. godine. C.4.65.2: *Adversos eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum eum usuris solitis consequeris.* (Ako si protiv onih, od kojih si preuzeo gradnju zgrada, podigao tužbu iz najma, onda ćeš istom tužbom koja je *bonae fidei* zahtijevati uobičajene kamate.) Iz konstitucije je jasno da je graditelj svoj zahtjev za plaćom, s uobičajenim kamatama, mogao potraživati putem *actio ex conducto*. Može se zaključiti da je arhitektura regulirana na sličan način kao i obrti, tj. sporazum o gradnji određene građevine zaključivan je u vidu *locatio conductio operis*. Tomu u prilog govori i činjenica da izuzev tužbe *ex conducto*, u vrelima nije predviđena druga mogućnost za graditelja za ostvarenje njegovih zahtjeva prema naručitelju djela. Osim toga, graditelj se zahtjev ne spominje među zahtjevima koji se mogu ostvariti putem *extraordinaria cognitio*. Slično mišljenje iznose Paul u D.10.1.4.1 (23 *ad ed.*) i Konstantin u konstituciji C.10.66.1 gdje gotovo izjednačuju rad inženjera i arhitekata s radom drugih obrtnika zbog čega su vjerojatno smatrali da je njihov rad mogao biti predmet ugovora o najmu. Opširnije vidi: D.50.13; Visky, nav. dj., 94-103; isti, *La qualifica della medicina e dell'architettura*, 56; De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, 64; Vitruvius, *De architectura*, 1.2, Granger, *Vitruvius' definition of architecture*, *The Classical Review* 39 (1925), 68; Behrends, *Die Rechtsformen des römischen Handwers*, u: Jankuhn/Janssen/Schmidt-Wiegand/Tiefenbach, *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlichen Zeit I* (1981), 141-203; Martin, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, *Bruxelles* 1989; Rainer, *Zur Bedeutung des Mandates im Baurecht*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 375; Wubbe, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, u: *Mensch und Umwelt* (Akten aus dem jur. Seminar der Univ. Freiburg, Schweiz, 49), Freiburg 1980, 131; Treggiari, nav. dj., 132; Frova, *L'arte di Roma e del mondo romano* (Storia universale dell'arte II), Turin 1961, 10; Duff, *Freedmen in the early roman empire*, Cambridge 1958, 122; Knežić-Popović, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, 107-108.

koji je tip ugovora regulirao odnos između pacijenta i liječnika i kojom se tužbom liječnika moglo prinuditi na ispunjenje preuzete obveze.¹⁰² Pod generičnim pojmom *medici* rimski pravnici podrazumijevaju najrazličitije specijaliste. Tako Ulpijan u D.50.13.1.3 navodi: *medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis vel certi doloris sanitatem, pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium*. Termin *medicus* stvarao je određenu konfuziju jer su se njime označavali učeni liječnici koji su obavljali znanstvenu profesiju, ali i praktičari ili kirurzi koji se se brinuli jedino o *secare et urere*, odsijecanju i spaljivanju.¹⁰³ Medicinskom praksom bavile su se i žene (*medica*), specijalizirajući se uglavnom za ženske bolesti (*obstetrix, iatromea*).¹⁰⁴ Ulpijan kaže da su *medicae* i *obstetrices* mogle od magistrata u postupku *extra ordinem* zahtijevati priznanje honorara: *his quoque extra ordinem jus dici debet* (D.50.13.1.2). Pravnici je smatrao da im treba priznati takav zahtjev jer su i one podvrgnute jednakoj odgovornosti kao i liječnici muškarci: *sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur*. Premda nisu obavljale „slobodnu profesiju“, u sličnom su položaju bile i dojilje (*nutrices*) čije su se usluge smatrale dragocjenima. Zbog toga ih se nije moglo izjednačiti s drugim *locatores operarum* koji su iznajmljivali svoj rad za plaću. Naknadu za svoje usluge mogle su potraživati putem *cognitio extra ordinem*, kako kaže Ulpijan u D.50.13.1.2-3 i D.50.13.1.14.¹⁰⁵

O značaju medicinske profesije najbolje govore mnogobrojne povlastice koje su vladari osiguravali liječnicima.¹⁰⁶ Liječnički honorari bili su određivani na različite načine: nekada bi iznos bio određivan prije intervencije, a ponekad bi liječnik prepustio pacijentu procijenu visine honorara.¹⁰⁷ Za vrijeme Carstva pojavili

102 Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 474; Sohm, *Institutionen*, Leipzig 1903, 399; Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1941, 455; May, *Éléments de droit romain*, Paris 1935, 358; Kreller, *Römisches Recht und Grundlehren des gemeinen Rechts II*, Wien 1950, 359; Costa, nav. dj., 399; Karlowa, nav. dj., 642. ubrajaju medicinu među *artes liberales*; Bernard, nav. dj., 57; suprotno, Visky, nav. dj., 92; De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, 64.

103 Plin., *Nat., Hist.*, 29,13; D.9.2.7.8 (*Ulp. 18 ad ed.*).

104 D.25.4.1 (*Ulp. 24 ad ed.*); Mart., *Epigr.*, 11,71; 3,82; Juv., *Sat.*, 2,14-16; Sen., *Ep.*, 66, in *fine*; CIL, 6,9477 i 9478; CIL, 2,497; 6,7581, 9614; 12,3743. O ženama liječnicama vidi: Lipinska, *Histoire des femmes-médecins*, Paris 1900; Baudouin, *Femmes-médecins d'autrefois*, Paris 1901; Gourevitch, *Le mal d'être femme: La femme et la médecine dans le Rome antique* (1984), 217; Treggiari, *Jobs for women*, *American Journal of Ancient History* 1 (1976), 76; Pomeroy, *Frauenleben im klassischen Altertum* (1985) 126.

105 Rundel, nav. dj., 94.

106 D.50.4.18.30 (*Arch. Char. 1 de mun. civ.*): *Magistris qui civilim munus vacationem habent, item grammaticis et oratoribus et medicis et philosophis, ne hospitem reciperent, a principibus fuisse immunitatem indultam et divus Vespasianus et divus Hadrianus rescripserunt*. Usp. D.27.1.6; C.Th., 13.3.3; C.10.53(52)6.1; Vat. 149. Svetonije u *Caesar* 42 kaže da je Cezar 46. god. p.n.e. podijelio svim liječnicima i učenjacima *artes liberales* rimsko pravo građanstva kako bi im bilo što draže živjeti u Rimu i da bi privukli i druge u Rim. Opširnije o povlasticama koje su uživali liječnici vidi: Bernard, nav. dj., 60, 67; Pfeffer, *Einrichtungen sozialer Sicherheit in der griechisch-römischen Antike* (1969), 87; Just, nav. dj., 3073; Wacke, nav. dj., 405.

107 Xen., *Mem.*, 1,2,54; Aelian., *Var. Hist.*, 12,1; Cic., *De off.*, 1,42,150-151; *ad Famil.*, 16,14; 16,9,3.

su se liječnici koji su radili za fiksnu plaću, a njihov broj je stalno rastao u vojsci, na carskom dvoru, u gradovima i municipijima.¹⁰⁸ Uglavnom, gotovo da nema primjera da se liječnik besplatno pobrinuo za pacijenta.¹⁰⁹ Honorar koji je isplaćivan liječnicima obično je nazivan *merces* (D.9.3.7; D.13.7.8pr.; I.4.5.1). Taj termin nije prikladan za slobodnog čovjeka, jer se slobodni Rimljanin nikada ne bi poslužio s *actio locati* da bi dobio honorar,¹¹⁰ ali je u potpunosti odgovarao za robove koji su obavljali liječničku praksu. U tekstu D.9.2.7.8 Ulpijan se poziva na Prokulovo mišljenje kada kaže da se liječnika, koji je nestručno operirao roba, može tužiti, ili *ex locato* ili *ex lege Aquilia*.¹¹¹ Prokulovo je mišljenje navelo neke autore na zaključak da su usluge slobodnog liječnika mogle biti predmetom najma.¹¹² Takav je zaključak ipak previše ishitren jer, premda u tekstu *medicus* nije specificiran, ni Prokul ni Ulpijan najvjerojatnije nisu mislili na liječnika – slobodnog Rimljanina nego na liječnika-roba ili oslobođenika, posebice jer se u navedenom tekstu radilo o liječniku – kirurgu koji su smatrani obrtnicima, a ne znanstvenicima. Kada se u tekstovima riječ *medicus*

108 D.27.1.6.2,3,4 i 6; D.50.9.1; D.50.4.11.3; CIL, 6.1779; C.Th.,13.3.3 = C.10.53(52).9; C.Th., 13.3.9 = C.10.53(52).10. Za vrijeme Aleksandra Severa ustanovljena su fiksna primanja u novcu ili u naravi za dvorske liječnike, a za profesore medicine je ustanovljena plaća. Vidi Lamprid., *Alex. Sev.*, 42 i 44. Justinijan (C.10.53.6; *Novell. App.*, VII, c. 22) je potvrdio Konstantinovu konstituciju kojom se liječnicima potvrđuje redovita isplata plaća. U barbarskim zakonima propisana je visina liječničkih honorara koja je zavisila od težine povrede i o liječenoj bolesti (*Lex Sal.*, 19,6; *lex Visig.*, 11,5.).

109 Michel, nav. dj., 205; D.33.1.10.1 (*Pap. 8 resp.*).

110 Sen., *De benef.*, 6,15. kaže da su liječnikove usluge neprocjenljive jer se od liječnika dobija život i dobro zdravlje. Liječnik ne prima naknadu koju zaslužuje nego samo obeštećenje za svoj trud i vrijeme koje je posvetio bolesnima. Opširnije o vrelima koja sadrže termine *merces* i *salarium* v. Coppola, nav. dj., 211; Klami, Mandatum and labour, ZSS 106 (1989), 580.

111 D.9.2.7.8 (*Ulp. 18 ad ed.*): *Proculus ait, si medicus servum imperite secuierit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.* (Prokul kaže da ako je liječnik nestručno operirao roba, dopustit će se ili tužba iz najma ili iz Akvilijeva zakona.)

112 Na osnovi činjenice da se liječnika kao primatelja *merces*a u tekstu naziva *conductorom*, a pacijenta *locatorom*, Wacke, nav. dj., 409. zaključuje da je liječnikov ugovor predstavljao tip ugovor o najmu – *opus locatum*. Sl. Heldrich, nav. dj., 150, n. 3; Siber, nav. dj., 161; Waldstein, nav. dj., 312; Pernice, nav. dj., 179. i Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/ Wetton/Johannesburg 1990, 393. Accarias, nav. dj., 331, n. 1; Visky, nav. dj., 80. i Arangio-Ruiz, nav. dj., 103. pozivaju se na Ulpijanov tekst D.9.2.7.8 kao dokaz da je Prokul smatrao da djelatnost liječnika može biti predmetom ugovora *locatio conductio* te da je izjednačavao liječnika s obrtnikom (*artifex*), čija profesija nije spadala među *artes liberales*. Visky i Arangio-Ruiz navode Gajev tekst D.9.3.7 (6 *ad ed. prov.*) = I.4.5.1 i Ulpijanov D.50.13.1.1 kao dokaz da je liječnikova naknada označavana terminom *merces*, iz čega izvode zaključak da je prethodno morao biti zaključen ugovor *locatio conductio*. Međutim, Gaj u tekstu jasno kaže da sudac određuje visinu liječnikove naknade, kao i ostale troškove liječenja slobodnog čovjeka nastale zbog povrede prouzročene stvarima izbačenima iz nečijeg stana (. . . , *iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt*), zbog čega taj tekst ne može biti dokaz da je prethodno zaključen ugovor o najmu. Sl. Below, nav. dj., 63, 87; Just, nav. dj., 3060; Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien* (1972), 66; Watson, *Medical Malpractice*, u: Watson, *Failures of Legal Imagination* (1988), 65, 85.

koristi bez pobliže kvalifikacije, najčešće se radi o liječniku-robu.¹¹³ I u navedenom je slučaju *merces* sigurno bila obećana gospodaru ili patronu. Budući da u konkretnom slučaju postoje elementi ugovora *locatio operis faciendi*, nezadovoljni je vlasnik roba-pacijenta mogao *ex locato* tužiti gospodara liječnika-roba ili oslobođenika.¹¹⁴ U tom se slučaju liječnik pobrinuo za pacijenta u svojoj ordinaciji, ali je moguć i ugovor *locatio operarum* ako će liječnik brinuti o pacijentu kod kuće. Svakako će se raditi o *locatio operarum* ako je pacijent bio slobodni Rimljanin jer se *ingenuus* nije mogao smatrati za *res corporalis*, kao što kaže Ulpijan u D.9.3.1.5: *in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*.

Gospodar je mogao iznajmljivati usluge roba-liječnika i tako ubirati *merces*. Često se događalo da gospodar, darujući robu-liječniku slobodu, obveže oslobođenika da će ubuduće po osnovi *operae liberti*, odnosno *operae fabriles* i dalje besplatno liječiti njegovu obitelj.¹¹⁵ Julijan kaže da patron ima pravo zahtijevati od oslobođenika da besplatno liječi i njegove prijatelje.¹¹⁶ Inače, vrijedilo je shvaćanje prema kojem je obavljanje intelektualnih djelatnosti od strane robova ili oslobođenika izjednačavano

113 D.40.5.41.6 (*Scaev. 4 resp.*); Varron, *De re rust.*, 1,16.

114 Klingmüller, *Honorarium*, PR VIII (1913), 2272. smatra da se u tekstu D.9.2.7.8 radi o liječniku-robu ili oslobođeniku, a kako djelatnost tih osoba nije smatrana za *ars liberalis*, podrazumijeva se mogućnost primjene tužbe *ex locato*. Slično i Bernard, nav. dj., 74. i Below, nav. dj., 88. koji ne isključuje mogućnost da su riječi *vel ex locato* umetnute u tekst. Suprotnog je mišljenja Mayer-Maly, *Locatio-Conductio*, 126. koji tekst drži izvornim. Heldrich, nav. dj., 150. smatra da se u tekstu govori o kirurgu ili nadrlječniku koji nikad nisu bili cijenjeni kao liječnici opće prakse. Erdmann, nav. dj., 570. smatra da se u navedenom tekstu radi o liječniku-robu, a djelatnost robova nikada nije vrijedila kao *ars liberalis* te da se liječnika nije nikako moglo tužiti s *actio locati* nego samo s *actio conducti*, što objašnjava pogreškom u prepisivanju, dok Pernice, nav. dj., 15. smatra da je liječnik bio *conductor operis*. Suprotno Visky, nav. dj., 82. koji ističe da se iz teksta ne može zaključiti da se radi o liječniku-robu, i da se iz teksta ništa ne može iščitati osim onoga što u njemu doslovce piše, a to je da je Prokul smatrao da posao liječnika može biti predmet ugovora *locatio conductio* i da se liječnika zbog počinjene stručne pogreške ili nemarnosti može tužiti s *actio locati*. Dva stoljeća kasnije Ulpijan je smatrao ispravnim osloniti se na Prokulovo mišljenje, što navodi na zaključak da se stav prema liječničkoj djelatnosti u osnovi nije promijenio. Termin *ex locato* nije posljedica pogreške u prepisivanju nego izraz terminološke nedosljednosti u rimskim pravnim vrelima koje se odnose na stranke iz ugovora o najmu.

115 Lambert, *Les operae liberti*, Paris 1934; Duff, *Freedmen in the early roman empire*, Cambridge 1958, 51; Waldstein, *Operae libertorum*, 301; isti, *Mandat und operae libertorum*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, Berlin/Heidelberg 1993, Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 63; Fabre, *Libertus*, Rome 1981, 355.

116 D.38.1.27 (*Iul. 1 ex Min.*): *Si libertus artem pantomimi exercent, verum est debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere: sicut eum quoque libertum, qui medicinam exercet, verum est voluntate patroni curaturum gratis amicos eius. neque enim oportet patronum, ut operis liberti sui utatur, aut ludos semper facere aut aegrotare.* (Ako se oslobođenik bavi umjetnošću pantomime, istina je da mora ponuditi besplatno svoj rad ne samo patronu nego i njegovim prijateljima kada priređuju zabave. Isto tako će se oslobođenik-liječnik po nalogu patrona pobrinuti za njegove prijatelje. Nije potrebno da patron, da bi se koristio njegovim uslugama, stalno priređuje zabave ili bude bolestan.).

s fizičkim radom.¹¹⁷ Za vrijeme Augusta je s *lex Aelia Sentia* zabranjeno iznajmljivanje oslobođenikovih *operae fabriles* kako bi se smanjio broj oslobođenih robova. Međutim, ta se zabrana nije odnosila na bivše robove-lijječnike jer je i dalje bilo dopušteno iznajmljivati uz naknadu usluge oslobođenika-lijječnika koje su mogle biti predmetom *locatio operarum*.¹¹⁸

Što se tiče slobodnih rimskih građana koji su se bavili liječničkom praksom, Ulpijanov tekst D.50.13.1.1 nedvojbeno svjedoči da su imali pravo zahtijevati plaću u ekstraordinarnom postupku. Ipak, jedan tekst koji se pripisuje Pomponiju (D.19.5.27), a sačuvan je samo u Bazilikama 20.5.27 kaže da novčani iznos koji je liječnicima predavan na dan kalenda nije predstavljao plaću, te da sljedstveno tomu ne postoji tužba iz najma nego *actio in factum: Quod Kalendis Januariis dari solet medicis et scaenicis, non est merces: itaque si quod in hisce ministeriis aliter fiat quam convenit, non ex locato sed in factum actio dabitur*. Michel smatra da se takav stav ne može generalizirati.¹¹⁹ Sličnog je mišljenja i Visky koji primjećuje da se u tekstu ne govori općenito o bilo kakvoj naknadi nego o posebnoj vrsti plaće.¹²⁰ Zbog toga se navedene tvrdnje ne mogu primijeniti na sva potraživanja za naknadom koja je liječniku pripadala temeljem sporazuma o liječničkom tretmanu.¹²¹ Osim toga, Pomponije izjednačava liječnike s glumcima čija je djelatnost nedvojbeno mogla biti predmet najma. Zbog toga će za ostvarivanje svojih potraživanja koristiti u tekstu spomenutu *actio ex locato*. *Actio in factum* o kojoj govori Pomponije,¹²² mogla bi se primijeniti samo na one liječnike koji su bili vezani uz klijente nekom vrstom „pretplate“, odnosno godišnjih davanja, ili što je manje moguće, ta je tužba možda dopušтана liječnicima koji su potraživali honorar od nezadovoljnih klijenata. Below ističe da se takvo pitanje ne bi ni pojavilo da je odnos između liječnika i pacijenta zasnovan na ugovoru *locatio conductio* te da tekst ne predstavlja ništa drugo doli

117 Pernice, Parerga, ZSS 9 (1888), 243; Bernard, nav. dj., 121; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, 642; Mitteis, *Operae officiales und fabriles*, ZSS 23 (1902), 158; Pescani, *Operae liberti*, Trieste 1967, 139; De Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, 141; isti, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, 49, 97; Nörr, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, ZSS 82 (1965), 67.

118 C.6.3.7: *Nec patronis pro operis mercedem accipere licet*. (Patronima nije dopušteno uzimati novac za usluge svojih oslobođenika.); usp. D.38.1.25.4. Vidi Cerami/Di Porto/Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004, 91.

119 Michel, nav. dj., 207-208.

120 Visky, nav. dj., 83.

121 Heldrich, nav. dj., 152. smatra da se naknada koja je isplaćivana početkom godine, nije temeljila na sporazumu. Coppola, nav. dj., 163-179. navodi da *locatio conductio* nije bio ekskluzivni ugovor kojim je uobličavan sporazum između stranaka nego su korišteni i drugi pravni instrumenti, kako već tipizirani, kao što je bila stipulacija, ali puno češće oni koji još nisu uvršteni u „tipičnu“ ugovornu shemu – neformalni pakti kojima je fiksirana visina naknade. Usp. Below, nav. dj., 63; Wacke, nav. dj., 411.

122 Bertolini, *Appunti didattici. Il processo civile III*, 1915, 11. smatra da se u tom slučaju radi o *actio praescriptis verbis* koja je sankcionirala ugovor tipa *facio ut des*.

kompilatorski sažetak problema.¹²³ Najvjerojatnije objašnjenje zbog čega Pomponije predlaže tužbu *in factum* za potraživanje godišnjih honorara je što liječnicima i profesorima u njegovo vrijeme još nije bilo dopušteno ostvarivati svoja potraživanja u ekstraordinarnom postupku.

Na temelju navedenoga može se zaključiti da liječnici, koji su se bavili općom medicinom, odnosno medicinom kao znanošću, nisu bili civilno obvezni (*non civiliter obligati*), za razliku od kirurga i liječničkih pomoćnika čije su usluge mogle biti predmetom *locatio conductio* kada su pružane za *merces* ili predmetom mandata kada su pružane besplatno. Pretorska *actio in factum* mogla se podići samo u slučaju obavljanja intelektualnih medicinskih usluga što dokazuje da usluge znanstvene medicine nisu mogle biti predmetom ni mandata ni najma ni inominatnog kontrakta. Kada se usporede tekstovi D.9.2.7.8; D.19.5.27 i D.50.13.1.1, postaje očito da su rimski pravници razlikovali pružanje medicinskih usluga od strane liječnika – znanstvenika i liječnika – praktičara (kirurga). Inferiorni položaj kirurga pokazuju i carske konstitucije.

Ulpijan govori i o odgovornosti liječnika temeljem *lex Aquilia*. Pozivajući se na Celzovo mišljenje u tekstovima D.9.2.7.6 i D.9.2.27.14 kaže da se odgovornost, temeljem Akvilijeva zakona, procjenjivala ako je liječnik izravno prouzrokovao štetni uspjeh, ali ako se radilo o *damnum datum non corpore*, dopuštala se *actio in factum*: *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur*. Slično je vrijedilo i za babice, za koje, pozivajući se ovaj put na Labea, Ulpijan kaže: *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit*. Dakle, ako je babica dala ropkinji lijek od kojeg je rodilja umrla, Labeo je razlikovao, je li babica lijek osobno dala, u kom ju je slučaju usmrtila, ili je lijek dala tako da ga je ropkinja sama uzela, i tada će se dopustiti *actio in factum*. S tim je mišljenjem Ulpijan suglasan jer babica nije usmrtila ropkinju nego pripremila uzrok smrtne posljedice. U tom su slučaju rimski pravници, s iznimkom

123 Below, nav. dj., 90. smatra da odnos između liječnika i pacijenta nije reguliran ni temeljem mandata. U prikazima tog djela Kaser, ZSS 72 (1955), 395. i Niederländer, *Anzeiger für die Altertumswissenschaft* 10 (1957), 249. ističu da Below nije pobliže obrazložio narav ugovornog odnosa između liječnika i pacijenta. Daube, *Journal of Roman Studies* XIV (1955), 180. smatra da se Below ipak uvelike približio tradicionalnom shvaćanju prema kojem je liječnik radio temeljem mandata, vjerojatno zbog obrazloženja da je svoj *honorarium*, slično kao i prokurator koji je djelovao temeljem mandata, morao zahtijevati u postupku *extra ordinem*. Watson, *Contract of Mandate*, 101. primjećuje da činjenica da je liječnik potraživao *honorarium* u postupku *extra ordinem*, ne znači da se radilo o mandatu, niti u tekstovima koji se odnose na mandat ima dokaza da je mandatar, izuzev prokuratora, mogao zahtijevati nagradu *extra ordinem*. Esencijalno je pitanje koja je ugovorna tužba, i da li uopće ugovorna, podizana protiv liječnika koji nije ispunio svoje obveze. Watson zaključuje da se nije radilo ni o *actio mandati*, pa prema tomu ni o mandatu, te da vjerojatno uopće nije podjeljivana ugovorna nego samo deliktna tužba. Usp. Kunkel, *Römisches Recht*, Berlin 1949, 225.

Gaja, koji se opredijelio za *actio utilis* (G.3.219) uveli *actio in factum legis Aquiliae* koja je u početku bila samostalna, tj. na nju se nisu odnosila pravila predviđena za tužbu Akvilijeve zakona.¹²⁴

Što se tiče liječničkih honorara, može se zaključiti da ako se radi o medicini *quae clinice vocatur*, onda se takva djelatnost smatra znanošću i ubraja u *artes liberales*.¹²⁵ Usluge slobodnog liječnika nisu mogle biti predmetom bilo kojeg ugovora. Nagrađivani su s *honus* što je slobodni liječnik mogao potraživati putem *persecutio extra ordinem*, kao što kažu Ulpijan u D.50.13.1.1 i Pomponije u D.19.5.27. Liječnici su primali *salaria* kao vid pomoći za uzdržavanje, a ne kao naknadu za određene aktivnosti. U vrelima se ta pomoć najčešće označava terminom *merces* iz čega bi se moglo zaključiti da je liječnikov suugovaratelj mogao tužiti *ex locato* u slučaju pogrešnog liječenja. Međutim, takav bi zaključak bio pogrešan jer liječnik nije bio plaćeni *mercennarius* koji primanjem *mercesa* potvrđuje svoju gospodarsku i društvenu (premda, kako upozorava Wacke,¹²⁶ ne i pravnu) podčinjenost. Nezamislivo je da *medicus ingenuus* bude stranka u ugovoru *locatio conductio*. U rimskom pravu naplatno obavljanje poslova nije se moglo podvesti pod mandat zbog strogog pravila *mandatum nisi gratuitum nullum est*. Doduše, Ulpijan u D.17.1.6pr. dopušta primjenu tužbe iz mandata *si remunerandi gratia honor intervenit*, ali ne za isplatu honorara.¹²⁷ Usluge liječnika ne mogu se uspoređivati niti izjednačiti s obavljanjem poslova za

124 Rotondi, *Teorie post-klassiche sull'actio legis Aquiliae*, *Scritti giuridici* II, 435.

125 Visky, nav. dj., 87, 93. smatra da je u carsko doba liječniku omogućeno potraživati naknadu u ekstraordinarnom postupku (D.50.13.1.1) i da je od tada liječnik mogao birati hoće li svoj zahtjev ostvariti temeljem *locatio conductio* ili putem *extraordinaria cognitio*, te navodi Konstantinovu konstituciju C.10.66.1 (=C.Th.13.4.2) kao odlučujući dokaz da liječnička djelatnost nije spadala u krug *artes liberales*. Tom je konstitucijom proklamirano da se određena zanimanja oslobađaju od javnih tereta kako bi se njihovi nositelji mogli usavršavati u svom pozivu i svoje znanje prenijeti na nasljednike. Tako se liječnici i arhitekti spominju zajedno s raznim obrtnicima (*artifices*) (*Et est notitia ista: architecti, medici, mulomedici, pictores statuarii marmorarii, lactarii seu laccarii clavicarii quadrigarii quadratarii . . .*). Ipak, iz tog se teksta ne može zaključiti da je liječnik bio izjednačen s najamnim radnikom. Pri tomu svakako treba imati u vidu razlike među vršiteljima medicinskih usluga i činjenicu da su društvene i gospodarske prilike bitno drukčije od razdoblja klasičnog prava. Slične odluke postoje i u tekstovima D.50.6.7 (*Tarr. Pat. libro I milit.*); *Frag. Vat.* 149 (*Ulp. 1 de excusat.*); C.10.53.6pr.; C.10.53.11pr.; C.12.40.8.

126 Wacke, nav. dj., 416-420. smatra da je liječnik morao izvršiti svoju dužnost i bez prethodnog sporazuma o naknadi, što je upravo bio razlog koji je doveo do državne intervencije i ustanovljavanja izvanredne pravne zaštite. Poziva se na mišljenje De Robertisa, *I rapporti di lavoro*, 188. koji pretpostavlja da je takva zaštita *de mercedibus* prije svega dolazila u obzir kada nije bila ugovorena plaća premda Ulpijan u D.50.13.1pr. o takvoj negativnoj pretpostavci ništa ne govori. Tužbom *in factum* ili *praescriptis verbis* koju Gaj u D.19.5.22 spominje u svezi s plaćom obrtnika koja nije predviđena ugovornim putem, *cognitio extra ordinem* je funkcionalno primjenjiva za *artes liberales*. Wacke zaključuje da je nesporno da je medicina bila uvrštena u krug *artes liberales*, ali da ne postoje nikakvi protuargumenti koji bi oborili tvrdnju da su medicinske usluge pružane za plaću u okviru ugovora *locatio conductio*.

127 Bürge, *Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 319; Coppola, nav. dj., 239; Klami, nav. dj., 575; Kudlien, nav. dj., 174; Rundel, nav. dj., 105.

drugoga, kao što je slučaj kod prokuratora. Također iz tog razloga ni pravila mandata ne mogu se odnositi na liječnika. Ali, liječničke usluge roba ili oslobođenika mogle su biti predmetom ugovora *locatio operarum*. Što se tiče kirurgije, *quae manu constat*, usluge kirurga su *operae* koje su s obzirom na okolnosti bile predmetom *locatio operis faciendi* i *locatio operarum*, o čemu govori Ulpijan navodeći Prokula u D.9.2.7.8.

VI. Odvjetnici (*advocati*)

Počeci advokatske profesije u civilnom postupku nalaze se u zaštitničkom odnosu između klijenata (ili stranaca) i patrona.¹²⁸ Obrana u kaznenom postupku potječe iz prava priznatog svakom građaninu da intervenira pred sudom u korist tuženika i iz osobne obrane koja se zadržala u svim razdobljima rimskog prava. Nakon uvođenja formularnog postupka postalo je nužno da stranke u drugom dijelu postupka (*in iudicio*) dolaze u pratnji pomoćnika (*oratores, causidici*) koji su raspoloživi s većim ili manjim pravničkim znanjem, pomagali stranci. Prvobitni naziv za rimskog advokata, odnosno osobu koja je pomagala strankama u postupku, bio je *patronus*, kao što kaže *Pseud. Asconius* u *Schol. in Cicero de divin.* 11: *Qui defendit alterum in iudicio aut patronus dicitur, si orator est; aut advocatus, si aut suggerit, aut praesentiam commodat amico.* Odvjetničku funkciju u vrijeme rimske Republike obavljale su osobe koje su nazivane *causidici, oratores* ili *rhetores*. Institucija *advocatusa* pretrpjela je tijekom stoljeća rimskog pravnog razvitka značajne promjene. U vrijeme Republike osoba, koja je obavljala odvjetničku funkciju, najčešće nije imala nikakvu pravničku naobrazbu. Tužitelju i tuženiku pomagali su *oratores*, osobe koje su nedostatak pravničkog znanja i obrazovanja nadomještale retorskom naobrazbom ili pravničkim iskustvom. To nisu bili *iuris consulti* nego samo *iuris periti* koji su se kod pravника morali informirati o pravnim propisima i pravnim običajima koje je trebalo primijeniti u konkretnom sporu.¹²⁹ Često je u postupku bilo važnije istaknuti se nad protivnikom govorničkom vještinom i na taj način ostaviti jači dojam na publiku i suca koji je i sam bio običan građanin i laik. U zamršenijim slučajevima, posebice imovinsko-pravnim, sudjelovali su i pravnici, ali ni tada izravno, nego samo dajući stručne savjete zainteresiranoj stranci ili *oratoru*. Prema tomu, u razdoblju Republike odvjetnicima su nazivani i nepravnici i pravnici, čak i one osobe koje su samo svojom nazočnošću olakšavale položaj stranke. Sve složeniji pravni sustav i sudski postupak zahtijevali su pomoć stručnjaka – poznavatelja prava (*advocatus*).¹³⁰ *Advocati* su prvobitno bili osobe koje

128 Cic., *De orat.*, 1,36; 2,74; *Top.*, 17,65; *Pro Clu.*, 40; *Pro Balb.*, 1; *Pro Rosc. Amer.*, 1,5.

129 Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 1967, 272, 290; Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain. Recherches et études sur le barreau de Rome, depuis son origine jusqu'à Justinien, et particulièrement au temps de Cicéron*, Roma 1972, 113.

130 Plaut., *Poen.*, 3,6,11; *Cas.*, 3,3,5; *Bacch.*, 3,2,27; Cic., *Pro Quinct.*, 1,2,21; 2,5; 8,30; *Top.*, 17,65; *Pro Caec.*, 27,77; *Pro Clu.*, 19,40; *De orat.*, 2,74; *De off.*, 1,10; Sen., *Apocol.*, 14; *Quintil.*, *Inst. or.*, 4,1,7; 10,1,111; 11,1,19; Tac., *Ann.*, 11,5; D.47.15.1.1; D.4.8.31; D.3.1.1.4; D.1.16.9.4-5; D.50.13.1.11.

su klijentima davale pravne savjete ne sudjelujući u postupku pred sudom. Za vrijeme Carstva nestaje razlika između *advocati* i *patroni*, a termin *orator* (*causidicus*) postao je sinonim za odvjetnika (*advocatus*). Različite uloge odvjetnika i patrona povjerene su od tada samo odvjetnicima koji se ponekad nazivaju *patronus*, *causidicus*, *orator*, *togatus*, *causarum actor*, *jurisperitus* i *scholasticus*.¹³¹ Ipak, i dalje se pravila jasna razlika između odvjetnika i profesora prava (*pragmaticus* i *iurisconsultus*, sukladno, kako kaže Jhering,¹³² raščlanjivanju pravničkog poziva).¹³³ Vremenom je odvjetnička profesija regulirana, a odvjetnici udruženi u korporacije. Pretorskim je ediktom propisano koje se osobe mogu baviti odvjetništvom, a u razdoblju Carstva trebalo je imati dugo pravničko iskustvo i studij.¹³⁴ Nije postojala nikakva isključivost (uz neke iznimke¹³⁵) u obavljanju državnih funkcija i odvjetništva. Justinijan je u Kodeksu detaljno i striktno regulirao prava i privilegije odvjetnika.

Postavlja se pitanje, kakav je bio odnos između odvjetnika i stranke kojoj je odvjetnik pomagao: je li stranka plaćala odvjetničke usluge ili ih je odvjetnik obavljao besplatno iz prijateljskih pobuda. Prema shvaćanju robovlasničkog društva odvjetničke usluge, kao djelatnost koja je spadala u *artes liberales*, nisu mogle biti predmetom najma za novac jer naplatno obavljanje poslova nije bilo dostojno slobodnog čovjeka i smatralo se velikim poniženjem.¹³⁶ Advokatska funkcija se od najstarijih vremena smatrala počasnom i jednim vidom pomoći sugrađanima. Zbog

131 Bernard, nav. dj., 88; Schulz, nav. dj., 50, 66; Wenger, nav. dj., 237.

132 Jhering, *Der Zweck im Recht I*, Leipzig 1904, 86.

133 Visky, nav. dj., 54; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1961, 377; Harrer, *The profession of law in Rome*, *The Classical Journal* 17 (1921/22), 30; Schulz, nav. dj., 53; Kunkel, nav. dj., 39; Crook, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995; Wieling, *Advokaten im späntantiken Rom*, *Atti dell' Accademia romanistica costantiniana*, XI convegno internazionale in onore di F. Wubbe, Napoli 1996, 419.

134 U tekstu D.50.13.1.11 (8 *de omn. trib.*) Ulpijan kaže da je odvjetnik po rimskom shvaćanju onaj koji sudjeluje u postupku, ali ne i onaj koji je plaćen za pripremu sporne stvari za postupak: *Advocatos accipere debemus omnes omnino, qui causis agendis quoque studio operentur: non tamen, qui pro tractatu, non ad futuri causis, accipere quid solent, advocatorum numero erunt*. O mogućim interpolacijama u tekstu vidi: Ebrard, *Beamte und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare operam*, *ZSS* 6 (1926), 167; Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, Heidelberg 1902, 99.

135 D.3.1.6 (*Ulp. 6 ad ed.*); C.2.8 (9).1-2; D.3.1.10 (*Paul. sing. reg.*).

136 Visky, nav. dj., 72. ističe da se advokatura u vrelima nigdje izričito ne spominje kao *ars liberalis*, što obrazlaže činjenicom da su se odvjetništvom bavile i osobe iz nižih društvenih slojeva. Arangio-Ruiz, nav. dj., 103. je mišljenja da je odvjetnik angažiran temeljem najma, što obrazlaže činjenicom da je njegova naknada označavana terminom *merces*, kao što je slučaj u tekstovima D.D.27.2.4; D.39.5.27; D.50.13.1pr; D.39.5.19.1. Suprotno Watson, nav. dj., 100-101. koji ističe da je teško prihvatiti mišljenje da je termin *merces* korišten samo za oznaku naknade iz ugovora *locatio conductio*, posebice kada se ima u vidu tekst D.50.13.1pr-1. Sl. Méhész, *Advocatum numero romanus*, Buenos Aires 1994, 165. koji advokaturu ubraja među *artes liberales* naglašavajući da odvjetnici nisu primali plaću (*merces*) nego honorar; *honoros* i *remuneratio* ne mogu se izjednačiti. Postojala su dva tipa honorara: *pecunia* koja se nudi kao honorar za usluge učinjene *ex officio* i *donum* koji se daje spontano bez ikakve pravne prisile. Odvjetnici su davali prednost *pecunia numerata*, čiju su visinu određivali klijent (*libero arbitrio*) i odvjetnik, kao što se navodi u C.2.2.6.3: *Nemo ex his, quos licebit . . . accipere, quod sibi semel officii gratia libero arbitrio obtulerit litigator*.

toga, kada se postavi pitanje honorara, treba imati u vidu da je situacija odvjetnika bila specifična u odnosu na djelatnike drugih slobodnih profesija. U staro doba patroni za svoje odvjetničke usluge najvjerojatnije nisu tražili naknadu u novcu, ali su zato imali znatna prava prema svojim klijentima. Osim toga, braniteljskom ulogom stjecali su znatnu društvenu popularnost i izborne pristaše. Upravo su se iz tih razloga mnogi odvjetnici prihvaćali obrane ili optužbe jedne od stranaka. Ipak, usprkos tome, u praksi i u stvarnom životu, situacija je bila potpuno drukčija. Odvjetnici su, unatoč proklamiranoj besplatnosti vršenja svoje funkcije, primali velike nagrade kroz „počasti“ i „uvažavanja“ koji su nazivani *honoraria*, *munera* ili *remuneratio*. Kako se radilo o naknadi za prijateljsku pomoć, takvu nagradu nije bilo moguće potraživati sudskim putem. Da bi se zaštitili plebejci od neumjerenih zahtjeva svojih patrona, tribun *Cincius Alimentus* predložio je 204. god. p.n.e. *lex Cincia de donis et muneribus* (*lex muneralis*). Tim slavnim zakonom odvjetnicima je zabranjeno primati novac ili bilo kakvu naknadu za odvjetničke usluge.¹³⁷ Budući da se radilo o imperfektom zakonu (*lex imperfecta*), ta je zabrana u početku bila sankcionirana kondicijom zasnovanom na ideji o pravno neosnovanom obogaćenju.¹³⁸ Stalna nastojanja vladara tijekom 1. st. da ograniče ili ponovno zabrane uzimanje honorara od strane odvjetnika govore da zabrana iz Cincijeva zakona nije poštivana. August je strogo zabranio odvjetnicima uzimati honorar, a Cincijev je zakon s obzirom na tu materiju postao *lex minus quam perfecta*: primljenu naknadu odvjetnik je morao vratiti u četverostrukom iznosu.¹³⁹ Ta je sankcija bila bez učinka, pa je Klaudije ipak zaključio da takve zabrane ne postižu cilj i propisao maksimalni iznos odvjetničkog honorara od 10 000 sestercija po procesu, uz prijetnju sankcijom u četverostrukom iznosu primljene vrijednosti u slučaju prekoračenja. Tako je po prvi put dopušteno odvjetnicima primati naknadu za izvršene usluge, a odnosi između odvjetnika i klijenata su zakonski regulirani. Neron je, prema Tacitu (Anali, 11.5-7; 13,4-5) pod pritiskom Senata, vratio na snagu propis iz Cincijeva zakona, zabranjujući advokatima primiti bilo što od svojih klijenata. Za razliku od Tacita, Svetonije (Neron, 17) kaže da je Neron, kao i Klaudije, fiksirao iznos advokatskih honorara dopustivši odvjetnicima pravičnu i određenu plaću.¹⁴⁰ Iz proturječnih iskaza Tacita i Svetonija možemo zaključiti da je najvjerojatnije da je Neron izmijenio svoj stav i kasnije dopustio primanje honorara. Plinije Mlađi u

137 Tit.-Liv., 34,4; Tac., *Ann.*, 11,5: *Consurgunt patres legemque Cinciam flagitant, qua cavetur antiquitas, ne qui ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.*

138 Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, Paris 1902, 31; Wieling, nav. dj., 440; Coppola, nav. dj., 68.

139 Senn, nav. dj., 46; Bernard, nav. dj., 92; Méhész, nav. dj., 170-175; Siber, nav. dj., 163; Mitteis, nav. dj., 154; Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, 26; Wesener, prikaz: F. Casavola, *Lex Cincia*. Contributo alla storia delle origini della donazione romana, Napoli 1960, ZSS 78 (1961), 486; Kaden, prikaz: F. Casavola, *Lex Cincia*. Contributo alla storia delle origini della donazione romana, Napoli 1960, *Labeo* 9 (1963), 248.

140 Suet., *Ner.*, 17. Kvintilijan u *Inst. or.*, 12,7,8 ističe da je puno časnije ne prodavati odvjetničke usluge, ali ako odvjetnik nema dovoljno sredstava za svoje potrebe, onda je plaća ne samo opravdana nego i nužna, a sva se teškoća sastoji u tomu da se sazna koju sumu odvjetnik treba primiti.

Pismima, 5,9,4 kaže da je za vrijeme Trajanove vladavine bilo zabranjeno davati odvjetnicima bilo kakav honorar ili darove sve dok se postupak ne završi. Tek nakon završenog postupka i donesene presude, odvjetnik je smio primiti sumu od najviše 10 000 sestercija. Kako saznajemo iz Ulpijanovog teksta D.50.13.1.10,¹⁴¹ Trajan je slijedio Klaudija i propisao da u slučaju kada nije bilo sporazuma, pretor ili *praeses* moraju odrediti visinu honorara imajući u vidu vrstu suda i postupka, mjesne običaje i sposobnost odvjetnika. Ujedno je zabranio isplatu honorara unaprijed.¹⁴² Sličnog je mišljenja bio i Aleksandar Sever koji je odredio da takav režim naknada vrijedi i za odvjetnike u provincijama.¹⁴³ Dioklecijan je 301. god. u svom poznatom ediktu *De pretiis rerum venalium*, kojim je pokušao maksimirati cijene, fiksirao maksimalni iznos odvjetničkih honorara i to na 250 denara za *postulatio* i 1 000 denara za *cognitio*.¹⁴⁴ Ulpijan u tekstu D.50.13.1.13 navodi da je iznos maksimiran na 100 aurea, što odgovara sumi od 10 000 sestercija. U praksi su odvjetnici često zahtijevali proviziju ili plaćanje honorara unaprijed.¹⁴⁵ Reskript Aleksandra Severa pokazuje da su advokati već primali honorare unaprijed, a takva je praksa očito legalizirana.¹⁴⁶ Tim je reskriptom zabranjeno nasljednicima advokatovog klijenta zahtijevati ono što je klijent unaprijed platio. Dioklecijan je propisao da se odvjetnika, koji je unaprijed primio honorar, a nakon toga nije pružio očekivanu uslugu, može tužiti s *condictio ob causam datorum* (C.4.6.11). Isplata honorara unaprijed i predviđena kondicija još su jedan pokazatelj da usluge odvjetnika nisu bile predmetom najma budući da je kod najma uobičajeno najamnom radniku isplatiti naknadu po završenom poslu (*postnumerando*).¹⁴⁷ Očito je da sporazum o honoraru još uvijek nije bio priznat kao civilnopravni ugovor. Sever i Karakala zabranili su *pactum de quota litis*, sporazum između klijenta i odvjetnika o podjeli eventualno dosuđene svote.¹⁴⁸ U

141 D.50.13.1.10 (*Ulp. 8 de omn. trib.*): *In honorariis advocatorum ita versari iudex debet ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibent, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur: . . .* (Za odvjetničke honorare sudac se mora obvezati da će ih procijeniti uzevši u obzir odvjetnikovu rječitost, običaje mjesta i suda i vrstu spora u kojoj je trebao braniti, kako suma ne bi premašila dopuštenu visinu.)

142 Tac., *Ann.* 13.5; Plinius, *Hist. nat.* 5.14.21; Dio Cassius 54.18; Pernice, *Labeo II*, 66; Bürge, *Salaria und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, u Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 327.

143 Lamprid., *Alex. Sev.*, 44.

144 CIL. 2,831, c. 7.72.

145 D.19.2.38.1

146 D.50.13.1.13 (*Ulp. 8 de omn. trib.*): *Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.* (Božanski Sever zabranio je nasljednicima umrlog da zahtijevaju povrat primljenog honorara jer nije advokat odgovoran što nije došlo do parnice.)

147 Mayer-Maly, nav. dj., 138-139.

148 D.50.13.1.12 (*Ulp. 8 de omn. trib.*): *Si cui cautum est honorarium vel si quis de lite pactus est, videamus an petere possit. Et quidem de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et divo patre eius: „Litis causa malo more pecuniam tibi peomissam ipse quoque profiteris. Sed hoc ita est si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit, sic tamen ut computetur id quod datum est cum eo quod debetur neutrumque*

tekstu D.50.13.1.12¹⁴⁹ Ulpijan se bavi pitanjem što odvjetnik smije potraživati ako je s klijentom sklopio sporazum o honoraru ili o samom vođenju spora. Poziva se na carski reskript koji pravi razliku prema tomu je li isplata honorara uvjetovana prije završetka spora ili tek po njegovom okončanju. U drugom slučaju dopušta se zahtijevati honorar samo ako već isplaćena suma i preostali iznos ne prelaze ukupno dopuštenih stotinu aurea. Ali, dopušteno je ugovoriti *palmarium* kojim se odvjetniku koji je izgovorio obranu, obećavao dodatni honorar uz uvjet dobivanja parnice, s tim da obećana suma zajedno s već unaprijed isplaćenom, nije smjela prijeći *licita quantitas*. Konstantin je propisao da za vrijeme trajanja parnice nisu dopušteni nikakvi ugovori između odvjetnika i klijenta.¹⁵⁰ Ujedno je naredio da se iz advokatske komore isključujući svaki advokat koji zaključi *pactum de quota litis* (C.2.6.5).¹⁵¹ Valentinijan je izričito zabranio odvjetnicima, koji su pripadali klasi *honorati* da zahtijevaju honorar smatrajući da moraju pružati odvjetničke usluge za slavu, a ne za stjecanje novca.¹⁵² Očito je da se režim Cincijeva zakona prestao primjenjivati i da je odvjetnicima počev od 1. st. priznato pravo na honorar.¹⁵³

compositum licitam quantitatem excedat. "Licita autem quantitas intellegitur pro singulis causis usque ad centum aureos. (Ako su honorari ugovoreni od strane advokata, ili je zaključen ugovor s obzirom na visinu spora, pogledajmo ima li pravnog sredstva. I upravo o tim je ugovorima reskript našeg cara i njegovog božanskog oca: „Ako ti je prije suđenja obećan postotak sporne tražbine, to je učinjeno prema štetnom i lošem običaju. Ali, ako je, naprotiv, visina honorara bila predmet stipulacije poslije suđenja, onda će se honorar moći zahtijevati do visine dopuštene sume.“ Dopušta se da visina sume bude do stotinu aurea po procesu.)

149 O mogućim interpolacijama u tekstu vidi: Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, Studi Bonfante IV, 127; Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, 1000.

150 C.Th., 2.10.3 = C.2.6.5; Méhész, nav. dj., 182-184; Wieling, nav. dj., 443.

151 Rundel, nav. dj., 110-111; Gattiker, *Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chencengleichheit im rechtlichen Konflikt?*, disert., Zürich 1975, 51.

152 C.2.6.6, 4 i 5.

153 U titul posvećen mandatu uvršten je Ulpijanov tekst koji govori o odvjetniku koji je na podmlakao način pokušao izvršiti višestruku prijevare. D.17.1.6.7 (*Ulp. 31 ad ed.*): *Marius Paulus quidam fideiuserat pro Daphnide mercedem pactus ob suam fideiussionem et sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certam quantitatem dari. Hic a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iussus erat et advocacionibus ei idem Saturninus interdixerat. Videbatur autem mihi iudicatum solvi fideiussisse et quasi redemptor litis extitisse et velle a Daphnide mandati iudicio consequi quod erat condemnatus. Sed rectissime divi fratres rescripserunt nullam actionem eum propter suam calliditatem habere, quia mercede pacta accesserat ad talem redemptionem. Marcellus autem sic loquitur de eo qui pecunia accepta spondit ut, si quidem hoc actum est ut suo periculo sponderet, nulla actione agat, sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat. Quae sententia utilitati rerum consentanea est.* (Neki je Marije Paul jamčio za Dafnis za plaću i pod tuđim imenom ugovorio je određenu sumu po svršetku postupka. Pretor Klaudije Saturnin prisilio ga je da vrati nedopušteni dio dobiti i isključio ga je iz obrane. Čini mi se da je jamčio za iznos osude, kao i da je bio korisnik spornih prava i da je htio naplatiti od Dafnis putem tužbe iz mandata, sumu koju je bio osuđen platiti. Ali, božanska braća odgovorili su da nema nikakve tužbe zbog njegovog nepoštenja jer je prihvatio jamčiti za plaću. Marcel sa svoje strane, govoreći o onome koji jamči za dug nakon što je primio novac, precizira da, ako je on pristao jamčiti na svoj rizik i štetu, onda nema nikakvu tužbu, a u suprotnom slučaju bit će mu dopuštena tužba. To je mišljenje suglasno s interesom parnice.) Ulpijan govori o nekom Mariju Paulu koji je pokušao

Postavlja se pitanje, jesu li odvjetnici mogli sudskim putem potraživati honorar u slučaju ako njihovi klijenti ne bi htjeli ispuniti svoju obvezu prema njima. Na temelju Ulpijanovog teksta D.50.13.1.9-10 očito je da usluge odvjetnika nisu mogle biti predmetom najma, te da su odvjetnici mogli potraživati honorar putem *persecutio extra ordinem*, što su potvrdili Sever i Karakala svojim reskriptom u 3. st. (C.4.35.1: . . . *mandati actione pro sorte et usuris potes experire: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur*).¹⁵⁴ Pred pretorom u Rimu ili pred namjesnikom u provinciji raspravljalo se o diskrepanciji između očekivanog i ponuđenog honorara unutar pravičnih i dopuštenih granica, o pritužbama klijenta prema odvjetniku, tužbama koje su nastajale zbog prekomjernih zahtjeva (*modus litis legitimus*), ili o razlici nakon obračuna honorara isplaćenog prije i nakon spora.¹⁵⁵ Usluge odvjetnika tretirane su izvan ugovorne oblasti iz istih razloga kao i rad profesora i liječnika. Premda je advokatska profesija postala najunosnija, smatrana je i dalje najčasnijom.¹⁵⁶ Odvjetnik nije *locator operarum*. Odvjetnička naknada nazivana je uvijek *honorarium*, a ne *merces*. Za Paula su suprotstavljeni *locator operarum* i *advocatus*; *merces* i *honorarium*; *operam praestare* i *causam agere*, što je očito iz teksta D.19.2.38.1.¹⁵⁷ Taj Paulov tekst potvrđuje činjenicu da je naplativost advokatskih usluga prihvaćena već u klasičnom razdoblju. Zanimljivo je da je taj fragment unesen u titulu Digestama koji se odnosi na najamne ugovore (*locatio conductio*). Na temelju toga moglo bi se zaključiti da su Rimljani počeli mijenjati

izvući korist na dva načina. 1. Jamčio je za proviziju za dug Dafnis (*mercedem pactus ob suam fideiussionem*); 2. Postavši advokat Dafnisova vjerovnika, zaključio je s njim pakt *de quota litis* (*sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certum quantitatem dari*). Na taj je način pokušao izvući dvostruku korist: 1. osigurao je na svaki način proviziju od jamčenja; 2. smatrao je da će ako dobije vjerovnikov proces uzeti obećani postotak od vrijednosti spora. Ali, jedino je sigurno da će moći podići *actio mandati contraria* protiv Dafnis jer je platio dug koji je bio obavezan platiti glavni dužnik. Ulpijan nudi tri različita rješenja: 1. Pretor Klaudije Saturnin naredio je advokatu da vrati klijentu iznos preko dopuštenog maksimuma; 2. Ulpijan smatra da je Marije Paul korisnik spornih prava i da će nastojati putem *actio mandati* naplatiti iznos na koji je osuđen; 3. Carevi Geta i Karakala odlučili su da se M. Paulu oduzme pravo tužiti putem tužbe iz mandata jer je jamčio za plaću.

154 Méhész, nav. dj., 170.

155 D.50.16.34 (*Paul. 24 ad ed.*); D.50.16.36 (*Ulp. 23 ad ed.*); Méhész, nav. dj., 176-177.

156 Mart., *Epigr.*, 1,17; 1,76; 2,30; 5,16; 8,16 i 17.

157 D.19.2.38pr.-1 (*Paul. l. s. reg.*): *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.* (Onaj koji je iznajmio usluge, mora primiti plaću za sve vrijeme, ako nije bilo do njega što usluge nije pružio. 1. Također, ni odvjetnici ne moraju vratiti honorar ako nije bilo do njih što nisu vodili spor.) Na osnovi tog teksta Molnár, *Gefährtragung beim römischen Dienst – und Werkvertrag*, Labeo 21 (1975)1, 31; isti, *Object of locatio conductio*, BIDR 85 (1982), 142. zaključuje da odvjetnika, kada se radi o problemu snošenja rizika za naknadu, treba tretirati kao radnika. Suprotnog su mišljenja Visky, *Retribuzioni per il lavoro giuridico*, 18; Mayer-Maly, nav. dj., 182. i Rundel, nav. dj., 92. koji smatraju da odvjetnik ne može biti tretiran kao *locator operarum*. Knežić-Popović, *Ugovor o delu*, 107. zaključuje da, iako je advokatura postala konačno bliska ugovoru *locatio conductio*, ne postoji niti jedan slučaj ugovora o djelu zaključen s advokatom.

shvaćanje prema kojem je iznajmljivanje svoje radne snage za plaću predstavljalo poniženje za slobodnog čovjeka. Paul kaže da odvjetnici, kao i druge osobe koje su iznajmile svoje radnu snagu, trebaju primiti ugovorenu naknadu koja se u njihovom slučaju ne naziva *merces* nego *honorarium*. Već primljenu plaću nisu bili dužni vratiti ako nisu bili odgovorni što nije došlo do parnice, ali ako se dokaže da nisu ispunili preuzetu obvezu svojom krivnjom, morali su vratiti primljeni novac.¹⁵⁸ Zanimljivo je da se u konstituciji C.4.6.11 odvjetnikov honorar ne označava terminom *honorarium* nego širokim pojmom *pecunia (advocationis causa datam pecuniam)*, što je vjerojatno posljedica različitih pogleda na advokatsku djelatnost. Rundel ističe da takva upotreba termina *pecunia* ne iznenađuje jer se Dioklecijan i Maksimijan ne upuštaju ni u konkretnije razlikovanje termina *merces* i *honorarium*. Treba imati u vidu da je krajem 3. stoljeća kognicijski postupak u potpunosti potisnuo formularni zbog čega više nije bilo važno određeni tužbeni zahtjev uvrstiti pod određenu tužbenu formulu (*actio mandati* ili *actio locati*). Mandatar je jednom istom tužbom mogao zahtijevati naknadu troškova i isplatu obećanog honorara. Tim je objedinjavanjem nestalo osnove za razlikovanje pojmova *honorarium* i *merces*.¹⁵⁹ Ipak, u većini carskih konstitucija odvjetnikova naknada označena je terminom *honorarium* (C.2.6.3; C.2.6.5; C.2.6.6.6; C.10.65.2.1; C.2.7.23pr.) Na osnovi Paulovog teksta D.19.2.38. pr.-1 Visky¹⁶⁰ zaključuje da se odvjetnička praksa krajem klasičnog razdoblja razvila u pravu poslovnu djelatnost, te da je priznato pravo na naknadu. Ipak, misli da se takva djelatnost ne može smatrati predmetom najma, premda se, prema njemu, ne može uvrstiti ni u krug *artes liberales* budući da je kao plaćeni rad osiguravala uzdržavanje odvjetnika. Mayer-Maly¹⁶¹ ističe da se i pored Paulove odluke, ne može zaključiti da je odvjetnik djelovao kao *locator operarum*. Molnár¹⁶² upozorava da je odvjetnik u Paulovom tekstu tretiran kao *quasi locator*. Paul primjenjuje jednaka pravila, i na radnika, i na odvjetnika. Doduše, Paul spominje honorar, a ne *merces*. Očito je da terminologija nije bila ustaljena jer Paul u tekstu D.50.13.1.13 govori o *merces* odvjetnika, dok Papinijan u tekstu D.17.1.7 spominje „*salarium procuratori constitutum*“, što bi moglo navesti na zaključak da je odvjetnik izjednačen s najamnim radnikom.

Premda se Paulov tekst nalazi u titulu o najamnim ugovorima, Paul je ipak pratio jasnu razliku između odvjetnika i najamnih radnika. Sličnog je mišljenja i Ulpijan u tekstu D.50.13.1.9 (8 *de omn. trib.*) iz kojeg je očito da djelatnost odvjetnika ne može biti predmet ugovora o službi ili ugovora o djelu, zbog čega se odvjetnika nije

158 C.4.6.11. *Advocationis causa datam pecuniam, si per eos qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendum esse convenit.* (Ako je dat novac u svrhu odvjetničkih usluga, ali primateljji očito svojom krivnjom ne ispune obećano, onda taj novac treba biti vraćen.). Opširnije vidi: Visky, nav. dj., 63; Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, Studi Bonfante IV, 127; Mayer-Maly, nav. dj., 183; Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, SDHI 34 (1968), 442; Rundel, nav. dj., 112.

159 Rundel, nav. dj., 92, 111.

160 Visky, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, 10-23.

161 Mayer-Maly, nav. dj., 182; sl. Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957), 155.

162 Molnár, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag*, 30-31.

moglo tužiti temeljem najma (*Sed et adversus ipsos omnes cognoscere debet, quia ut adversus advocatus adeantur, divi fratres rescripserunt*). Stoga, ne može se zaključiti da je *locatio conductio* bio ugovor kojim je reguliran odnos između odvjetnika i njihovih klijenata. Sličan bi se zaključak glede ugovora o nalogu (*mandatum*) mogao izvući iz reskripta C.4.35.1 u kojem se kaže da obećanu naknadu (*salarium*) mandatar ne može potraživati u redovitom postupku nego samo putem *extraordinaria cognitio*.¹⁶³ Plinije u *Epist.* V,19 navodi da su za vrijeme Trajana dopušteni honorari odvjetnicima koji se za vrijeme cara Leona već tretiraju kao *quasi vinculum iuris* da bi se u Justinijanovo doba honorari morali platiti uz prijetnju prisilnom naplatom putem egzekutora (C.3.1.13.9: . . . *omnimodo praestandis . . . per executores . . . exigendis . . .*). Na temelju navedenoga je očito da se odvjetnikova naknada u vrelima, bez obzira na neke iznimke, najčešće označava terminom *honorarium*, što je još jedan pokazatelj da advokatska djelatnost nije izjednačena s najamnim radom. Ipak, treba imati u vidu da je djelatnost odvjetnika tijekom vremena prerasla u profesiju, što se najbolje vidi iz Konstantinove konstitucije C.2.6.5. U Konstantinovo su doba pravničko savjetovanje i procesno zastupanje dobili značajke poziva koji je, dakako, bio usmjeren na ostvarivanje zarade, što se potvrđuje i shvaćanjem advokature kao „duhovnog obrta“.

VII. Geometri (*agrimensores*)

Veoma važnu ulogu u starom Rimu imali su geometri. Smatra se da su u najstarije vrijeme njihovu funkciju obavljali auguri, što dovoljno govori o značaju te djelatnosti. Auguri, birani redovito iz redova patricija, ljubomorno su čuvali tajne te profesije.¹⁶⁴ Vremenom je djelatnost agrimensora izgubila religijske značajke.¹⁶⁵ Mogla ih je angažirati kako država, tako i pojedinci. U vojnom pohodu određivali su prostor za vojnički logor; vršili su mjerenja i raspodjelu parcela prilikom osnivanja kolonija; procjenjivali su površinu zemljišta u privatnim zemljišnim odnosima posebice intervenirajući u spornim predmetima; uređivali gruntovnicu u carskom

163 Pozivajući se na Ulpijanov tekst D.17.1.12pr. (31 *ad ed.*) Visky, nav. dj., 60, n. 62. zaključuje da je sporazum između odvjetnika i klijenata reguliran ugovorom o nalogu (*mandatum*). Međutim, u tom se tekstu govori samo o slučaju kada se vjerovnik odrekao prava na tužbu u sporazumu s jamcem kako bi obdario glavnog dužnika. Jamac tada ne može tužiti s *actio mandati*. D.17.1.12pr.: *Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum*. (Ako se vjerovnik s jamcem dogovorio o odreknuću od prava na tužbu, ali ipak ne kako bi nagradio jamca, nego da bi obdario glavnog dužnika, onda jamac ne može tužiti iz mandata.)

164 Tit.-Liv., 10,6; 9,2; Plut., *Quaest. rom.*, 99; Behrends, *Die römische Feldmeßkunst*, Göttingen 1994, 220; Rundel, nav. dj., 89.

165 Thomas, *Locatio and operae*, BIDR 64 (1961), 244. Michel, nav. dj., 228; Dumont, *Studi Arangio-Ruiz II*, 319. i Rundel, nav. dj., 90. smatraju da je *ars mensoria* primjer za plaćenu djelatnost koja se u prvom redu zbog svojih religijskih korijena kvalificira kao mandat. Zbog toga se i njihove naknade ne označavaju terminom *merces* jer se njihova djelatnost tretira kao *beneficium* premda više nije imala veze s prijateljskom uslugom.

Rimu. U razdoblju Carstva organizirani su u korporacije. *Ars mensoria* izučavana je u javnim školama u kojima su predavali *geometrae*, uvršteni među *praeceptores studiorum liberalium* (D.50.13.1pr.). Geometrija je inače smatrana znanošću koja je bila korisna za državu (C.9.18.2). Bilo je dopušteno mjeriti zemljište bez prethodno položenog ispita, ali je *assignatio agrorum*, uz sankciju smrtnom kaznom, bila zabranjena svima koji nisu imali svjedodžbu (D.11.6.3.6). Zbog svih navedenih funkcija i posebice zbog rimskog shvaćanja o svetosti i nepovredivosti međa, geometri su uživali veliki ugled. Kada su auguri prestali vršiti funkciju *mensora*, postavilo se pitanje naknade, odnosno pitanje kojom je ugovorom reguliran odnos između geometra i klijenta i kojom je tužbom geometar mogao potraživati svoj honorar. To je pitanje utoliko teže jer pravni izvori ne govore eksplicitno da su geometri mogli potraživati svoje honorare u ekstraordinarnom postupku. Zbog liberalnog karaktera profesije, njenog podrijetla i visokog društvenog ugleda geometara, pretor je slijedio mišljenje *veteres* i nije htio izjednačiti *mensora* s *locatorum operarum*. *Mensor* je vršio društvenu funkciju, ali ne za novac, tj. plaću nego iz razloga dobročinstva, iz čega slijedi da ne može primiti *merces*, tj. plaću kao oni koji prodaju svoje usluge (D.17.1.1.4). Naknada koju je primao *mentor* zvala se *honorarium* i predstavljala je vid zahvalnosti i priznanja, a ne cijenu usluge, kao što to kaže Ulpijan u D.11.6.1pr.¹⁶⁶ Iz tog je teksta očito da geometrove usluge nisu mogle biti predmet ugovora o najmu.¹⁶⁷ Ulpijan kaže da se u slučaju geometrove prijave protiv njega dopušta *actio in factum*. Pravnik se rukovodi mišljenjem „starih“, tj. pravnika iz razdoblja s

166 O mogućim interpolacijama u tekstu vidi: Pernice, *Labeo II*, 173; Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1914, 56; Kübler, *Die Haftung für Verschulden in Schuldverhältnissen*, ZSS 39 (1918), 209; Watson, *The law of obligations in the later Roman republic*, Oxford 1965, 109; Visky, nav. dj., 40, n. 3.

167 D.11.6.1pr.-1 (24 ad ed.): *Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. a quo falli nos non oportet. nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficium loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem. 1. Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolum malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aequae mensura securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur: sed si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercedem eos intervenire.* (Protiv geometra, od kojeg ne priliči da budemo prevareni, pretor je predvidio tužbu *in factum*: zaista, bitno je za nas da ne budemo prevareni u iskazu o površini, bilo da postoji neki postupak o granicama, bilo da kupac ili prodavatelj žele upoznati veličinu tog zemljišta. To što je pretor predvidio takvu tužbu, to je zato što stari nisu mislili da između takve osobe (i njegovog klijenta) postoji ugovor iz najma; njegove usluge ponuđene su iz uslužnosti i ono što mu je dato na ime nagrade, zove se zbog toga honorar. 1. Na temelju te tužbe geometar odgovara samo za prijevaru. Izgledalo je da je geometar dovoljno obvezan ako odgovara samo za *dolum*. Prema tomu, ako je pogriješio zbog bludnje, njegov će klijent snositi posljedice. Čak i ako je radio nehatno, geometar je zaštićen. Očito je grubi nehat izjednačen s *dolusom*. I čak ako je primio plaću, on nije obvezan zbog svoje pogreške: na svaki način pretor dobro zna da geometri rade za plaću.)

kraja Republike i početka Carstva, koji su smatrali da je ugovor o najmu u proturječju s ugledom geometra, koji je, prema njima, svoje usluge nudio iz uslužnosti i ljubaznosti, radi pomoći (*beneficium*) kao što bi to učinio prijatelj.¹⁶⁸ Termin *merces* nije upotrijebljen u tehničkom smislu nego kao sinonim za *beneficium* i u tom ga kontekstu treba tumačiti. Uostalom, u Ulpijanovo vrijeme još uvijek nije postojalo precizno terminološko razgraničenje između termina *honor/honorarium – merces – salarium – pecunia – pretium nummarium – beneficium*.¹⁶⁹ Iz teksta je očito da se geometra ne smatra ni mandatarom. U tekstu D.10.1.4.1¹⁷⁰ Paul govori o geometru kojeg je temeljem ugovora angažirala jedna strana u sporu o zemljištu. Paul kaže da je dio geometrove plaće dužna platiti i druga strana. Stoga bi se moglo postaviti pitanje, jesu li Ulpijanov i Paulov stav u proturječju. Je li moguće da je profesija geometra, koja je od starine smatrana za *ars liberalis*, prerasla u obrtničku uslugu, a geometrova obveza postala obveza *ex contractu*?¹⁷¹ Iz navedenih tekstova ne može se nikako

168 Loewenfeld, nav. dj., 459. upozorava da se termin *beneficium* u ovom kontekstu ne smije shvaćati u onom smislu kako ga tumači Seneka u *de benef.* 4.25 kao božanskog djelovanja koje nije usmjereno na plaću (*sine mercede, gratuitus*). Prema njemu taj izraz označava pravnu nemogućnost naknade u okviru ugovora *locatio conductio*, što je u skladu s dotadašnjim shvaćanjem besplatnosti. Geometri nisu bili ni u kakvim prijateljskim odnosima s naručiteljima posla, pa nije bilo osnove za *beneficium*. Iz perspektive mandanata radilo se o stranim specijalistima. Slično kao i Siber, nav. dj. 176 Loewenfeld ističe da su geometri bili najčešće vojnici, niži časnici, oslobođenici ili robovi koji sebi nisu mogli priuštiti bavljenje besplatnom djelatnošću. Pernice, nav. dj., 175-176. smatra da bi *mentor* mogao biti *conductor operis*, ali ne i *locator operarum*. Suprotnog je mišljenja Levy, nav. dj., 55, n. 3 koji ističe da je takva distinkcija potpuno nepoznata u vrelima i da se u jedinom tekstu (D.10.1.4.1) u kojem se spominje *mentor conductus*, *mentor* pojavljuje kao *locator operarum* (*Si mentor conductus sit . . .*). Slično i Bernard, nav. dj., 108. Visky, nav. dj., 40. i De Robertis, *Organizzazione del lavoro*, 186. smatraju da u Ulpijanovo vrijeme nije bila rijetkost da geometrove usluge budu predmetom najma. Bürge, *Römisches Privatrecht*, Darmstadt 1999, 131. je mišljenja da je isplata geometrova honorara bio način da se izbjegne zaključivanje ugovora o najmu. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, ZSS 100 (1983), 429. također smatra da nije postojao ugovor *locatio conductio* iako je isplaćivan *merces*. Rundel, nav. dj., 90. upozorava na moguće interpolacije u tekstu, posebice na promjenu termina *beneficium* u principiumu u više puta spominjani *merces* u § 1. Ali, isto je tako moguće da se i ovdje radi o Ulpijanovoj terminološkoj nesigurnosti kao što je to slučaj u tekstu D.50.13.1 (*8 de omn. trib.*). *Merces* tada u tehničkom smislu ne bi označavao plaću nego samo novčanu potporu geometru, što bi bilo u suglasju s klasičnim shvaćanjem o besplatnosti mandata. Pri tomu Rundel polazi od pretpostavke da je odnos između klijenta i geometra bio zasnovan na mandatu.

169 Opširnije o evoluciji termina *honorarium* i *salarium* vidi Rundel, nav. dj., 96-116.

170 D.10.1.4.1 (Paul. 23 ad ed.): *In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit quod interest. quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet. sed et si mentor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.* (U sporu o utvrđivanju međa razmatraju se i imovinskopравни interesi. Dakle, što vrijedi kada je netko izvukao korist iz komada zemljišta, za koji se pokazalo da je susjedov? S pravom će onda uslijediti osuda. Ali i onda kada je samo jedna strana pod ugovorom uzela geometra, mora i onaj koji nije zaključio ugovor, biti osuđen na dio plaće.)

171 Macqueron, nav. dj., 194. smatra da je već krajem republikanskog razdoblja došlo do bitne promjene shvaćanja geometrove djelatnosti, s čim je pretor bio dobro upoznat te je dopuštao

zaključiti da je u razdoblju Carstva *ars mensoria* izgubila na nekadašnjem ugledu i prestižu. Dok Ulpijan u tekstu D.11.6.1pr. nastoji definirati prirodu pravnog odnosa između geometra i klijenta, Paul uopće ne razmatra taj problem, nego je okupiran pitanjem, može li geometrov honorar biti obuhvaćen sporom o utvrđivanju međa. Odgovara potvrdno jer se geometrov honorar pojavljuje kao nužni trošak koji ne smije snositi samo ona strana koja ga je angažirala. Termin *conducere* je upotrijebljen u etimologijskom, a ne u tehničkom smislu. Odsustvo *actio locati* također potkrepljuje taj zaključak. Pretor je tu prazninu civilnog prava u zadnjem stoljeću Republike¹⁷² popunio s *actio in factum* (D.11.6.1pr.). Ta tužba sankcionira samo geometrovo dolozno ponašanje (*fallere, dolum malum*). *Veteres* su smatrali da je odlučujući razlog za isključenje geometrove ugovorne odgovornosti u činjenici što je *mentor* svoju profesionalnu zadaću obavljao *beneficii loco*. Navedeni klasični pravници također su držali da geometrove usluge zbog svog prestiža i ugleda, ne mogu biti predmetom najma. Iz tog razloga nije bilo moguće proširiti geometrovu odgovornost jer bi to značilo spuštanje geometrove profesije na razinu plaćenog manualnog radnika.¹⁷³ Značajke tužbe *in factum*, koja je dopušтана protiv geometra bile su dobro poznate: bila je penalna perpetualna tužba koja je dopušтана svakoj osobi koja je bila oštećena geometrovom pogreškom na *quantum interest*.¹⁷⁴ Vrijedila je *in solidum* ako je prijevara potjecala od više geometara.¹⁷⁵ Proširena je *utilitatis causa* i na slične slučajeve, npr. kada bi graditelj ili poduzetnik pogriješio u mjerenju opsega zgrade, ili u mjerenju količine žita ili vina.¹⁷⁶ Ako je rob obavljao *ars mensoria*, Ulpijan kaže, pozivajući se na Pomponija, da radije treba upotrijebiti noksalnu tužbu nego tužbu iz pekulija premda se ipak podjeljuje pekulijarna tužba.¹⁷⁷ Ulpijanovo mišljenje je dokaz da profesija *agrimensora* nije izgubila svoj liberalni karakter, te da geometrove

actio in factum. Visky, nav. dj., 41. je mišljenja da je u carskom razdoblju profesija geometra izjednačena s obrtom, što, po njemu, potkrepljuje Paulov tekst D.10.1.4.1. Siber, nav. dj., 175-177. drži vjerojatnim da je geometar odgovarao u okviru ranog oblika *locatio conductio* i to temeljem starijeg oblika *actio in factum concepta*. Njegova je odgovornost iz razloga pravičnosti (zbog tehničkih ograničenja) bila ograničena samo na dolus. Inače *agrimensor* je putem *actio conducti* mogao zahtijevati svoju plaću. Rundel, nav. dj., 89, n. 340. napominje da bi u tom slučaju razgraničenje geometrove djelatnosti od ugovora *locatio conductio* u Ulpijanovom tekstu bilo suvišno i besmisleno. De Robertis, I rapporti di lavoro in diritto romano, 195, smatra da Ulpijan opisuje stanje koje u njegovo vrijeme više nije vrijedilo jer je geometar već bio plaćeni radnik (*mentor conductus*, D.10.1.4.1) premda je još vrijedio stari propis po kojem geometrove usluge nisu mogle biti predmetom najma. Suprotnog je mišljenja Erdmann, nav. dj., 570. koji geometrovu djelatnost ubraja među *artes liberales*, s obrazloženjem da je geometar u Paulovom tekstu spomenut kao *locator* samo u tehničkom smislu.

172 Pernice, nav. dj., 173.

173 Značaj geometrove profesije ponovno naglašavaju Dioklecijan i Maksimijan konstitucijom iz 294. godine (C.9.18.2) kao i Konstantin konstitucijom iz 344. godine (C.10.66.2).

174 D.11.6.3.5-6; D.11.6.3.1-2; D.11.6.5.1; D.11.6.4 (*Paul. 25 ad ed.*); D.11.6.3.2; D.11.6.3.8; D.11.6.5.1.

175 D.11.6.3pr.; D.11.6.

176 D.11.6.5.2; D.11.6.7.

177 D.11.6.3.6.

usluge nisu bile predmetom ugovora o najmu. Iz tekstova koji se bave djelatnošću geometara, ne može se zaključiti da je odnos između geometara i njihovih klijenata reguliran temeljem ugovora o nalogu ili inominatnog kontrakta. Već sama činjenica da je odgovornost geometra pravno bila predviđena samo u slučaju prijave, koja je bila sankcionirana pretorskom penalnom *actio in factum*, dovoljan je dokaz za isključenje ideje o mandatu i inominatnom kontraktu. *Geometrae* su mogli putem *persecutio extraordinaria* potraživati svoj honorar, kao što kaže Paul u D.10.1.4.1 i Ulpijan u D.50.13.1.9, a nezadovoljni klijenti, ukoliko su smatrali da nisu dovoljno zaštićeni tužbom *in factum*, mogli su tužiti *ensores* u *persecutio extraordinaria* (D.50.13.1pr.; D.50.13.1.9).

VIII. Zaključak

Artes liberales imale su izvorno sakralni značaj i procjenjivane su sukladno društvenim običajima i shvaćanjima. Ulpijan ih označava kao *res religiosae*. Tek su kasnije dobile odgovarajuće pravno valoriziranje. Vršenje slobodne profesije je intelektualna djelatnost zasnovana na slobodnoj volji. Predstavlja akt dobročinstva zbog čega nikako ne može spadati u *operae* u pravnom smislu. Primatelj usluge zbog toga je obvezan iskazati svoju zahvalnost dajući određenu sumu novca ili dar u naravi dobročinitelju. Ako je usluga usko vezana s obavljanjem društvene funkcije (*munus*), primatelj će uzvratiti (*remunerare*) dajući *honos* ili *honorarium*, što se vremenom uobičajilo. Taj honorar mogao se potraživati i putem suda, čak i u slučaju kada nije bilo prethodnog sporazuma između stranaka. Samo su filozofi i profesori prava bili izuzeti od te mogućnosti. *Honos* nije nikada dobijao značajke *mercesae*, pa ni onda kada je potraživan sudskim putem. Uvijek je smatran darom namijenjenim uzdržavanju onoga koji je učinio dobročinstvo (*beneficium*). Usluge „slobodnih profesija“ nisu mogle biti predmet ugovora o najmu (*locatio conductio*) ako ih je obavljao slobodan čovjek. Iz same činjenice da je njihova naknada u pojedinim tekstovima nazivana *merces*, ne može se izvući zaključak da se radilo o ugovoru *locatio conductio*. U rimskim vrelima ne postoje podaci o tomu da je ugovorom o najmu regulirana obveza plaćanja djelatniku slobodne profesije koji je rođen u slobodi. Isto tako, ako su usluge izvršene besplatno, nije dolazila u obzir ni primjena ugovora o nalogu. U vrelima se ne spominje *actio mandati* kao tužba kojom je nositelj slobodne profesije mogao tužiti ili biti tužen. Više je razloga koji isključuju mandat: kod pitanja odgovornosti - djelatnici „slobodnih profesija“ gotovo su u potpunosti izuzeti od ugovorne odgovornosti; veoma je teško zahtijevati da polože račun za svoju djelatnost profesor prava, filozof, odvjetnik ili liječnik. Činjenica da geometar odgovara samo za dolus, potvrđuje ovo mišljenje. Osim toga, ti su djelatnici visokoobrazovani specijalisti i povjerenje u njihovo znanje i stručnost isključuje druga preventivna pravna sredstva. Ako iznevjeri očekivanja, najčešće klijent sam snosi posljedice. *Artes liberales* mogao je vršiti samo slobodan čovjek. Posao koji bi rob obavljao, pa makar bio identičan prestižnoj intelektualnoj djelatnosti slobodnog čovjeka, nikada nije smatran za *ars*

liberalis. Djelatnost roba uvijek je nazivana *opera*. Slično je shvaćanje vrijedilo i za djelatnost oslobođenika. Usluge koje su oni pružali, ako su posjedovali odgovarajuće znanje i vještine, iznajmljivali su njihovi gospodari i patroni na temelju ugovora o najmu, s odgovarajućom pravnom zaštitom.

Kada se govori o *artes liberales* u rimskom pravu, teško je taksativno nabrojiti što su rimski pravници podrazumijevali pod tim terminom, posebice u razdoblju klasičnog prava kada su *artes liberales* shvaćane široko i općenito. Ipak, može se zaključiti da su tim pojmom prvenstveno obuhvaćeni filozofija, retorika, pravna i medicinska znanost, kao i djelatnost odvjetnika i geometara. Pred kraj republikanskog razdoblja filozofija je priznata za *ars liberalis*. Budući da se smatralo da filozofi nisu vođeni materijalnim interesom, u razdoblju principata nisu mogli zahtijevati svoje nagrade putem *cognitio extra ordinem*, što je vrijedilo i za filozofe koji su za svoju djelatnost na visokim školama bili plaćeni. U vrijeme kada se pokazalo da je govornička vještina od iznimne važnosti za ostvarenje uspješne karijere, među *artes liberales* uvrštene su gramatika i retorika ako su predavane na visokim školama od strane u slobodi rođenih profesora. Svoju plaću (*honorarium*) mogli su zahtijevati putem *extraordinaria cognitio*. Takvo rješenje zadržano je i u Justinijanovom pravu. Djelatnost profesora prava (*iuris consulti*), koju su od starine obavljali pripadnici najuglednijih slojeva, obuhvaćala je pružanje pravnih mišljenja i pomoći, pravnu poduku te literarnu djelatnost, za koje se besplatnost podrazumijevala, jednako kao i uvrštenje među *artes liberales*. Profesori prava na državnim i gradskim školama redovito su dobijali honorare od svojih učenika, ali ih nisu mogli potraživati sudskim putem. Kasnije je pravni studij uvršten među *studia liberalia* kada je dopušteno sudsko potraživanje honorara. Za razliku od profesora prava, cilj odvjetnika bio je postići za klijenta što je moguće povoljnije rješenje u sporu i u krajnjem, ostvariti zaradu. Odvjetništvom su se bavili i ljudi iz nižih društvenih slojeva. Advokatura je uživala iznimno visok društveni ugled, a u staro doba besplatnost je bila njezina bitna značajka. Premda su klijenti mogli darovima pokazati svoju zahvalnost, odvjetnik nije mogao sudskim putem potraživati honorar. Takvo je gledište promijenjeno u carskom razdoblju kada je ograničavana i propisivana visina odvjetničkih honorara, a odvjetnicima dopušteno potraživati honorar u postupku *extra ordinem*. Usluge odvjetnika nisu mogle biti predmetom ugovora *locatio conductio*.

S odvjetničkom profesijom može se usporediti profesija liječnika. Ipak, iz pravnih vrela ne može se sa sigurnošću ustvrditi da je *ars medica* ubrajana među *artes liberales*. Liječničke usluge koje su pružali robovi, ili oslobođenici, ili se radilo o liječnicima čija je djelatnost izjednačavana s obrtom (npr. kirurzi, zubari, primalje), mogle su biti predmetom najma za plaću (*merces*). Liječnici koji su se bavili medicinom kao znanošću i liječnici opće prakse i dalje su smatrani dobročiniteljima i svoje su nagrade mogli potraživati u postupku *extra ordinem*. Njihova djelatnost ubraja se među *artes liberales*. Zbog iznimne važnosti koju je njihova profesija imala tijekom cijele rimske povijesti, među djelatnike slobodnih profesija ubrajaju se i geometri (*agrimensores*). Pretor nije izjednačio geometra s *locatorom operarum*, jednako

kao ni Ulpijan koji je usvajajući mišljenje *veteres* smatrao da je ugovor o najmu u proturječju s visokim društvenim ugledom i funkcijom geometara. Geometrovo določno ponašanje sankcionirano je penalnom *actio in factum* što je dovoljan dokaz za isključenje ideje o mandatu i inominatnom kontraktu.

Može se zaključiti da je rimsko shvaćanje djelatnosti obuhvaćenih terminom *artes liberales* bilo tijekom vremena podložno promjenama u ovisnosti o društvenim shvaćanjima, ali se uvijek zahtijevalo da intelektualnu djelatnost - formalno besplatno, obavlja u slobodi rođeni Rimljanin. Iz tog razloga takva djelatnost nije mogla biti predmetom ugovora *locatio conductio*. U klasičnom razdoblju otvorile su se različite mogućnosti potraživanja honorara, ali se u pravilu sudskim putem honorar mogao utužiti putem *extraordinaria cognitio*. Takvo je rješenje zadržano i u Justinijanovom pravu. Svakako treba imati u vidu da sama činjenica ostvarivanja zahtjeva u ekstraordinarnom postupku, ne znači da odnosna djelatnost spada u *artes liberales*. U Justinijanovoj kodifikaciji zadržana je razlika između visoko cijenjenih intelektualnih djelatnosti koje su obavljali pripadnici viših slojeva obuhvaćenih terminom *artes liberales* i djelatnosti koje su bile predmetom najma, vjerojatno zbog Justinijanove sklonosti očuvanja klasicističkih tekovina.

Summary

ARTES LIBERALES

The notion, the legal regulation as well the question, what sort of the intellectual labour should be regarded as *ars liberalis*, are controversial with Roman jurists as well as in Roman doctrine. In distinction from the older doctrine, that mainly deemed these services under a contract of mandate (*mandatum*), the contemporary science comprehends a lot controversies: the holders of the liberal professions (*artes liberales*) could engage under a contract of mandate, or contract of hire (*locatio conductio*), or the *artes liberales* were rendered under an innominate contract. Also there exists the opinion correspondingly on which the services as such were not the object of the contract.

Strictly the activities which could be regarded as worthy of a free man are comprised by the term *artes liberales*. Since the Romans made a great difference between intellectual and manual labour, and the aristocratic perception had equalized the salaried labour with the slavishly position, the author concludes that *artes liberales* couldn't be the object of the contract of *locatio conductio*. Also, these activities were not carried out on the basis of a contract of mandate. In the roman sources there isn't any evidence that the contract of mandate covered the sector of these services and that *actio mandati* could be used to claim. In fact, at the basis of the evaluation of these services lies the social criterion, that was modified during the time. Pursuant to that, the sector of the *artes liberales* didn't imply the unique legal category and its evaluation was depending on the basis of the carrying out and the fact whether this labour had made by a free man or by a slave.

Key words: *Roman law, artes liberales.*

Zusammenfassung

ARTES LIBERALES

Der Begriff, die rechtliche Regelung ebenso wie die Frage, welche Art von geistiger Arbeit als *ars liberalis* zu betrachten wäre, sind strittig sowohl bei den römischen Juristen als auch in der romanistischen Wissenschaft. Während die ältere Romanistik meistens die Meinung verfechtete, dass diese Dienste tatsächlich unter das Mandat subsumiert wurden, bestehen in der neueren Wissenschaft viele Kontroversen: die Erbringer von *artes liberales* konnten sich aus dem Auftrag (*mandatum*), oder aus dem Mietvertrag (*locatio conductio*) oder aus dem Innominatkontrakt verpflichten. Es besteht auch die Meinung, nach der es sich hier um die ausservertragliche Sphäre handelt.

Unter *artes liberales* verstand man solche Tätigkeiten, die eines freien Menschen würdig waren. Da in der römischen Welt ein grundsätzlicher Unterschied zwischen geistiger und physischer Arbeit bestand, und die aristokratische Anschauungsweise die bezahlte Arbeit praktisch dem Sklavenzustand gleichsetzte, kommt die Autorin zum Schlusse, dass *artes liberales* nicht Gegenstand des Arbeits- oder Werkvertrages sein konnten. Diese Tätigkeiten, die nach der römischen Auffassung unter die *artes liberales* eingereiht wurden, konnten auch nicht Gegenstand des Auftrags sein. In den römischen Quellen gibt es keinen Beweis, dass die *artes liberales* durch das Auftragsrecht reguliert wurden, oder dass eine *actio mandati* angestrengt werden könnte. Eigentlich lag der Bewertung der Tätigkeiten, die man als *artes liberales* qualifizierte, keine juristische, sondern eine gesellschaftliche Beurteilung zu Grunde, die sich im Laufe der Zeit geändert hat. Dementsprechend bedeutete der Kreis der *artes liberales* keine eindeutige juristische Kategorie, und die Qualifizierung selbst war von der Tatsache abhängig, ob diese Arbeit von einem freien Menschen oder von einem Sklaven, und auf welcher Grundlage verrichtet wurde.

Schlüsselwörter: römisches Recht, *artes liberales*.

Riassunto

ARTES LIBERALES

La nozione, la disciplina giuridica, come pure l'interrogativo sul genere di attività intellettuale che veniva annoverato nelle artes liberales sono controversi sia per i giusromanisti, che per la scienza romanistica. A differenza della scienza romanistica più risalente nella quale si riteneva principalmente che le prestazioni delle libere professioni fossero oggetto del contratto di mandato (*mandatum*), nella scienza romanistica contemporanea sussistono convincimenti diversi circa detta questione; tali opinioni vanno dalla posizione secondo cui la materia è soggetta alla disciplina del mandato, della locazione oppure dal contratto innominato, attraverso l'opinione in base alla quale proprio in questo ambito l'operato gratuito di una parte nei confronti dell'altra vada collocato al di fuori della sfera contrattuale. L'autrice perviene alla conclusione che nel tempo la concezione romanistica delle attività intese con il termine artes liberales è stata soggetta a cambiamenti in relazione alle diverse concezioni sociali, benché in ogni epoca si pretendesse che l'ars liberalis – formalmente gratuita, venisse eseguita da un romano nato libero. Per questo motivo detta attività non poteva essere oggetto di un contratto di locatio conductio, come nemmeno di mandato, poiché nelle fonti non viene fatta menzione dell'actio mandati, quale azione mediante la quale il titolare della libera professione potesse agire in giudizio od essere citato. Le artes liberales non costituivano una categoria giuridica, né la qualificazione medesima dipendeva dalla natura fisica od intellettuale dell'opera; bensì dalla circostanza se la stessa venisse eseguita da una persona libera o da uno schiavo e su quali basi.

Parole chiave: *diritto romano, artes liberales.*

POVEĆANA UČINKOVITOST PODUZETNIKA U POSTUPKU OCJENE DOPUŠTENOSTI HORIZONTALNIH KONCENTRACIJA PREMA HRVATSKOM I EUROPSKOM PRAVU*

Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.13::061.1EU
347.776(497.5)
Ur.: 27. siječnja 2010.
Pr.: 22. ožujka 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj ovog rada je usporedno analizirati pristup učinkovitostima u hrvatskoj i europskoj regulativi i praksi kontrole koncentracija. U kontekstu ovog rada pod učinkovitostima se prvenstveno podrazumijevaju oni učinci koncentracija koji mogu imati pozitivan utjecaj na tržišno natjecanje i time opravdati one koncentracije koje istovremeno sa generiranjem učinkovitosti predstavljaju i opasnost tržišnom natjecanju. Uvođenje elementa učinkovitosti u postupak ocjene dopuštenosti koncentracija od samih početaka iznimno je kontroveržno pitanje i do određene mjere ostaje takvo i u današnje doba, kako u europskoj tako i u hrvatskoj praksi. Posljedica kontroverznosti jest njegovo iznimno rijetko korištenje u postupcima ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija, uslijed čega se pitanje primjene ovog novouvedenog elementa materijalno pravne analize prijavljenih koncentracija pokazuje kao iznimno važan predmet analize. Vodeći se navedenim ciljem, rad je obrađen po izabranim komparativnim jurisdikcijama, ukazujući na zakonodavne manjkavosti i probleme u primjeni, te prijedlozima de lege ferenda.

Ključne riječi: europsko pravo tržišnog natjecanja, hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, ocjena koncentracija, učinkovitosti.

1. Uvod

Postoje mnogi razlozi zašto se poduzetnici odlučuju spajati ili na neki drugi način povezati s drugim poduzetnicima na tržištu. Razloge bismo mogli grupirati u dvije skupine. One motivirane gospodarskim ciljevima i one koje se ne mogu objasniti

* Prikazani rezultati proizašli su iz znanstvenog projekta (Hrvatsko pravo nakon reforme nadzora koncentracija u Europskoj zajednici, 067-0671442-1439), provedenog uz potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske.

racionalnim ekonomskim razlozima.¹ Najčešće spominjani razlozi spadaju u prvu skupinu i odnose se na buduću sposobnost poduzetnika učinkovitijeg poslovanja na tržištu.² Tu se na prvom mjestu navodi generiranje učinkovitosti poput ekonomije obujma, pogodnosti stvaranja novih ili poboljšanih proizvoda koji su rezultat istraživanja i razvoja, povećanje tržišne snage, efikasnije korporativno upravljanje, stvaranje nacionalnih prvaka i slično.³ Dok su neke od navedenih učinkovitosti poželjne za društvo u cjelini jer potiču tržišno natjecanje, inovacije i ravnopravnu raspodjelu dobara, druge su usmjerene samo na sudionike koncentracija, a na društvo najčešće imaju negativan utjecaj budući da dovode do narušavanja ili ograničavanja tržišnog natjecanja.

Sustav kontrole koncentracija, regulatorni je oblik pokušaja javne vlasti da spriječi upravo one koncentracije koje bi mogle naštetiti tržišnom natjecanju. U tom smislu zadatak im je identificirati koje od prijavljenih koncentracija mogu imati negativan učinak i iste spriječiti zabranom provođenja ili njihovom uvjetnom dopuštenosti.

Problem je kod učinkovitosti u tome što je najčešće nemoguće razlučiti koncentracije koje proizvode pozitivne učinke od onih koje proizvode negativne učinke, budući da se navedeni učinci obično pojavljuju istodobno, što je posebno slučaj kod horizontalnih koncentracija.⁴ Kada koncentracije ne predstavljaju opasnost tržišnom natjecanju, učinkovitosti igraju sporednu ulogu, budući da kriterij ocjene dopuštenosti nije stvaranje učinkovitosti, već zabrana narušavanja tržišnog natjecanja. Drugim riječima, ukoliko je izvjesno da koncentracija neće narušiti ili ograničiti tržišno natjecanje ona će biti dopuštena neovisno o postojanju učinkovitosti. Stoga, iako iste mogu biti razmatrane od regulatornog tijela, one neće biti od presudnog značaja u donošenju odluke. Učinkovitosti, međutim, postaju iznimno bitan element analize kod onih koncentracija koje bi u nedostatku istih, sasvim sigurno negativno utjecale na tržišno natjecanje. U tom kontekstu pojavljuje se pojam obrane po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika.⁵ Naime, prema navedenoj obrani sudionici koncentracije, koja bi mogla negativno utjecati na tržišno natjecanje, imaju priliku dokazati da će istovremeno doći do znatnih učinkovitosti koje suzbijaju negativne

1 U ovu skupinu ubrajaju se iracionalne odluke pojedinaca na čelu trgovačkih društava koji mogu biti motivirani pohlepom, vlastitom taštinom ili strahom. Iako neobjašnjive iz ekonomske perspektive, time motivirane koncentracije baš kao i one pobudene ostvarivanjem veće dobiti mogu značajno utjecati na tržišno natjecanje. Vidi Whish R., *Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2005., str. 785.

2 Jones, A.; Suffrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008., str. 943.

3 U literaturi se ponavljaju navedene klasifikacije. Vidi primjerice, Whish R., *Competition law*, op. cit., str. 783.-786., Jones, Suffrin, op. cit., str. 943., Ilzkovitz, F.; Meiklejohn, R.; *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence*, Edward Elgar Publishing Limited on behalf of European Commission, 2006., str. 47.

4 "Many mergers do both at once. [...] Horizontal mergers may create substantial efficiencies even as they facilitate collusion or enlarge market power." Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition and its Practice*, West Publishing Co., 1994., str. 446.

5 Efficiency defence.

učinke te da bi iz tog razloga koncentraciju ipak trebalo ocijeniti dopuštenom. Dakle, u kontekstu ovog rada pod učinkovitostima se prvenstveno podrazumijevaju oni učinci koncentracija koji mogu imati pozitivan utjecaj na tržišno natjecanje i time opravdati one koncentracije koje istodobno s generiranjem učinkovitosti predstavljaju i opasnost tržišnom natjecanju.

Uvođenje elementa učinkovitosti u postupak ocjene dopuštenosti koncentracija od samih početaka iznimno je kontroveržno pitanje i do određene mjere ostaje takvo i u današnje doba, čemu svjedoči pregršt znanstvenih radova objavljenih na tu temu u posljednja dva desetljeća.⁶ Europska unija je tek nedavno eksplicitno prihvatila

6 Vidi npr. Brodley, J. F., *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures*, Antitrust Law Journal 1996, 64 ANTITRLJ 575; Camesasca, P. D., *The Explicit Efficiency Defense in Merger Control: Does it Make a Difference*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 1999, 20 (1), 14-28, 1999; Colley, L., *From Defense to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (6), 342-349, 2004; Conrath, C.W. Widnell N.A., *Efficiency Claims in Merger Analysis: Hostility or Humility?*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 685; Davies J., Schlossberg R., Jaspers M.B., Scholomiti K., *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, Getting the Deal Through–Merger Control 2007, Freshfields Bruckhouse Deringer, dostupno na http://www.gettingthedealthrough.com/narrative_pdf.php?id=11; Fackelmann CH. R., *Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or Promising Chance for Innovation*, 2006, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working paper No. L-09/06, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=910465>; Goldman C. S., Knable Gots, I.; Piaskoski M. E., *The Role of efficiencies in Telecommunications Merger Review*, Federal Communication Law Journal, 2003, 56 FCLJ 87; Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*, Saint Louis University Law Journal, 2000, 44 STLULJ 871; Ilzkovitz, F., Meiklejohn, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence?*, Edward Elgar Publishing, 2006; Jaspers M. B., *EU: Commission Takes Closer Look at Efficiencies*, 2006, Global Competition Review, G.C.R. 2006, Nov. 41; Knable Gots, I.; Goldman, C. S., *The Role of Efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?*, 29 International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 201, (Barry E. Hawk ed. 2003); Kocmut M., *Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission*, European Competition Law Review 2006., E.C.L.R. 2006, 27 (1), 19-27; Kolasky W. J.; Dick, A. R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 ANTITRLJ 207; Kolasky, *Lessons From Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review*, Antitrust, 2002 Antitrust 82; Lagerlöf, J., Heidhues P., *On the Desirability of an Efficiency Defence in Merger Control*, 2005, International Journal of Industrial Organisation 827; Luescher, C., *Efficiency Considerations in European Merger Control- Just Another Battle Ground for the European Commission*, Economists and Competition Lawyers, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (2), 72-86, 2004; Muris T. J., *The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 729; Noel, *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers Under European and US Antitrust Law*, European Competition Law Review, E.C.L.R., 1997. 458; Rosenthal M., Pate R. H., Shores. R., *Efficiencies and remedies under ECMR*, 2006., G.C.R. 2006, Nov. Supp., The European Antitrust Review 2007, 31-36; Schmidt, I. L. O., *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs. Static Efficiency*, European Competition Law Review, 2007, E.C.L.R. 2007, 28(7), 408-411; Svetlicinii A., *Assessment of Non-horizontal Mergers: Is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control*, European Competition Law Review 2007; E.C.L.R. 2007, 28 (19), 529 – 538; Werden, G. J., *An Economic Perspective on the Analysis of Merger Efficiencies*, Antitrust 1997, 11-SUM ANTITR 12; Vasconcelos H., *Efficiency gains*

mogući pozitivni značaj učinkovitosti na tržišno natjecanje Uredbom 139/2004⁷ i Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija.⁸ Što se pak Hrvatske tiče, ona je za razliku od EU, učinkovitostima pristupila na izričit način, predviđajući već Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. godine⁹ da učinkovitosti mogu biti faktor protuteže protukonkurentskih koncentracija. Očito je takav pristup smatran neusklađenim s europskim pravilima tržišnog natjecanja, budući da je novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja,¹⁰ koji stupa na snagu u listopadu 2010. godine, navedeni kriterij izbačen iz zakonskog teksta, a način primjene učinkovitosti kao kriterija ocjene dopuštenosti koncentracija, prebačen je u neobvezujuće interpretativne akte Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Cilj je ovog rada usporedno analizirati pristup učinkovitostima u hrvatskoj i europskoj regulativi i praksi. Rasprava o opravdanosti uvođenja elementa učinkovitosti u europsko pravo po američkom modelu, bila je već predmetom istraživanja autora,¹¹ stoga se u ovom radu središte analize premješta s teoretskih pitanja uspješnosti i poželjnosti ovog pravnog transplantata u zakonodavstvo EU, na pitanje primjene ovog novouvedenog elementa materijalno pravne analize prijavljenih koncentracija s ciljem što iscrpnije analize domaćeg zakonodavstva koje je na pragu cjelovite promjene od iznimne važnosti za poduzetnike na nacionalnom tržištu.

2. Pristup Europske komisije učinkovitostima

2.1. Prva razvojna faza: učinkovitosti kao dokaz protutržišnog učinka koncentracije

Prva Uredba o kontroli koncentracija¹² u Europskoj uniji donesena je tek 1989. godine. Dugi proces odlučivanja o navedenom propisu rezultat je mukotrpnih pregovora između država članica koje su zastupajući svoje nacionalne interese imale različite vizije svrha i ciljeva uređenja koncentracija na zajedničkom tržištu.

and structural remedies in merger control, 2007, Centre for Economic Policy Research, No. 6093, dostupno na www.cepr.org/pubs/dps/DP6093.asp; Yde P. L., Vita M. G., *Merger Efficiencies: Reconsidering the "Passing-on" Requirement*, *Antitrust Law Journal*, 1996, 64 ANTITRLJ 735; Areeda, Hovenkamp, Solow, *Antitrust Law*, 92nd ed., Aspen Law & Business 1998 Vol. IVA, a 9E

7 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (dalje u tekstu Uredba 139/2004.) O.J. L 24, 29.01.2004, str. 1.-22.

8 Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings [2004/C 31/03]; O.J. C 31 05/02/04.

9 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003.

10 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/2009.

11 Butorac Malnar, V., *The Role of Efficiencies in Merger Control: Comparative EU-USA Perspective*, ZPFR vol. 29, br. 2, Rijeka 2008., str. 851.– 886.

12 Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 On The Control Of Concentrations Between Undertakings O.J. L395, 30.12.1989., str. 1.-12. (dalje u tekstu Uredba iz 1989.).

Konačni tekst izraz je političkog kompromisa koji se odrazio i na ulogu učinkovitosti u postupku ocjene koncentracija.¹³ Naime, konačnom verzijom Uredbe 4064/89 učinkovitostima se posvetilo vrlo malo prostora ostavljajući otvorenim pitanje njihovog načina primjene i značaja u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Štoviše, učinkovitosti se kao termin nisu ni spominjale u Uredbi već su one, člankom 2(1)(b) bile obuhvaćene širom pojmovnom formulacijom uzimanja u obzir „*tehničkog i gospodarskog napretka kojemu koncentracija pridonosi, ali samo ukoliko takav napredak ide u korist potrošača i ne predstavlja prepreku tržišnom natjecanju*“.¹⁴ Formulacija članka 2(1)(b), koja je u cijelosti preuzeta i novom Uredbom o koncentracijama iz 2004. godine, izvorno proistječe iz članka 101(3) Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹⁵ kojim se također temeljem „*razvoja tehničkog i gospodarskog napretka*“ predviđa mogućnost izuzetka od ništavosti zabranjenih sporazuma iz članka 101(1) UFEU. Sukladno tomu, navedeni članci trebali su dobiti istovjetnu primjenu - dokaziv izuzetak od pravila ništavosti zabranjenog sporazuma, odnosno ocjene nedopuštenosti koncentracija.¹⁶ To međutim, nije u potpunosti bilo

13 Nacrt Uredbe predviđao je dopuštanje koncentracija koje pridonose ostvarivanju ciljeva iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, ukoliko ekonomske koristi prevladavaju u odnosu na opasnost od narušavanja tržišnog natjecanja. Vidi, Proposal for a Regulation, [1989] O.J. C22/14, Recital 16. Ovaj prijedlog promovirao je balansiranje između dobiti i šteta koncentracije. Odredba nije usvojena jer se članovi Vijeća nisu uspjeli dogovoriti oko ciljeva tržišnog natjecanja. Dok su Španjolska, Portugal i Francuska zastupale industrijsku, regionalnu i socijalnu politiku, Njemačka i Velika Britanija bile su sklone preuzimanju američkog modela koji ne priznaje višestrukost ciljeva tržišnog natjecanja, već se ograničava samo i isključivo na provođenje politike tržišnog natjecanja. Ovi posljednji, suprotstavili su se uvođenju odredbe o učinkovitostima, jer su smatrali da bi ista bila iskorištena u svrhu ostvarivanja industrijskih ciljeva poput stvaranja europskih šampiona koji bi svojom veličinom mogli konkurirati na svjetskom tržištu ali bi istovremeno, upravo stvaranjem vladajućeg položaja, mogli narušiti učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu. Vidi, Hawk, B., *The EEC Merger Regulation: The First Step Toward One-Stop Merger Control*”, *Antitrust Law Journal*, 1990, 59 ANTITRLJ 195 § 213; Jones, A.; Sufirin B., *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2002., str. 798.

14 Uredba o koncentracijama 1989., op. cit., članak 2(1)(b) u izvorniku glasi:

“Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market. In making this appraisal, the Commission shall take into account:

(b)[...] *the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.*”

Navedeni članak u potpunosti je preuzet novom Uredbom o koncentracijama iz 2004. godine, ali je objašnjenjima iz Smjernica za ocjenu horizontalnih koncentracija ovaj put zadobio jednu sasvim novu dimenziju primjene.

15 Čl. 81(3) prema numeraciji koja je prethodila stupanju na snagu Ugovora o funkcioniranju Europske unije (tzv. Lisabonskog ugovora).

16 U Bilješkama o Uredbi o koncentracijama – Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89 [1990] 4 CMLR 314 point (d). – istaknuto je da pojam tehničkog i gospodarskog napretka mora biti shvaćen u duhu načela sadržanih u članku 81(3) (po novoj numeraciji Lisabonskog Ugovora, članak 101(3)), razvijenih temeljem tumačenja Europskog suda. Navedene Bilješke više nisu dostupne na mrežnim stranicama Komisije, međutim dio o učinkovitostima može se pronaći djelomično citiran u radu Knable Gotts, I., Goldman, C. S., *The Role of Efficiencies in M&A Global*

tako.¹⁷ Dok su stranke zabranjenih sporazuma uspijevale dokazivati učinkovitosti uslijed kojih bi inače zabranjeni sporazum bio pošteđen ništavosti, u kontekstu koncentracija stranke gotovo nikad nisu uspjele dokazati da bi inače nedopuštenu koncentraciju trebalo proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem radi koristi koju bi ista proizvela. Štoviše, u ranoj razvojnoj fazi učinkovitosti su se često smatrale dodatnim dokazom protutržišnog učinka koncentracije te u rijetkim prilikama u kojima su bile razmatrane, bivane su korištene na štetu stranaka koncentracije.¹⁸ Jedan od razloga tako različitog ishoda primjene članka 101(3) i 2(1)(b) leži u jezičnoj formulaciji dvaju pravila. Kako bi došlo do izuzetka od ništavosti, članak 101(3) pretpostavlja da: sporazum mora pridonositi unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara odnosno pridonositi promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka; potrošači moraju dobiti *razmjernu* korist; ograničenja moraju biti *neophodna* za postizanje cilja te sporazum strankama ne smije priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u smislu *znatnog dijela* predmetnih proizvoda.

Za razliku od članka 101(3), Uredba o koncentracijama iz 1989. godine¹⁹ predviđala je tri kumulativna uvjeta: „učinkovitosti moraju biti rezultat razvoja tehničkog i gospodarskog napretka, ići na *korist potrošača* i *ne predstavljati prepreku* tržišnom natjecanju“. Za početak, jasno je vidljivo da je Uredba o koncentracijama, izostavljajući unapređenje distribucije i proizvodnje, bila ograničena samo na tehnički i gospodarski napredak, što je po mnogima ograničavalo primjenu članka 2(1)(b) samo na učinkovitosti koje su rezultat istraživanja i razvoja. Samim time bitno se suzio opseg mogućih koristi u odnosu na članak 81(3).²⁰ Nadalje, dok je članak 101(3) propisivao obvezatnost prelijevanja *razmjernog* dijela koristi sporazuma na potrošače, članak 2(1)(b) nije kvantificirao obujam prelijevanja učinkovitosti na potrošače. Iako naizgled nebitna, ova različitost iznimno je važna pri ocjeni ispunjenja navedenog kriterija. Budući da nije postojao prag prijenosa, odnosno nije bilo jasno u kojem obujmu koristi moraju biti prenesene na potrošače, nije bilo jasno kada će se navedeni uvjet smatrati ispunjenim od strane poduzetnika. Jedino sigurno predviđanje bilo je prenošenje učinkovitosti u cijelosti, što je rijetko moguće u realnim tržišnim okvirima. Ovo otvoreno pitanje ostavljalo je veliku diskrecijsku ocjenu Komisije i pravnu nesigurnost stranaka u postupku. Što se pak tiče uvjeta neophodnosti iz

Antitrust Review: Still in Flux? 29 International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 201, Barry E. Hawk ed., 2003., str. 220.

17 Iako ni članak 81(3) (prema novoj numeraciji 101(3)) u to doba nije imao sustavno objašnjenje načina primjene, već je do doga došlo tek 2004. godine sa Smjernicama za primjenu članka 81. stavka 3. Ugovora (O.J. C101, 27.04.2004, str. 97.-118.), ipak već samom činjenicom da je članak 81(3) bio sadržan u Rimskom ugovoru iz 1957. godine, dakle postojao je bitno prije Uredbe 4064/89, već je postojala praksa Komisije i europskih sudova koja je mogla biti od pomoći pri primjeni članka 2(1)(b) Uredbe o Koncentracijama.

18 Vidi primjerice predmet IV/M. 53, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, predmet IV/M 214, *Du/Pont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993 ili predmet IV/M 269 *Shell/Montecatini* O.J. L 332/48, 22/12/1994.

19 Knable Gotts, I., Goldman, C. S., op. cit., str. 220.

20 Loc. cit.

članka 101(3), koji je izraz načela proporcionalnosti, isti nije bio propisan Uredbom o koncentracijama. Ta činjenica, međutim, nije predstavljala problem jer se navedeni princip smatrao implicitno sadržanim u Uredbi kao jedno od načela na kojima ona počiva.²¹ Najveći problem proizlazio je iz trećeg uvjeta, budući da analogna primjena članka 101(3) nije bila moguća. Dok članak 101(3) predviđa da „[...] sporazum ne smije strankama priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja *u smislu znatnog dijela* predmetnih proizvoda“, članak 2(1)(b) kao uvjet postavlja da napredak [...] *ne predstavlja* prepreku tržišnom natjecanju.²² Praksa je pokazala da prilikom ocjene učinaka sporazuma ili koncentracije, ključ analize leži u odnosu između učinkovitosti i protutržišnih učinaka. Drugim riječima, što je protutržišni učinak koncentracije ili sporazuma veći, to veće moraju biti koristi od istih. Kod članka 101(3) to je značilo da će ipak biti dopušteni inače zabranjeni sporazumi koji generiraju pozitivne učinke ukoliko istovremeno ograničavanje tržišnog natjecanja nije znatno. Navedene formulacija je logična budući da se pozitivni i negativni učinci i zabranjenih sporazuma i koncentracija, gotovo uvijek pojavljuju istovremeno.²³ Ukoliko međutim, napredak *ne smije* predstavljati prepreku tržišnom natjecanju uopće (kako je to proizlazilo iz formulacije članka 2(1)(b) Uredbe i koncentracijama), tada ni u kojem slučaju koncentracije, koje generiraju učinkovitosti i istodobno proizvode protutržišne učinke, neće moći biti dopuštene. Slijedom navedenog, učinkovitosti koncentracija nisu mogle biti sagledane u kontekstu protuteže inače nedopuštene koncentracije. Iste su bivale dopuštene samo ako nisu predstavljale prepreku tržišnom natjecanju, a u takvim slučajevima generiranje učinkovitosti u biti niti nije relevantno za donošenje odluke o dopustivosti provedbe koncentracije.²⁴ Slijedom navedenog, praksa Komisije i Europskog suda postupno je razvila različitu primjenu dviju odredbi, dokazivu i primjenjivu kod zabranjenih sporazuma, ali ne i kod koncentracija, iako su izvorno trebale biti preslika istih uvjeta kod dva različita oblika postupanja na tržištu.²⁵

Negativan pristup učinkovitostima uvelike je bio pospješšen i tada važećim testom za ocjenu dopuštenosti koncentracija. Uredbom 4064/1989 godine koncentracije su bivale ocjenjivane primjenom, tzv. „testa vladajućeg položaja“. Prema navedenom

21 De la Mano, M., *The competitive effects of efficiencies in European merger control*, Enterprise Papers No. 11, Enterprise Directorate-General European Commission, 2002., str. 27.

22 Iz navedenog razloga isticalo se da su učinkovitosti tretirane asimetrično u članku 81(3) i Uredbi o koncentracijama iz 1989. Vidi primjerice Whish, *EC competition law*, op. cit., str. 843.-844.

23 Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition and its Practice*, op. cit., str. 446.

24 Ilzkovitz, F., Meiklejohn, R., *European merger control: do we need an efficiency defence*, op. cit., str. 182.

25 U tom smislu, Ilzkovitz i Meiklejohn navode: „*It can be argued (and probably regretted) that the Commission's administrative practice (and the Courts' case law) has gradually moved these two provisions apart from each other. As a result, there is a general impression that only article 81(3) allows for an explicit weighing of pro and anti-competitive aspects of an agreement and that the ECMR does not allow for such an explicit weighing of pro and anti-competitive aspects of mergers.*“ op. cit.

testu, zabranjena je bila ona koncentracija koja je stvarala ili jačala vladajući položaj na tržištu, a što je za posljedicu moglo imati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.²⁶ Navedeni test bio je zamišljen kao kumulativni dvostupanjski test, u kojemu se u prvom stupnju trebalo utvrditi hoće li koncentracija dovesti do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, a u drugom hoće li takva koncentracija dovesti do značajnog narušavanja tržišnog natjecanja.²⁷ Sukladno tomu, ključno je bilo odgovoriti na pitanje je li značajno narušavanje tržišnog natjecanja neposredna posljedica stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja ili to nije nužno slučaj. Europski sud je postavio pravilo prema kojemu je bilo neophodno utvrditi uzročnu vezu između dvije razine testa.²⁸ U praksi se međutim pokazalo da je najčešće takva uzročna veza presumirana,²⁹ što je učinilo drugu razinu testa nebitnom.³⁰ Drugim riječima, smatrano je da se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušavalo tržišno natjecanje.³¹

Imajući u vidu navedeno, ne čudi da članak 2(1)(b) u ranoj praksi nije dobio pozitivnu primjenu. Naime, Europska komisija je u više navrata koristila navedeni članak upravo kao dokaz jačanja protutržišnog učinka prijavljene koncentracije, a ne kao faktor protuteže koji bi mogao biti osnova dopuštanja inače nedopuštene koncentracije.³² Srž argumentacije Komisije sastojao se u tomu da dokazivanjem učinkovitosti sudionici koncentracije samo potvrđuju činjenicu da će provedu li istu, stvoriti ili ojačati vladajući položaj na tržištu, što je po tadašnjem testu vladajućeg položaja bio osnovni kriterij zabranjivanja provedbe koncentracija. Očiti primjer navedenoga bio je slučaj *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*.³³ Komisija je uzela u obzir niz učinkovitosti poput troškovnih ušteda, raznih marketinških sinergija, poboljšanog upravljanja i slično, samo da bi zaključila da navedene učinkovitosti povećavaju tržišnu snagu poduzetnika što bi im omogućilo da u budućnosti postupaju

26 Članak 2(3) Uredbe o koncentracijama iz 1989. u izvorniku glasi: „*A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.*“

27 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, European Commission. January 22, 2006., str. 3. dostupno na, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf, 11.12.2009.; Bellamy & Child, *European Community law on Competition*, 6th ed., Oxford University Press, 2008. str. 747., § 8.195.

28 Združeni predmeti C-68/94, *French Republic v. Commission* i C-30/95 *Société Commerciale et de l'Azote (SCPA) and Enterprise Minière et Chimique (EMC) v. Commission* [1998] ECR I-1375.

29 Npr. u predmetu T- 210/01 *GE v. Commission* [2005] ECR II-5575, [2006] 4 CMRL 686, Sud je utvrdio da jačanje vladajućeg položaja može samo po sebi značajno narušiti tržišno natjecanje, § 86.

30 Vidi npr. Basedow, J., *The modernization of European competition Law: A Story of unfinished concept.*, Texas International Law Journal, 2007., vol. 44, no. 4, str. 433.; Rinckens, A., *Welfare Standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defense*, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 1-31, str. 17.

31 Monti, G., *EC Competition law*, Cambridge University Press, 2007., str. 249.

32 Najčešće korišteni termin je „efficiency offence“.

33 Predmet IV/M. 53, *Aerospatiale –Alenia / de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, § 65.-69.

na tržištu nezavisno od svojih konkurenata. Time je postavila kriterij da se većina učinkovitosti neće smatrati protutežom ukoliko bi koncentracija dovela do stvaranja vladajućeg položaja.³⁴ Slična argumentacija upotrijebljena je i u slučajevima *Du Pont/ICI*³⁵ i *Shell/Montecatini*³⁶ u kojima je zaključeno da postizanje tehničkog i gospodarskog napretka može omogućiti strankama koncentracije velike prednosti u odnosu na konkurente i doprinijeti stvaranju ili jačanju vladajućeg položaja.³⁷ Stoga je u oba slučaja Komisija zatražila od stranaka koncentracije podjelu učinkovitosti sa svojim konkurentima prije negoli im je dopustila provedbu koncentracije.³⁸ Slično, godine 1999., u predmetu *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*³⁹ Komisija je izričito dovela u izravnu vezu stvaranje vladajućeg položaja s nemogućnošću uzimanja u obzir učinkovitosti.⁴⁰ Komisija je nizala slične odluke još godinama.⁴¹

34 Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should Not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*, Saint Louis University Law Journal, 2000, 444 STLULJ 871, § 890.

35 Predmet IV/M 214, *DuPont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993. Slučaj DuPont sastojao se od spajanja kapaciteta dvaju najjačih poduzetnika u istraživanju i razvoju u području najlonskih vlakana. Komisija učinkovitostima nije pristupila sa gledišta potrošača koji bi profitirali novinama u navedenom području, već ja koncentraciju smatrala usmjerenom ka stvaranju vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu. Naime, prednosti koje bi proizašle iz koncentracije omogućile bi poduzetnicima velike prednosti u odnosu na konkurente.

36 Predmet IV/M 269 *Shell/ Montecatini* O.J. L 332/48, 22/12/1994.

37 Cook C. J., Kerse, C. S., *EC Merger control*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, str. 177. U oba slučaja Komisija je zatražila od stranaka koncentracije da učinkovitosti podijele sa svojim konkurentima prije negoli im je dopustila provedbu iste.

38 Slična argumentacija korištena je i u slučajevima zajedničkog pothvata. Primjerice u *Predmetu* IV/M.469, *MGs/Media Service*, O.J. L 364/1, 31/12/1994, Komisija je izrazila mišljenje da iako bi zajednički pothvat doprinio razvoju digitalne televizije, ta činjenica bi stavila poduzetnike zajedničkog pothvata u vladajući položaj na mjerodavnom tržištu i stoga je zabranila provedbu koncentracije. U paragrafu 100 odluke Komisija navodi: „*The reference to [the] criterion in Article 2 (1) (b) of the Merger Regulation [contribution to technical and economic development] is subject to the reservation that no obstacle is formed to competition [...] [T]he foreseeable effects of the proposed concentration suggest that it will lead to a sealing-off and early creation of a dominant position on the future markets for technical and administrative services and to a substantial hindering of effective competition on the future market for pay-TV.*”

39 Predmet IV/M.1313 *Danish Crown /Vestjyske Slagterier* O.J. L 20, 25/01/2000.

40 „*As far as those efficiencies are concerned, it should be noted that under Article 2(1)(b) of the Merger Regulation the Commission may take account of the development of technical and economic progress only to the extent that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition. The creation of a dominant position in the relevant markets identified above, therefore, means that the efficiencies argument put forward by the parties cannot be taken into account in the assessment of the present merger.*“ Ibid. toč 198. odluke.

41 Predmet IV/M 490, *Nordic Satellite Distribution*, O.J. L 53/20, 02/03/1996; Predmet IV/M.619, *Gencor /Lonrho*, O.J. L 11/30, 14/01/1997, toč. 214. (odluka potvrđena i u žalbenom postupku Predmet T-102/96 *Gencor v. Commission* [1999] E.C.R. II –753); Predmet IV/M 042 *Alcatel/Telettra* O.J. L 122/48, 17/05/1991; Predmet IV/M 354 *American Cyanamid/Shell* O.J. C 273, 09/10/1993; Predmet IV/M 477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer* O.J. L 211/1, 06/09/1995; Predmet IV/M 580 *ABB/Daimler-Benz* O.J. L 11/29, 14/01/1997; Predmet IV/M 315 *Mannesmann/Valourec/Ilva* O.J. L102/15, 21/04/1994; Predmet IV/M 986 *Agfa-Gevaert/DuPont* O.J. L 211/22,

Suočena s brojnim kritikama,⁴² Komisija je 2001. godine započela rad na reformi kontrole koncentracija koja je uključivala i javnu raspravu o ulozi učinkovitosti u ocjeni dopuštenosti koncentracija.⁴³ Poziv na javnu raspravu rezultirao je mnoštvom komentara u kojima se uglavnom isticalo da Komisija treba pojasniti svoje stajalište prema učinkovitostima i učiniti ih značajnim elementom analize.⁴⁴ Reforma je rezultirala usvajanjem nove Uredbe 139/04 o koncentracijama te Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija kojima se pristup učinkovitostima bitno promijenio.

2.2. Druga razvojna faza - učinkovitosti kao kriterij ocjene dopuštenosti koncentracija

U preambuli Uredbe 139/04 po prvi puta se izričito spominje pozitivna uloga učinkovitosti na tržišno natjecanje. U točki 4. stoji da su „reorganizacije dobrodošle ukoliko odgovaraju zahtjevima dinamičnog tržišnog natjecanja, i mogu povećati konkurentnost europske industrije, poboljšati uvjete rasta i povećati životni standard u Zajednici“.⁴⁵ Navedena formulacija nešto je opreznija varijanta američkog pristupa, usvojenog još 1984. godine, a sukladno kojemu se navodi da je primarna ekonomska korist koncentracija njihov potencijal generiranja učinkovitosti koje mogu povećati konkurentnost poduzetnika i rezultirati smanjivanjem cijena.⁴⁶ Nadalje, točkom 29. Uredbe o koncentracijama izričito se navodi da „radi utvrđivanja utjecaja neke koncentracije na tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu treba voditi računa o svim njenim dokazanim i vjerojatnim koristima koje prikazu predmetni poduzetnici.“⁴⁷

29/07/1998.

42 Kritike su se posebno isticale u predmetu COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell*, O.J. L 48/1, 18/02/2004, povodom koncentracije između dva američka poduzetnika aktivna na svjetskom tržištu avionskih dijelova. Navedena koncentracija bila je uvjetno dopuštena od strane američkog Department of Justice, dok je Europska Komisija zabranila koncentraciju radi vjerojatnih negativnih konglomeratnih, vertikalnih i horizontalnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Isticane kritike na odluku odnosile su se većim dijelom na analizu konglomeratnih i vertikalnih učinaka Komisije, iz čega se razvila rasprava o različitostima u vrijednostima i ciljevima prava tržišnog natjecanja između SAD-a i EU. Više o tome vidi, Butorac Malnar, V., *The Role Of Efficiencies In Merger Control, Comparative Study EU-USA*, ZPFR, vol. 29, br. 2., Rijeka, 2008., str. 851.- 886.

43 Godine 2001., objavljen je Green Paper on the Review of the Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM (2001) 745/6 final, (dalje u tekstu Zelena knjiga), gdje je između ostalog stajalo da Komisija podupire javnu raspravu o tome na koji način i do koje mjere bi učinkovitosti trebale biti uzimane u obzir u analizi dopuštenosti koncentracija. Zelena knjiga, toč. 172.

44 Ibid., toč. 114. -115., 119., 121., 125.

45 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (dalje u tekstu Uredba 139/2004.) O.J. L 24, 29/01/2004, str. 1.-22.

46 Američke Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija već su u svojoj verziji iz 1984. godine izričito priznale da je primarna ekonomska korist koncentracija njihov potencijal generiranja učinkovitosti koje mogu povećati kompetitivnost poduzetnika i rezultirati smanjivanjem cijena. Vidi US Department of Justice, *Merger Guidelines Sec 10 A* (1984).

47 Uredba 139/ 2004., toč. 29.

Razlog tomu je novousvojeni stav da „postoji mogućnost da koristi koje proizlaze iz koncentracije neutraliziraju učinke na tržišno natjecanje, poglavito potencijalne štete za potrošače, koje bi koncentracija inače mogla izazvati, te da zbog toga takva koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, poglavito uslijed stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja“.⁴⁸ Ovime se prihvatila recipročna veza između uvjeta tržišnog natjecanja i učinkovitosti: povećanje učinkovitosti vodi jačanju natjecanja, a jaki konkurentski pritisak, pak, tjera poduzetnike iznaći nove načine za poboljšanje učinkovitosti.⁴⁹

Nesporno je da navedena formulacija predstavlja veliki korak u odnosu na prethodno zakonodavstvo. Taj korak međutim gubi ponešto na svom značaju, uzme li se u obzir činjenica da se učinkovitosti spominju samo u preambuli Uredbe, te da su iste detaljno razrađene samo Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija koje, iako djeluju snagom svoje uvjerenosti ipak nisu obvezujući pravni akt.⁵⁰ U obvezujućem dijelu Uredbe nije došlo do promjena - u cijelosti je preuzeta odredba o „razvoju tehničkog i gospodarskog napretka“ iz stare Uredbe o kontroli koncentracija. Manjkavostima navedene odredbe pristupilo se posredno, interpretativnom metodom u duhu gore navedenih točaka preambule i promjenom testa za ocjenu dopuštenosti koncentracija. Naime, Uredbom 139/04 uveden je test značajnog narušavanja tržišnog natjecanja kojim je promijenjen redoslijed dva konstitutivna elementa testa vladajućeg položaja. Tako se po novom testu smatra neusklađenom ona koncentracija koja *bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje* na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, poglavito kao rezultat stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja.⁵¹ Slijedom navedenog, ključno pitanje pri ocjeni koncentracija postaje hoće li ona bitno smanjiti konkurenciju, a ne hoće li doći do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja. Očito je da se prilikom usvajanja novog testa nastojala zadržati primjenjivost postojeće prakse ustanovljene na starom testu ocjene dopuštenosti koncentracija.⁵² Unatoč toj činjenici, praktična implikacija promjene je značajna. Naime, ponuđenom formulacijom, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja, iako najvažniji, postaje ipak samo jedan od primjera značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, što označava

48 Loc. cit.

49 Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European merger control: do we need an efficiency defence*, op. cit., str. 47.

50 Vidi Kocmut, M., *Efficiency Considerations And Merger Control - Quo Vadis, Commission?* European Competition Law Review, 2006., E.C.L.R. 2006, 27(1), 19 -27, § 21-22.

51 Uredba 139/2004, čl. 2(3).

52 Navedeni stav izražen je u Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija, koja u uvodnom dijelu ističe da se „[...] očekuje da će se većina slučajeva u kojima je koncentracija neusklađena sa zajedničkim tržištem i nadalje temeljiti na utvrđivanju vladajućeg položaja. [...] U tom smislu, namjera je ove Obavijesti da očuva pouke koje se mogu izvući iz dosadašnje prakse, kao i da u potpunosti uzme u obzir sudsku praksu sudova Zajednice.“ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, O.J. C 31, 05/02/2004, str. 5.-18. (dalje u tekstu Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija), toč. 4.

stroži kriterij ocjene, budući da ne mora nužno doći do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja da bi došlo do značajnog narušavanja tržišnog natjecanja.⁵³ S druge strane, test postaje fleksibilniji⁵⁴ budući da omogućava dinamičku analizu uslijed koje Komisija ima viši stupanj diskrecije pri odlučivanju o spornim koncentracijama.⁵⁵ Točnije, nezavisno o visini tržišnog udjela, Komisija ima priliku ocijeniti mogući utjecaj koncentracije na cijene i *output*, odnosno tržišno natjecanje uopće, uvažavajući pritom elemente poput učinkovitosti.⁵⁶ Sudionici koncentracije su stoga u prilici dokazati da uslijed generiranih učinkovitosti, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja ne mora nužno narušiti tržišno natjecanje. Stoga, novim testom postaje oboriva nekadašnja predmnijeva da se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušava tržišno natjecanje, čime se otvara prostor za pozitivnu ili čak presudnu ulogu učinkovitosti u određivanju protutržišnog učinka koncentracije.

Prije osvrta na uvjete koji moraju biti zadovoljeni da bi isticane učinkovitosti zaista imale balansirajući učinak, potrebno je istaknuti da se unatoč često korištenom terminu *efficiency defence*, odnosno obrana učinkovitostima, metodološki ne radi zaista o *obrani*, odnosno potkrijepljenom argumentu sudionika koncentracije isticanog povodom utvrđenja postojanja protutržišnog učinka, već o jednom od kriterija za dokazivanje postojanja protutržišnog učinka uopće. Ovo slijedi iz Uredbe 139/04 u kojoj se navodi da Komisija provodeći *analizu koncentracije*, uzima između ostalog

53 Ovim načinom se između ostalog, nastojala nadopuniti navodna pravna praznina testa vladajućeg položaja koja se odnosila na jednostrane učinke nekoordiniranih oligopola. Navedeni učinci postojali bi u situaciji kada bi sudionici koncentracije bez da posegnu za koordinacijom i unatoč činjenici da nemaju najveći tržišni udjel na mjerodavnom tržištu, bili u mogućnosti povećati cijene i na taj način iskorištavati svoju tržišnu moć. Više o tome vidi Kauper, E. T., *Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations*, Saint John's Law Review, 2000, 74 St. John's L. Rev. 305, § 330.

U zajedničkom odgovoru na Zelenu knjigu, niz istaknutih profesora ekonomije dali su primjer takve situacije na tržištu: „Consider for instance a market where a (possibly dominant) firm holds a 55% share, and two other firms have respectively 12% and 20% of the market share. Surely, a merger between the firm holding the highest market share and any of the other firms will likely increase prices while creating (or reinforcing) dominance. However, a merger between the second and the third firm might well allow them to increase prices without giving raise to (single firm) dominance. It is not because the merging companies face a larger competitor that they will refrain from increasing prices. In fact, economic analysis shows that in many circumstances an outsider firm will also increase its prices as a result of the merger.” Joint letter to the Commission by Crémer, J. (IDEI, Toulouse); Encaoua, D. (University Paris I); Ivaldi, M. (IDEI, Toulouse); Motta, M. (European University Institute, Florence); Neven, D., (Graduate Institute of International Studies, Genève); Rey, P. (IDEI, Toulouse); Röller, L. H. (WZB, Berlin); Seabright, P. (IDEI Toulouse); Van Damme, E. (University of Tilburg); Verboven, F. (University of Leuven); Vives, X. (INSEAD, Fontainebleau) of July 10, 2002, donedavno dostupne na mrežnim stranicama Komisije <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>, posjećeno 23.12. 2009.

54 Basedow, J., *The modernization of European competition Law: A Story of unfinished concept*, op. cit., str. 435.

55 Akšamović, D., *Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ*, ZPFR, vol. 29., br. 2., Rijeka, 2008., 1033.-1066., str. 1040.

56 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, op. cit., str. 8.

u obzir i razvoj tehničkog i gospodarskog napretka [...]“.⁵⁷ Metodološka preciznost u ovom slučaju iznimno je važna. Naime, ukoliko bi se učinkovitostima pristupilo kao elementu obrane, tada bi bilo neophodno ocjenjivati odvojeno protutržišne učinke od učinkovitosti, te ih zatim usporediti kako bi se procijenilo prevladavaju li učinkovitosti u odnosu na protutržišne učinke.⁵⁸ Da bi usporedba bila moguća, bilo bi neophodno kvantificirati i kvalificirati temeljem istih kriterija i negativne i pozitivne učinke što u praksi nije uvijek moguće.⁵⁹ S duge strane, ukoliko su učinkovitosti jedan od kriterija cjelokupne analize tada se ocjena isticanih učinkovitosti kombinira sa svim ostalim elementima analize pri čemu se u konačnoj odluci može izbjeći direktna usporedba protutržišnog učinka i učinkovitosti. Samim time uloga isticanih učinkovitosti postaje značajnija.⁶⁰

Osim metodološki i konceptualno bi se moglo prigovoriti terminu obrana. Razlog tomu su različita značenja koja se mogu atribuirati pojmu tržišno natjecanje. Ako se pod pojmom natjecanje prvenstveno podrazumijeva stupanj tržišne moći, razumijevanje, koje bi se moglo pripisati nekadašnjem testu vladajućeg položaja, tada bi svaka koncentracija jake tržišne moći bila pogođena zabranom, a strankama bi jedino ostalo obraniti se od tog zaključka isticanjem učinkovitosti. U tom kontekstu termin obrana *podrazumijeva da koncentracija negativno utječe na tržišno natjecanje, ali radi potencijalnih učinkovitosti je ipak poželjna* stoga bi trebalo dozvoliti njenu provedbu.⁶¹ Navedeno bi zahtijevalo primjenu metodologije direktne usporedbe i balansiranja pozitivnih i negativnih učinaka koncentracija, što je kako smo vidjeli, vrlo problematično u praksi.

Međutim, ako se pod pojmom natjecanje prvenstveno podrazumijeva razina cijena, tada bi se koncentracija trebala zabraniti samo ukoliko se značajno povećavaju

57 Uredba 139/2004, čl. 2(1)(b).

58 Više vidi u Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, Journal of Competition Law and Economics, 2007., str. 1.-31., str. 17. U radu se ističe razlika konceptualne i procesne dimenzije učinkovitosti, s temeljitim pregledom postojeće literature. Dok se konceptualna dimenzija odnosi na standard blagostanja kao mjerila učinkovitosti, procesna dimenzija učinkovitosti odnosi se prvenstveno na metodologiju procjenjivanja učinkovitosti. Istaknute su tri moguća metodološka pristupa; od slučaja do slučaja metoda, metoda opće pretpostavke i stupnjevita metoda. O tome vidi i Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op. cit., str. 66. -76.

59 O problemima kvantifikacije i kvalifikacije učinkovitosti vidi loc. cit.

60 Ovaj pristup istovjetan je američkom pristupu budući da je već Smjernicama iz 1984. godine odlučeno da se učinkovitosti maknu iz dijela obrane u dio antikompetitivne analize. Prema navedenom stavu DOJ ne “važe” očekivane učinkovitosti i očekivane protutržišne učinke, već se odnosi spram učinkovitosti kao odlučujućeg faktora procjene antikompetitivnosti konkretne koncentracije. Vidi Kolasky, W. J.; Dick, A. R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 Antitr. L. J. 207, § 41 (1985); Vidi također, *60 Minutes with J Paul McGarth- Interview*, 54 Antitr. L.J. 131, § 141 (1985).

61 O tome vidi Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op. cit., str. 145.-146.

cijene proizvoda.⁶² U tom bi slučaju stranke mogle isticanjem učinkovitosti *pobijati* pretpostavku značajnog narušavanja tržišnog natjecanja povećanjem cijena, što je u duhu novousvojenog standarda ocjene koncentracija. U tom kontekstu pobijanje pretpostavlja da *uslijed generiranih učinkovitosti koncentracija ne utječe negativno na tržišno natjecanje (ne povećava cijene)* stoga bi trebala bi biti dopuštena.⁶³ Ovo je u skladu s usvojenim metodološkim pristupom kao i testom značajnog narušavanja tržišnog natjecanja. Povećanje razine cijena kao kriterij ocjene odnosi se ponajprije na izbor modela blagostanja, tzv. *welfare standard*, koji je u EU na strani potrošača.⁶⁴ Tako Uredba 139/2004. ističe da će se razvoj tehničkog i gospodarskog napretka uzeti u obzir pod uvjetom da je na *dobrobit potrošača*.⁶⁵ Blagostanje potrošača kao referentni cilj prava tržišnoga natjecanja odraz je vrijednosnoga suda o distribuciji bogatstva u društvu.⁶⁶ Naime, prema navedenom modelu samo one koncentracije čije se učinkovitosti direktno prelijevaju na potrošače u obliku smanjenja cijena i poboljšane kvalitete proizvoda će se uzeti u obzir.⁶⁷ U ekonomskoj teoriji navedene učinkovitosti označavaju se terminom „potrošačev višak“ što označava razliku između cijene koje je potrošač spreman platiti za određeni proizvodi i cijene koju

62 Loc. cit.

63 O tome vidi i Ilzkovitz, F., Meiklejohn, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op.cit. str. 66.-76.; Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, op.cit.; Padilla, J., *Efficiencies in horizontal mergers: Williamson revisited*, Wayne Dale Collins 8ed., Issues in Competition Law and Policy, American Bar Association Press 2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfmabstractid=812989>, 23/12/2009.

64 O modelu blagostanja iznimno se puno pisalo. Vidi primjerice, Van den Bergh, Roger J., Camesasca, P. D., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Intersentia-Hart, Antwerpen, 2001.; Lande, R. H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, Hastings Law Journal, 34 Hastings L.J. 65, 68 (1982) citirano u ABA Section of Antitrust Law.; Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A 2002* op.cit.; Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, op.cit.; Malinauskaite J. *The Development of „Consumer Welfare“ and its Application in the Competition Law of the European Community and Lithuania*, International Company and Commercial Law Review 2007, I.C.C.L.R. 2007, 18 (10), 354-364.

Za detaljnu analizu navedene teme na hrvatskom jeziku vidi, Pošćić, A. *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja*, u postupku objavljivanja u Zborniku radova sa Međunarodnog Jean Monnet znanstvenog skupa „Socijalna prava kao temeljna ljudska prava“, Rijeka, 26.-27. 09. 2008.

65 Članak 2(3) Uredba 139/2004.

66 Za razliku, model sveukupnog blagostanja raspodjelu bogatstva u društvu sagledava neutralno. Prema ovom modelu trebale bi se uzeti u obzir sve učinkovitosti bez obzira jesu li one prenesene na potrošače ili koriste samo proizvođačima. Temelj je ovog razmišljanja vjerovanje da učinkovitosti donose koristi društvu u cjelini bez potrebe razlikovanja korisnika tih pogodnosti. Detaljnije vidi Pošćić, A., *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja*, op. cit.

67 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet and Maxwell, London, 2003., str. 428.

stvarno plaća.⁶⁸ Prema teoriji blagostanja, navedeni višak pripada potrošaču. Upravo temeljem ovog postulata se pojmu natjecanje može pripisati značenje „razina cijena“. U tom slučaju umjesto o obrani govorimo o pobijanju učinkovitostima.⁶⁹ Iz teksta Uredbe 139/2004 može se zaključiti da je prihvaćen ovaj pristup, budući da se istom ističe postojanje mogućnosti da koristi koje proizlaze iz koncentracije *neutraliziraju* učinke na tržišno natjecanje, poglavito potencijalne štete za potrošače, koje bi koncentracija inače mogla izazvati te da zbog toga takva koncentracija *ne bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje*.⁷⁰ Slično, Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija se ističe da Komisija može odlučiti da, kao posljedica učinkovitosti, *ne postoje temelji da se koncentracija ocijeni neusklađenom* sa zajedničkim tržištem ukoliko učinkovitosti koje stvara koncentracija mogu unaprijediti sposobnost i motiv poduzetnika koji nastaje koncentracijom da djeluje na način da promiče tržišno natjecanje na dobrobit potrošača i time *suzbija negativne učinke* na tržišno natjecanje koje bi koncentracija inače mogla proizvesti.⁷¹ Iz oba primjera vidljivo je izvođenje zaključka da uslijed generiranih učinkovitosti, koncentracija ne utječe negativno na tržišno natjecanje. Također je zanimljivo primijetiti da se nigdje u europskim zakonodavnim tekstovima ne spominje termin obrana učinkovitostima, iako se isti često rabi u pravnoj literaturi.

Razlika između obrane učinkovitostima i pobijanja učinkovitostima može se promatrati iz teoretske perspektive, budući da se u praksi dva značenja pojma natjecanje najčešće kombiniraju.⁷² Stoga je gotovo nemoguće napraviti čisto razgraničenje između dva pojma. Međutim budući da korištenje termina obrana dovodi do metodologijske nedosljednosti, bilo bi puno pravilnije u pravnoj literaturi izbjegavati navedeni termin, kao što uostalom radi i sam zakonodavac.

68 Van den Bergh, Roger J., Camesasca, P. D., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, op. cit., str. 64.

69 U ovom kontekstu zanimljivo je primijetiti da je izbor modela blagostanja u EU bio uvijek na strani potrošača, uključujući i vrijeme kada se primjenjivao test vladajućeg položaja, što bi moglo označavati da je značenje pojma natjecanje i tada mogla biti razina cijena. Ipak, u većini slučajeva to nije bilo tako budući da je stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja u sebi sadržavalo presumpciju narušavanja tržišnog natjecanja i to prvenstveno kroz razinu cijena.

70 Uredba 139/2004, toč. 29.

71 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 77.

72 Autori Röller, L. H., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains from Mergers*, Discussion Paper FS IV 00-09, Wissenschaftszentrum Berlin, 2000., u svom radu ističu navedeni zaključak objašnjavajući to na sljedeći način:

„*Merger control forbids mergers that reduce competition (significantly). The exact meaning of this prohibition depends on which of the two meanings one gives to the term competition. Consider a merger that increases mark-ups significantly, but reduces price. Since mark-ups are increased, such a merger would be blocked using the second interpretation (degree of market power) of the term competition. Since price is reduced, such a merger would be permitted using the first interpretation (price level) of the term competition.*“, str. 89.

2.2.1. Uvjeti uspješnog isticanja učinkovitosti

Uvjeti koje isticane učinkovitosti moraju ispunjavati da bi bile uzete u obzir, definirani su Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija. Sukladno smjernicama takve učinkovitosti kumulativno moraju biti na dobrobit potrošača, specifične za predmetnu koncentraciju i dokazive.⁷³

a) Dobrobit potrošača

Prvi je od uvjeta da učinkovitosti moraju biti na korist potrošača. Ovdje je bitno napomenuti da se pojam potrošača u kontekstu koncentracija razlikuje od njegovog opće prihvaćenog značenja. Naime, dok se pod pojmom potrošači inače podrazumijevaju krajnji korisnici roba i usluga, u predmetnom kontekstu se pod pojmom potrošači podrazumijevaju i posredni i konačni potrošači što dakle uključuje i kupce sudionika koncentracije.⁷⁴ Navedeno odstupanje od iznimne je važnosti budući da do koncentracije može doći na izvornom tržištu sirovina. U tom bi slučaju bilo gotovo nemoguće dokazati prelijevanje učinkovitosti na krajnje potrošače uzevši u obzir cijeli distributivni lanac do krajnjeg potrošača koji nije pod kontrolom sudionika koncentracije. Iz navedenoga razloga smatra se da ukoliko učinkovitosti budu prenesene na neposredne kupce sudionika koncentracije tada postoji vjerojatnost prelijevanja dalje u distributivnom lancu do krajnjeg potrošača. Stoga se takvi kupci smatraju potrošačima u smislu odredbi Uredbe i Smjernica.

Uvjet prijenosa koristi na potrošače izraz je već spomenutog izbora modela blagostanja. Europska unija kao i mnoge druge jurisdikcije, poglavito SAD, opredijelila se za potrošačevo blagostanje⁷⁵ umjesto sveukupnog blagostanja⁷⁶ kao standarda ocjene koncentracija i uopće prava tržišnog natjecanja.⁷⁷ Čitajući odredbu 2(1)(b) Uredbe 139/2004 dalo bi se zaključiti da koristi od koncentracije moraju biti u cijelosti prenesene na potrošače. Smjernice međutim nude nešto fleksibilnije rješenje. Prema Smjernicama, "mjerodavno polazište u ocjeni navoda o učinkovitostima jest da potrošači slijedom provedbe koncentracije *neće doći u lošiji položaj*. U tu svrhu učinkovitosti bi trebale biti znatne i pravovremene te bi u načelu trebale predstavljati dobrobit za potrošače na mjerodavnim tržištima na kojima je inače vjerojatna pojava problema u smislu tržišnog natjecanja."⁷⁸ Drugim riječima, danas čak i one koncentracije čije su učinkovitosti znatne i pravovremene, ali ne dovode

73 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 78.

74 Ibid., bilj. 105.

75 Model potrošačevog blagostanja temelji se na raspodjeli bogatstva u društvu. Smatra se da treba uzeti u obzir samo one učinkovitosti koje su prenesene na potrošače. Vidi više Poščić, A., *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja.*, op. cit.

76 Model sveukupnog blagostanja raspodjelu bogatstva u društvu sagledava neutralno. Prema ovom modelu trebale bi se uzeti u obzir sve učinkovitosti bez obzira jesu li one prenesene na potrošače ili koriste samo proizvođačima. Vidi više loc. cit.

77 O jednostavnom ekonomskom objašnjenju modela blagostanja vidi Faull, J., Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, 2nd. ed., Oxford University Press, 2007., Poglavlje I (1).

78 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 79.

nužno potrošače u bolji položaj, već im omogućavaju zadržavanje stanja postojećeg prije provedbe koncentracije smatrat će se prenesene na potrošače i time će sudionici koncentracije zadovoljiti kriterij prijenosa dobiti na potrošače. Održavanje *status quo* stanja na strani potrošača, kao rezultata znatnih učinkovitosti, nije u praksi zadovoljavalo kriterij prijenosa, stoga navedeno rješenje predstavlja novinu u odnosu na prethodnu praksu.⁷⁹ Očito je preduvjet ovakvog ishoda da učinkovitosti budu znatne i pravovremene. Smjernice međutim ne definiraju kada su učinkovitosti znatne i pravovremene, već umjesto toga nude niz primjera učinkovitosti koje bi mogle zadovoljiti navedeni kriterij. Tako se u Smjernicama navodi da će troškovne uštede u proizvodnji, odnosno distribuciji koje dovode do smanjenja varijabilnih ili graničnih troškova biti od veće važnosti od smanjenja fiksnih troškova.⁸⁰ Nadalje, ističe se da što se kasnije u budućnosti očekuje ostvarenje učinkovitosti to će iste više gubiti na ocjeni Komisije, što upućuje na kratkoročnu analizu učinkovitosti.⁸¹ Navedeno stajalište ima svoje uporište u ekonomskoj teoriji, iako kod kratkoročnih učinkovitosti teoretska granica između fiksnih i varijabilnih troškova može biti iznimno tanka stoga se preporuča dugoročna analiza.⁸² Međutim, koje vremensko razdoblje se može smatrati kratkoročnim, a koje dugoročnim nije nigdje definirano i može se tumačiti na različite načine. Odluka Komisije da ostavi otvoreno navedeno pitanje unatoč različitim sugestijama,⁸³ smatra se mudrom odlukom, jer se na taj način otvara mogućnost odlučivanja prilagođeno potrebama svakog konkretnog predmeta, ovisno o tomu koje vrste učinkovitosti se ističu.⁸⁴ Osim troškovnih ušteda, Komisija će uzeti u obzir i učinkovitosti koje su rezultat istraživanja i razvoja jer je za potrošače korisno uživati u novim ili poboljšanim proizvodima.⁸⁵

Nadalje, Smjernicama se ističe da je ocjena prelijevanja učinkovitosti na potrošače vezana uz postojanje konkurentskih pritisaka i potencijalnog ulaska na tržište, pri čemu se Komisija koristi *sliding scale* analizom, prema kojoj učinkovitosti moraju biti znatnije, vjerojatnije i u dovoljnoj mjeri prenesene na potrošače, što

79 Vidi Predmet IV/M126, *Accor/Wagons-Lits*, O.J. L 204/1, 28/04/1992, § 26.; Predmet IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, § 69.; Predmet IV/M774, *Saint-Gobain /Wacker-Chemie/NOM*, O.J. L 247/1, 10/09/1997, § 214.

80 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 80.

81 Ibid., toč. 83.

82 De la Mano, M., *For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control*, Enterprise Papers No.11 European Commission, 2002., § 31. citirano u Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., § 24.

83 Predloženo je vrijeme od četiri godine kao prikladni kratkoročni rok, dok je vrijeme od 20 godine, u svakom slučaju predviđen kao predugi vremenski rok ostvarenja učinkovitosti. Vidi Hawk, B. E., *Substantive Standards for Mergers and the Role of Efficiencies*, op. cit., str. 319.-332.

84 Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., § 23.

85 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 81.

su veći negativni pritisci.⁸⁶ Upravo iz navedenoga razloga, malo je vjerojatno da će gotovo monopolistička koncentracija moći biti ocijenjena pozitivno, budući da postoji presumpcija prema kojoj kod takvih koncentracija koristi od učinkovitosti ne bi bile dovoljne za uravnoteženje mogućih protutržišnih učinaka.⁸⁷ Navedeno ne znači nužno da ni u kojoj situaciji sudionici gotovo monopolističke koncentracije neće moći dokazati učinkovitosti, već samo da je navedena presumpcija prilično jaka, što čini još težim i inače teško dokazivanje učinkovitosti, a samim time i manje vjerojatnim.⁸⁸

Općenito, u ekonomskoj teoriji uvjet prijenosa učinkovitosti na potrošače jako je kritiziran, no za očekivati je da će on i dalje ostaje kamen temeljac ocjene koncentracija, budući da je isti odraz moralne vrijednosti izabranog standarda, a ne njegove ekonomske opravdanosti.⁸⁹

b) Specifičnost koncentracije

Osim što učinkovitosti moraju biti prenesene na potrošače, da bi se uzelo u obzir kao element protuteže negativnim učincima koncentracije, moraju biti specifične za konkretnu koncentraciju i biti dokazive. Učinkovitosti specifične za koncentraciju su one koje su „izravna posljedica prijavljene koncentracije i ne mogu do odgovarajuće mjere biti postignute na načine koji bi bili manje suprotni načelima tržišnog natjecanja“.⁹⁰ Za razliku od prelijevanja koristi na potrošače, uvjet specifičnosti koncentracije ne proizlazi iz izbora standarda blagostanja, već iz proporcionalnosti kao općeg

86 Ibid., toč. 84. U praksi je Komisija imala različite pristupe. Tako je primjerice u predmetu IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991 Komisija procijenila da učinkovitosti od 0.5% post-koncentracijskog prihoda nisu znatne, dok je u predmetu COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006, Komisija ocijenila znatnima, učinkovitosti između 0 i 5% neto prodaje poduzetnika. Navedeni pristup odraz je pristupa „klizne skale“ uslijed kojega determinacija znatnosti varira od slučaja do slučaja. Vidi također Davies, J., Schlossberg, R., Bo Jaspers, M., Scholomiti, K., Freshfields Bruckhaus Deringer, *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, Getting the Deal Through – merger control 2007.

87 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 84. Međutim, u predmetu COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006, Komisija je uzela u obzir učinkovitosti u koncentraciji koja je vodila duopolu.

88 Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., 19.-27.

89 Ibid. § 24 iznosi sljedeću analizu: „*Although the passing-on is a constituent element of the consumer welfare standard it is heavily criticised as having absolutely no basis in economic theory. The requirement has been very lucidly described by Pitofsky who has labelled it a killer qualification, which is satisfied only in a highly competitive market, where the merger would not raise concerns anyway. This observation is directly relevant for the Guidelines which claim that the degree of pass-on is often related to the existence of competitive pressures. The problem with such an assertion is not only that it precludes efficiency claims exactly in the cases in which they would matter; but also that it runs against the finding that the degree of pass-on increases with the market power of the merged undertaking and that even a monopolist will pass on cost savings to a significant degree. In addition, the evidence of passon is rarely available, which is why the burden of proof is likely, in practice, to be insurmountable for the undertakings concerned.*“

90 Smjernice toč. 85.

načela europskoga prava.⁹¹ Načelo proporcionalnosti nalaže da se pojedine aktivnosti ne smiju poduzimati ukoliko se željeni cilj može postići manje ograničavajućim sredstvima. Prilikom odlučivanja o tom pitanju, Komisija će uzeti u obzir samo one alternative koje su praktične i razumne u konkretnoj situaciji i predmetnoj djelatnosti⁹² nastojeći tako izbjeći situacije u kojima će se zabraniti koncentracija poduzetnika radi postajanja samo teoretske mogućnosti da se učinkovitosti postignu na neki manje ograničavajući način.⁹³ Naime, primjena isključivo hipotetskih alternativa mogla bi rezultirati potpunim izostankom učinkovitosti, čime bi se najviše naštetilo onima koje se nastoji zaštititi - potrošačima.

Iako na prvi pogled navedeno pravilo ne predstavlja analitički problem, ipak mu se mogu istaknuti dva bitna nedostatka. Za početak, odlučivanje o postojanju manje ograničavajućih sredstava za postizanje istih ciljeva ili učinaka, neminovno znači preispitivanje gospodarskih odluka sudionika koncentracije od strane Komisije. Takva praksa je vrlo sporna iz perspektive poduzetnika, budući da se primjenom predmetnog pravila Komisiji otvara prostor miješanja u poslovnu slobodu poduzetnika.⁹⁴ Drugi problem predmetnog pravila je teret dokaza. Naime, teret dokazivanja nepostojanja manje ograničavajuće mjere leži na sudionicima koncentracije.⁹⁵ Ovaj dokazni zahtjev predstavlja veliku prepreku strankama, jer je u pravilu teže dokazati nepostojanje manje ograničavajućih mjera od dokazivanja samih učinkovitosti.⁹⁶ Iz navedenoga razloga puno bi bolje rješenje bilo kada bi teret dokazivanja manje ograničavajućih mjera bio na Komisiji, kao tijela čiji je zadatak u ovom konkretnom kontekstu, preispitivanje odluka sudionika koncentracije.⁹⁷

91 Luescher, C., *Efficiency considerations in european merger control- Just another battle ground for teh european Commission, economists and competition lawxwrs?*, European Competition Law Review, 2004, E.C.L.R. 2004, 25 (2), 72-86, § 84.

92 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 85. Isti pristup nalazimo i u SAD-u. US Merger Guidelines, op. cit., sec. 4, navode sljedeće: "Agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects [...] Only alternatives that are practical in the business situation faced by the merging firms will be considered."

93 Pristup je istovjetan onome u SAD-u, Vidi, Hausman, J. A, Leonard, G. K., *Efficiencies from the Consumer Viewpoint*, 1999, 7 George Mason L. Rev. 707, § 719.

94 Green Paper on the Review of Regulation 4064/89--Summary of the Replies Received, § 123. donedavno dostupno na http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/summary_publication.pdf.

95 Smjernice, toč. 85.

96 Yao, D. A., Dahdouh, T. N., *Information Problems in Merger Decision Making and Their Impact on Development of an Efficiency Defense*, 1993., 62 Antitrust L.J. 23, § 41.-42.

97 Kocmut, ističe da bi navedeno rješenje bilo logičnije uzevši u obzir činjenicu da postojanje manje ograničavajućih mjera nije okarakterizirano asimetričnošću informacija na strani poduzetnika, što je najčešći razlog postavljanja tereta dokaza na poduzetnike u postupku. U ovoj konkretnoj situaciji radi se o problemu nepostojanja vjerodostojnih podataka. Vidi Kocmut, M., op. cit., § 26.

c) *Dokazivost*

Posljednji je od uvjeta uzimanja u obzir učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija, dokazivost. Sudionici koncentracije moraju uspješno dokazati da će se isticane učinkovitosti zaista i materijalizirati. Razlog tomu je prospektivna priroda ocjene dopuštenosti koncentracija. Naime, ocjena dopuštenosti koncentracija rezultat je simulirane procjene, budući da se o koncentraciji odlučuje prije njene provedbe. Kako je to slučaj sa svim predviđanjima, tako je i s učinkovitostima. Postoji mogućnost da se ne realiziraju u stvarnosti.⁹⁸ Štoviše, to je često slučaj.⁹⁹ Iz tih razloga potrebno je, koliko je to moguće, potkrijepiti dokazima ostvarivost i vjerojatnost realizacije isticanih učinkovitosti. Stupanj dokazivosti nužno je relativiziran, pa tako Smjernice navode da „učinkovitosti moraju biti dokazive na način da Komisija može u *razumnoj mjeri* biti sigurna da je ostvarenje učinkovitosti vjerojatno, te dovoljno značajno da suzbiju moguću štetu koncentracije za potrošače [...]. Ako je to razumno moguće, učinkovitosti i proizašle dobrobiti za potrošače trebale bi stoga biti kvantificirane.“¹⁰⁰ Kvantitativnom metodom nastoji se identificirati minimum neophodnih učinkovitosti koje će osigurati da koncentracija neće rezultirati povećanjem cijena u odnosu na cijene koje bi postojale da ne dođe do provedbe koncentracije.¹⁰¹ Kvantifikacija učinkovitosti postaje problematična kada učinkovitosti nisu rezultat troškovnih ušteda, već poboljšanih proizvoda i usluga koje je iznimno teško kvantificirati. U tim slučajevima, kada neophodni podaci za kvantitativnu analizu nisu dostupni, Smjernice predviđaju da mora biti moguće predvidjeti jasno utvrdivi i pozitivni, a ne tek neznatni, učinak na potrošače.¹⁰² Što se pak tiče vrsta dokumenata, koje mogu poslužiti kao dokazni materijal, Smjernice ističu posebno „interne dokumente koje je menadžment koristio kod odlučivanja o koncentraciji, izjave menadžmenta za vlasnike i financijska tržišta o očekivanim učinkovitostima, povijesne primjere učinkovitosti i dobrobiti za potrošače, kao i studije vanjskih stručnjaka, izrađene prije provedbe koncentracije, o vrsti i veličini dobitaka od učinkovitosti koji će vjerojatno biti na dobrobit potrošača.“¹⁰³ Ova lista nije iscrpna, već predstavlja primjere onih dokumenata koji su najčešće u posjedu sudionika koncentracije budući da se najčešće radi o aktima kojima su se poduzetnici

98 Iz navedenoga razloga u znanstvenim krugovima isticao se često prijedlog uvođenja post koncentracijske provjere ostvarenja navodnih učinkovitosti. Vidi Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A* op. cit., str. 289. sa pripadajućom bilješkom 386.

99 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, op. cit., str. 442.; Ravenscraft D. J., Scherer, F. M., *Mergers, Sell'offs, and Economic Efficiency*, Brookings Institute, Washington D.C., 1987. citirano u Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A* op. cit., str. 289.

100 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 86.

101 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, op. cit., str. 442.-443.; Vidi, Dalkir and Warren-Boulton, *Prices, Market Definition, and the Effects of merger Staples-Office depot (1997)*, objavljeno u Kwoka & White eds., *The Antitrust Revolution*, 3rd ed., Oxford University Press, 1999.

102 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 87.

103 *Ibid.*, toč. 88.

služili za donošenje poslovnih odluka. Stoga, osim što ih ne bi trebalo biti teško predočiti, njihovo prikupljanje ne bi trebalo iziskivati dodatne troškove za stranke u postupku.

2.1.3. *Praksa u EU nakon reforme iz 2004. godine*

Kao što je istaknuto, do reforme iz 2004. godine bilo je gotovo nemoguće dokazati učinkovitosti koje bi neutralizirale negativne posljedice na tržišnom natjecanju. Štoviše, često je ishod dokaznog postupka išao strankama na štetu na način da je Komisija koristila vjerojatne i znatne učinkovitosti kao dokaz postojanja protutržišnog učinka. Međutim, reformom iz 2004. godine zakonodavni okvir uvelike se promijenio, ostavljajući prostora za novi analitički pristup i liberalnije odlučivanje povodom isticanih učinkovitosti. Unatoč toj činjenici i velikim nadama koje su nastale reformom, praksa Komisije gotovo da se i nije izmijenila. Od 2004. do danas Komisija niti u jednom predmetu nije učinkovitostima dala presudnu ulogu u donošenju odluke.

U više navrata Komisija je raspravljala o učinkovitostima, vodeći se uspostavljenim kriterijima, ali stranke nisu uspjele učinkovitostima dokazati da koncentracija ipak ne bi značajno narušila tržišno natjecanje. U rijetkim slučajevima, učinkovitosti su ipak bile jedan od razloga neosporavanja koncentracije. Možda najuvjerljivija odluka u tom smislu je *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*¹⁰⁴ iz 2006. godine. Radi se o predmetu, koji se sastojao od koncentracije dvaju poduzetnika na tržištu kartonske ambalaže, koja je za posljedicu imala pretvaranje prethodno oligopolističkog tržišta u duopolističko, ostavljajući uz sudionike koncentracije samo još jednog značajnog poduzetnika, Stora Enso, koji je i nakon koncentracije održao vladajući položaj na mjerodavnom tržištu.¹⁰⁵ U ovom predmetu bila je osobita i struktura mjerodavnog tržišta na strani potražnje, koja je također bilježila jednog velikog kupca, Tetra Pak¹⁰⁶ i dva manja, Combibloc i Elopak. Unatoč očito nepovoljnoj strukturi tržišta Komisija je već u prvoj fazi postupka ocijenila koncentraciju usklađenom sa zajedničkim tržištem, ponajviše temeljem značajne kupovne snage Tetra Paka.¹⁰⁷ Također je bila bitna visoka zamjenljivost ponude, činjenica da dva poduzetnika koncentracije nisu bili međusobno najbliži konkurenti, da bi koncentracija poduzetnicima omogućila efikasnije natjecanje s trećim poduzetnikom na tržištu nego što bi to mogli zasebno, kao i rastući kompetitivni pritisak izvan EEA. Između svih navedenih elemenata Komisija se osvrnula i na isticane učinkovitosti. Naime, stranke u postupku isticale su niz učinkovitosti poput proširenja proizvodnog asortimana, troškovnih ušteda,

104 COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006.

105 Ibid., toč. 28.-29.

106 Bilo je procijenjeno da 50 -70% ukupne potrošnje relevantnog proizvoda otpada na Tetra Pak. Vidi toč. 44. odluke.

107 Tako se smatralo da će upravo Tetra Pak kao najveći kupac, potaknuti utakmicu između dobavljača radi manjeg stupnja ovisnosti o njima, naravno pod uvjetom da ne dođe do koordiniranih učinaka. Vidi toč. 46. Osim toga smatralo se da poduzetnici na mjerodavnom tržištu neće diskriminirati preostale kupce budući da bi na taj način Tetra Pak postao monopsoni kupac. Vidi toč. 52.

smanjenja troškova osoblja, poboljšanja proizvoda kao i koristi istraživanja i razvoja.¹⁰⁸ U svrhu dokaza, stranke su predočile Komisiji preliminarni sporazum sklopljen s Tetra Pakom u pogledu isporuka za razdoblje između 2006. i 2009. godine, koji je sadržavao posebne odredbe za slučaj provedbe koncentracije.¹⁰⁹ Iako je sama Komisija istaknula da se javljaju mnoga pitanja vezana uz učinkovitosti koja se ne mogu razriješiti u prvoj fazi postupka, zaključila je, da je realistično za pretpostaviti da će koncentracija proizvesti određene učinkovitosti iz povećanja asortimana.¹¹⁰ Poseban značaj dala je predočenom sporazumu s Tetra Pakom te činjenici općenitog izostanka negativnih posljedica koncentracije na kupce, zaključujući time da su isticane učinkovitosti vjerojatne i da će biti prenesene na potrošače.¹¹¹ Konačno, Komisija je zaključila da je time „*pojačan*“ zaključak da koncentracija neće bitno narušiti tržišno natjecanje,¹¹² čime ukazuje na činjenicu da se radi samo o jednom dodatnom argumentu, odnosno dokazu, da koncentraciju treba proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem, ali nikako ne odlučujućim.

Vidljivo je da, iako se Komisija referirala na isticane učinkovitosti, nije se upustila u detaljnije obrazlaganje što je iznimna šteta budući da je ovo jedan od rijetkih primjera uspješno dokazanih učinkovitosti od strane poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija.¹¹³

Možda je ipak nešto reprezentativnija odluka *Inco/Falconbridge*¹¹⁴ iz 2006. godine, u kojoj stranke nisu bile uspješne u isticanju učinkovitosti. U navedenom predmetu raspravljalo se o koncentraciji čija je implementacija bila sporna na mjerodavnom tržištu nikla i kobalta. Stranke u postupku isticale su niz troškovnih učinkovitosti koje bi proizašle iz optimizacije procesuiranja sirovina u Kanadi gdje su oba poduzetnika imala svoje rudnike, a što bi rezultiralo povećanjem proizvodnje po nižim troškovima na trajnoj osnovi.¹¹⁵ Nadalje, stranke su istaknule

108 Ibid., toč. 57.-58.

109 Ibid., toč. 59.

110 *The submission by the parties raises a lot of issues, which cannot be fully assessed within the context of a first phase investigation, in particular with respect to savings in input costs and staff reduction. Nevertheless, it appears realistic to assume that the allocation of production among the increased portfolio of machines will indeed allow the merged entity to increase overall production on the machines (for instance by running longer batches thereby reducing time spent on switching).* Toč. 62. odluke.

111 *In light of the abovementioned term sheet agreement with Tetra Pak and on the general absence of concern about the transaction among customers, the Commission considers that the parties have sufficiently established that this category of efficiencies is likely to occur and be passed on to consumers.* Toč. 63. odluke.

112 *These efficiencies are thus likely to enhance the ability and incentive of the merged entity to act pro-competitively for the benefit of consumers, and therefore strengthen the conclusion that the proposed transaction will not significantly impede effective competition as a result of non coordinated effects.* Toč. 64.

113 Vidi, Davies, J., Schlossberg, R., Bo Jaspers, M., Scholomiti, K., Freshfields Bruckhaus Deringer, *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, op. cit.

114 Predmet COMP/M.4000 *Inco/Falconbridge*, O.J. L 072, 13/03/2007.

115 Ibid., toč. 532.

niz učinkovitosti u vidu optimiziranja radne snage, ušteda u nabavi i ekonomije obujma.¹¹⁶ Komisija je pregledala interne studije stranaka u postupku, temeljem kojih je zaključila da su učinkovitosti kvantificirane i dobro potkrijepljene, kako je vjerojatno da će biti realizirane, međutim da se bez obzira na to ne mogu uzeti u obzir budući da nisu specifične za koncentraciju i nije vjerojatan njihov prijenos na potrošače.¹¹⁷ Naime, Komisija je smatrala da navedene učinkovitosti mogu biti postignute manje protutržišnim načinom, primjerice formiranjem zajedničkog pothvata, što je značilo da stranke nisu uspjele dokazati da su isticane učinkovitosti specifične za koncentraciju.¹¹⁸ Osim toga, Komisija je smatrala malo vjerojatnim da će u lancu proizvodnje nikla, učinkovitosti na uzlaznom tržištu (tržištu sirovina) biti prenesene na potrošače na silaznom tržištu gdje bi sudionici koncentracije imali gotovo monopolistički položaj.¹¹⁹ Kao što je istaknuto ranije, Smjernice propisuju da je malo vjerojatno da će koncentracija, koja dovodi do tržišnog položaja, koji je gotovo monopolistički moći biti ocijenjena kao sukladna zajedničkom tržištu iz razloga što bi dobici od učinkovitosti bili dostatni da uravnoteže moguće protutržišne učinke.¹²⁰ U navedenom predmetu, Komisija je detaljno obradila sve navode povodom učinkovitosti, temeljeći svoju analizu na Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija. Međutim prag dokazivanja pokazao se previsokim za stranke.

Ukazuje li ovakva praksa na zadržanu sumnjičavost Komisije prema pozitivnim učincima učinkovitosti, na nesposobnost stranaka da dokažu svoje tvrdnje, ili iznimnu rijetkost situacija u kojima bi učinkovitosti zaista rezultirale jačanjem tržišnog natjecanja koje bi suzbijalo negativne učinke na konkurenciju, teško je reći. Ostaje činjenica da unatoč reformi, u praksi Komisije nije došlo do značajnih pomaka, pa se postavlja pitanje u kojem pravcu bi se trebala razvijati praksa hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

3. Učinkovitosti prema hrvatskom pravu tržišnog natjecanja

Trenutno važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja¹²¹ u Republici Hrvatskoj donesen je 2003. godine i ostaje na snazi do listopada 2010. godine kada će biti zamijenjen novim i u mnogočemu poboljšanim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja.¹²² Tako se novim Zakonom mijenja i normativni pristup učinkovitostima u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Međutim, za razliku od europskih pravila kojima se taj pristup liberalizira, u Hrvatskoj je u tijeku drugačiji proces. Novim zakonom izbacuje se izričito prihvaćanje učinkovitosti kao faktora protuteže inače protutržišne koncentracije. Razlog tomu nije zanemarivanje europskih zakona

116 Ibid., toč. 533.

117 Ibid., toč. 536.

118 Ibid., toč. 539.-542.

119 Ibid., toč. 543.-549.

120 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 84.

121 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003.

122 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/2009.

i trendova već sasvim suprotno, izjednačavanje normativnog dijela prava tržišnog natjecanja sa standardima EU. Naime, hrvatski se zakonodavac svojim Zakonom iz 2003. godine odlučio za eksplicitno priznavanje učinkovitosti što se može smatrati bitnim odstupanjem od tadašnjih, a djelomično i sadašnjih odredbi Europskog prava tržišnog natjecanja. Naime, člankom 18. Zakona navodi se da su „zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika, pojedinačno ili skupno, ako mogu značajno utjecati na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, *osim u slučaju ako sudionici koncentracije dokažu da će ta koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja na tržištu koje će biti značajnije od negativnih učinaka stvaranja ili jačanja njihovoga vladajućeg položaja*“.

Dok se prvi dio norme sastoji od testa vladajućeg položaja, u potpunosti usklađenim s tada važećom Uredbom 4064/89, drugi dio citirane norme odnosi se na učinkovitosti kao faktoru protuteže inače nedopuštene koncentracije¹²³ koji, na kritiku mnogih autora,¹²⁴ nije našao svoje mjesto u Uredbi 4064/89 kao niti u tadašnjoj praksi Komisije ili Europskog suda. Prethodno je prikazano da su se učinkovitosti u praksi koristile kao dokaz povrede, odnosno dokaz stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja (*tzv. efficiency offence*). Imajući u vidu da su se test vladajućeg položaja i učinkovitosti međusobno isključivali u europskoj praksi, u kontekstu harmonizacije prava moglo bi se zaključiti da je norma koja predviđa učinkovitosti kao protutežu značajnom narušavanju tržišnog natjecanja utvrđenog temeljem testa vladajućeg položaja, kako to predviđa članak 18. hrvatskog Zakona iz 2003. godine, *per se* kontradiktorna i neusklađena s europskim pravilima.

Uпитno je, međutim, je li formulacija hrvatskog Zakona zaista neusklađena s Uredbom 4064/89 i kontradiktorna u pogledu njezinog mogućeg ishoda ili je navodna neusklađenost rezultat neočekivane primjene testa vladajućeg položaja u EU, odnosno načina na koji je isti bio kombiniran s uvjetima članka 2(1)(b). Drugim riječima, je li

123 Isto tumačenje nudi i Babić, B., *Reforma hrvatskog prava tržišnog natjecanja – pogled odvjetnika*, povodom Međunarodne konferencije “Stanje i perspektive hrvatskog prava tržišnog natjecanja“, 23.09.2008., Zagreb, dostupno na <http://www.hok-cba.hr/Default.aspx?art=265&sec=164>, 13. 12. 2009., str. 3. ističući pogrešnu interpretaciju navedenoga članka od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, koja u Napatku u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, Klasa 011-2/2005-01/17, studeni 2005. str. 10. navodi sljedeće: „Zbog obveze RH da propise o tržišnom natjecanju uskladi s pravnom stečevinom EU, koncept značajnog narušavanja tržišnog natjecanja kao razlog nedopuštenosti koncentracija prihvaćen je u hrvatskom ZZTN iz 2003. godine“, pozivajući se pritom na članak 18. Zakona iz 2003. godine. Ovdje se nameće pitanje kako je bilo moguće uskladiti hrvatski Zakon iz 2003. godine s europskim zakonodavnim rješenjima usvojenim tek 2004. godine. Navedeni dio norme mogao bi imati jedno drugo alternativno tumačenje prema kojemu se jezična formulacija ne odnosi samo na učinkovitosti, već sve ostale faktore protuteže, *tzv. „countervailing factors*“. Autor je međutim, stajališta da bi takvo tumačenje bilo preširoko i stoga svoju argumentaciju ne temelji na istome.

124 Vidi npr. Gottlieb et al., *Merger Efficiencies and Remedies*, in *The International Comparative Legal Guide to Merger Control 2007*, Global legal group, London, 2007., str. 10. Obranu konceptualno treba razlikovati od pobijanja oborive pretpostavke.

europski *efficiency offence* bio jedini i neminovan rezultat jezične formulacije Uredbe 4064/89, ili se temeljem postojećih pravila mogao postići i drugi rezultat? Ukoliko je postojao prostor za priznavanje pozitivne uloge učinkovitosti, tada hrvatski pristup učinkovitostima ne moramo nužno smatrati neusklađenim budući da samo normira mogući ishod isticanja učinkovitosti do kojeg se u europskoj praksi moglo doći interpretativnom metodom.

Kao što je ranije prikazano, pokazalo se da je praktična nemogućnost uspješnog isticanja učinkovitosti u europskoj praksi proizašla velikim dijelom iz činjenice da drugi stupanj testa vladajućeg položaja nije zadobio značaj koji mu je izvorno bio namijenjen. Podsjetimo se da prema navedenom testu, zabranjena je bila ona koncentracija koja je stvarala ili jačala vladajući položaj na tržištu, a što je za posljedicu moglo imati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.¹²⁵ U prvom stupnju trebalo je utvrditi hoće li koncentracija dovesti do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, a u drugom hoće li to prouzrokovati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.¹²⁶ U praksi se, međutim, pokazalo da je najčešće uzročna veza između vladajućeg položaja i značajnog narušavanja tržišnog natjecanja bila presumirana.¹²⁷ Drugim riječima, druga razina testa postala je suvišna¹²⁸ budući da je prevladala pretpostavka po kojoj se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušavalo tržišno natjecanje.¹²⁹

Da je u svakom konkretnom slučaju zasebno bio dokazivan značajni utjecaj koncentracije na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, pozitivan ishod isticanih učinkovitosti bio bi moguć. To bi značilo da one koncentracije koje stvaraju ili jačaju vladajući položaj ne narušavaju nužno tržišno natjecanje, već sasvim suprotno, mogu ga jačati ukoliko su sposobne generirati značajne učinkovitosti. U biti je pretpostavka iza testa vladajućeg položaja, a ne jezična formulacija Uredbe 4064/89 ona koja je onemogućila uzimanje u obzir učinkovitosti. Tek 2004. godine, uvođenjem testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, postaje oboriva pretpostavka da stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja

125 Članak 2(3) Uredbe 4064/89 u izvorniku glasi: *A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.*

126 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, European Commission, 2006., str. 3 dostupno na, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economy/mis/new_substantive_test.pdf, 11.12. 2009., Bellamy & Child, *European Community law on Competition*, 6th ed. Oxford University Press, 2008. str. 747, § 8. 195. Združeni predmeti C-68/94, *French Republic v. Commission* and Case C-30/95 *Société Commerciale et de l'Azote (SCPA) and Enterprise Minière et Chimique (EMC) v. Commission*.

127 Npr. u predmetu T- 210/01GE v. *Commission* [2005] ECR II-5575, [2006] 4 CMRL 686 sud je utvrdio da jačanje vladajućeg položaja može samo po sebi značajno narušiti tržišno natjecanje, § 86.

128 Vidi npr. Basedow, J., *The Modernization Of European Competition Law: A Story Of Unfinished Concept*, op. cit., str. 433.; Rinckens, A., *Welfare Standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defence*, op. cit., str. 17.

129 Monti, G., *EC Competition law*, Cambridge University Press, 2007., str. 249.

može značajno narušiti tržišno natjecanje čime se otvara prostor uspješnog isticanja učinkovitosti. U hrvatskom pravu taj je ishod bio moguć i bez reforme postojećih pravila. Naime, izričita kombinacija testa vladajućeg položaja s učinkovitostima dovela je do toga da se pretpostavka testa vladajućeg položaja smatra oborivom, što odgovara željenom rezultatu novouvedenog testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja u EU. Još značajnije, eksplicitnim se normiranjem mogućeg pozitivnog ishoda isticanja učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija onemogućilo kreiranje jako kritiziranog koncepta „povrede učinkovitostima“ kakav je to bio slučaj u EU. Da je to zaista imalo takav epilog i u praksi, svjedoči činjenica da niti u jednoj odluci Agencije od 2004. godine do danas učinkovitosti nisu korištene kao dokaz protutržišnog učinka koncentracije.

Mogućem pozitivnom tretmanu učinkovitosti pridonijela je i formulacija članka 25. Zakona iz 2003. godine, koji je u cijelosti preuzet novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. Navedena odredba propisuje da prilikom ocjene koncentracije Agencija razmatra moguće prednosti i učinke, koje bi nastupile provedbom koncentracije, te moguće zapreke za pristup tržištu, a osobito [...] strukturu mjerodavnog tržišta, *postojeće i moguće druge učinke koncentracije na ostale poduzetnike, a osobito s obzirom na pogodnosti za potrošače, te ostale ciljeve i učinke namjeravane koncentracije, kao što su smanjivanje cijene robe i usluga, skraćivanje tokova distribucije, smanjenje troškova prijevoza i distribucije te drugih troškova, specijalizacija proizvodnje, te druge pogodnosti koje su u izravnoj svezi s provedbom koncentracije.* Moglo bi se reći da je ponuđena formulacija Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, elaborirana lista najčešćih načina razvoja tehničkog i gospodarskog napretka i stoga predstavlja proširenu verziju „tehničkog i gospodarskog razvoja“ iz članka 2(1)(b) Uredbe o koncentracijama, s tom razlikom da se nigdje ne propisuje uvjet prema kojemu napredak ne smije predstavljati prepreku tržišnom natjecanju. Izostavljanje navedenoga uvjeta pokazalo se iznimno mudrom odlukom zakonodavca, budući da je u europskom pravu od samih početka navedeni uvjet predstavljao najveću prepreku primjeni predmetne norme. Kako se ne radi o slučajnom ili nepreciznom normiranju od strane hrvatskog zakonodavca vidi se i iz Napatka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika¹³⁰. Navedeni je dokument izradila Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja i iako isti nema značaj podzakonskog akta, njime se nastoji upoznati poduzetnike s analizom ocjene dopuštenosti koncentracija pred Agencijom. Naputak se, između ostalog, osvrće i na učinkovitosti ili točnije, „obrani po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“ u kojem se precizno definira da će Agencija „kao pozitivne učinke koncentracije prihvatiti isključivo one sinergijske učinke kojima se stvaraju pogodnosti za potrošače i to samo ako podnositelj prijave dostavljanjem kvantitativnih analiza i drugih dokaza učini

130 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa 011-02/2004-01/15, srpanj 2004.; dostupno na http://www.aztn.hr/pdf-novo/uredbe_vlade/7.4.pdf, 12/01/2010.

uvjerljivim da će takve pogodnosti nastupiti.“¹³¹ Kao što je vidljivo, Agencija zahtijeva da učinkovitosti idu na korist potrošača baš kao i u EU, ali ne zahtijeva da navedene učinkovitosti istovremeno ne predstavljaju zapreku tržišnom natjecanju, držeći se tako duha Zakona i izbjegavajući zamku članka 2(1)(b). Za razliku od europskih pravila, članak 25. Zakona, obuhvaća tipične koristi koje proizlaze i iz horizontalnih i nehorizontalnih koncentracija, a odnose se na kvalitativne i kvantitativne učinkovitosti. Tim je putem hrvatski zakonodavac obvezujućim pravnim aktom strukturirao učinkovitosti u smislu neiscrpe liste mogućih učinaka koji bi se u konkretnoj koncentraciji mogli smatrati pozitivnim učinkom koji bi prevagnuo u odnosu na protutržišni učinak namjeravane koncentracije. U Europskoj uniji ne postoje obvezujuće pravne norme kojima se strukturiraju pozitivni učinci koncentracija. Jedina objašnjenja u tom smislu sadržana su u Smjernicama o horizontalnim, odnosno nehorizontalnim koncentracijama koja, iako djeluju snagom svoje uvjerljivosti ipak nisu obvezujući pravni akti.

U kontekstu učinkovitosti, hrvatskom zakonu iz 2003. se ipak može uputiti jedna kritika. Naime, sukladno članku 18. neće biti zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj i time značajno utječe na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, *osim u slučaju* ako sudionici koncentracije dokažu pozitivne učinke koji će prevladavati u odnosu na negativne učinke. Učinkovitosti su tretirane kao jedini razlog mogućeg dopuštanja inače antikompetitivne koncentracije. Činjenice međutim ukazuju da to nije slučaj. Osim učinkovitosti, postoji još jedan izuzetak od zabrane provedbe koncentracija koje znatno utječu na tržišno natjecanje, poznat hrvatskom i europskom pravu, a koji je razvijen kroz praksu europskih sudova.¹³² To je tzv. *failing firm defence*, odnosno „obrana po kriteriju opadajućeg poslovanja“, koja je bila temeljem dopuštanja broja koncentracija pred Agencijom.¹³³ Dopuštanje koncentracije u tim slučajevima motivirano je očuvanjem *brandova* i *know-howa* koji bi prestali postojati u slučaju zabrane koncentracije.¹³⁴ Taj ishod, međutim, nema za posljedicu jačanje tržišnog natjecanja kako to imaju učinkovitosti i stoga ne mogu biti protuteža negativnim učincima. Radi se o kvalitativnom sudu prema kojemu je očuvanje *know-howa* i *brandova* za potrošače vrednije od narušavanja tržišnog natjecanja koje neminovno ide s time. Stoga se obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja, ne može svesti pod opis učinkovitosti iz članka 18. Zakona iz 2003. godine. U tom smislu učinkovitosti ipak nisu jedini temelj dopuštanja potencijalno protutržišne koncentracije.

131 Ibid., str. 47.

132 Komisija je prvi put primijenila koncept opadajućeg poslovanja 1993. godine u predmetu IV/M 308, *Kali Salz/MdK/Treuhand*, O.J. C 275/3, 03/09/1998.

133 Primjerice, *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/Mediator d.o.o. Dubrovnik*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/15, od 22/07/2004.; *Europapress holding d.o.o. Zagreb/Slobodna Dalmacija d.d. Split*, kl.: UP/I 030-02/2004-01/33, 27/07/2004.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Belje d.d. Darda*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/91, 28/12/ 2005.

134 Za kratko objašnjenje vidi primjerice Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit., str. 46.

Usklađen ili ne, hrvatski Zakon iz 2003. godine u pogledu učinkovitosti bio je bolje formuliran od tadašnjih europskih pravila, koja su morala biti predmetom znatnih izmjena ne bi li se omogućilo upravo onakvo tumačenje učinkovitosti kakvo hrvatski zakon poznaje još od 2003. godine. Unatoč toj činjenici, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja mijenjan je i u svezi s učinkovitosti. Novim zakonom iz 2009. godine test vladajućeg položaja zamijenjen je testom značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, a dio norme koji se odnosio na učinkovitosti u potpunosti je izbačen iz zakonskog teksta. Promjena testa za ocjenu dopuštenosti koncentracija opravdana je potrebom harmonizacije normi u segmentima koji se ne tiču učinkovitosti već utvrđenjima mogućih protutržišnih učinaka koncentracije.¹³⁵ Izbacivanjem učinkovitosti međutim, Hrvatska poput EU mora interpretativnim metodama definirati njihovu važnost u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. U tu su svrhu u EU izrađene Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija koje daju jedan cjeloviti i iscrpan opis postupka pred Komisijom koji obuhvaća i dio posvećen učinkovitostima. Iako u RH nema podzakonskog akta usporedivog sadržaja,¹³⁶ postupak je ipak detaljno opisan u svojevrsnim vodičima namijenjenima poduzetnicima. Radi se tri komplementarna naputka izrađena od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja: Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija iz 2004.¹³⁷; Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija na tržištu elektroničkih medija iz 2005.¹³⁸ i Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija iz 2005. godine.¹³⁹ Navedeni napuci nemaju značaj zakona ili podzakonskog akta i ne obvezuju Agenciju. Unatoč toj činjenici, oni su vrijedni interpretativni dokumenti, koji uvelike pridonose transparentnosti postupka pred Agencijom. Glede učinkovitosti, Naputku iz 2004. godine može se uputiti kritika korištenja termina „obrana po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“ i još važnije, načina njegova korištenja. Kao što je prethodno objašnjeno, unatoč činjenici da se u znanstvenoj literaturi u kontekstu kontrole koncentracija uobičajeno koristi termin „obrana učinkovitostima“, metodološki su učinkovitosti jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracije uopće, te se sukladno tomu trebaju uzeti u obzir prilikom definiranja protutržišnog učinka. Upravo iz ovog razloga nigdje u pravilima EU se o učinkovitostima ne raspravlja u kontekstu obrane, već u kontekstu kriterija utvrđivanja protutržišnog učinka koncentracije. Točnije, učinkovitostima se pristupa kao jednom od mogućih kompenzirajućih čimbenika štetnog utjecaja koncentracije

135 Tu se u prvom redu spominju nekoordinirani učinci oligopola. Za kratak pregled na hrvatskom jeziku, vidi. Pecotić Kaufman, J., *Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije*, Pravo i porezi br. 10/09, RRIF, 80.-86., str. 82.

136 Jedini podzakonski akt je Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika, NN 51/2004 koja je međutim vrlo štura u pogledu kriterija. Samo jednim člankom (čl. 19.) obuhvaćena je lista kriterija ocjene dopuštenosti koncentracija bez objašnjenja o načinu njihove primjene.

137 Klasa 011-02/2004-01/15, srpanj 2004.

138 Klasa 011-02/2005-01/02, ožujak 2005.

139 Klasa 011-02/2005-01/17, studeni 2005.

na tržišno natjecanje, uz kupovnu snagu i zapreke ulaska na tržište.¹⁴⁰ Svo troje sastavni su dio analize ocjene dopuštenosti koncentracija.¹⁴¹ Za razliku od Smjernica, Naputak koristi učinkovitosti u oba konteksta što je u najmanju ruku zbnunjujuće. Naime, o učinkovitostima se prvo govori u kontekstu kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija,¹⁴² a potom u kontekstu obrane, odnosno *posebnih slučajeva* dokazivanja prednosti koncentracije poduzetnika za tržišno natjecanje i interese potrošača.¹⁴³ U oba dijela ponavljaju se u biti isti uvjeti, isti *ratio* i isti mogući ishod njihova isticanja. Unatoč toj činjenici, tretirani su kao dva zasebna instituta s time da se iz Naputka ne razabire razlika između njih. Tako se primjerice navodi da je možda najvažnija točka prijave detaljni opis iz kojeg proizlazi da će provedbe koncentracije rezultirati nastupanjem pogodnosti sa stajališta interesa potrošača, budući je to jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija.¹⁴⁴ Odmah se potom navodi da će se „u posebnim slučajevima sudionici koncentracije za dokazivanje dopuštenosti koristiti i *nekim drugim institutima* prava tržišnog natjecanja“, što obuhvaća i „obranu prema kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“. Ova formulacija ne ostavlja puno prostora za tumačenja: izričito se razlikuje dokazivanje pogodnosti koncentracije za potrošače kao kriterij ocjene dopuštenosti koncentracija od obrane prema kriteriju povećane učinkovitosti koncentracija. Međutim, radi se uvijek o istom institutu čiji se značaj očituje u onim situacijama u kojima bi koncentracija bila potencijalno opasna za tržišno natjecanje.¹⁴⁵ Takva bi se koncentracija mogla ocijeniti dopuštenom iz razloga što uslijed učinkovitosti koncentracija u stvari ne bi narušavala tržišno natjecanje i stoga ne bi bilo osnova za zabranu iste – upravo zato što se koristi kao kriterij za ocjenu protutržišnog učinka koncentracije. Autor je mišljenja da to ne proizlazi jasno iz Naputka iz 2004. godine, čime se narušava njegova temeljna svrha - biti jasan vodič zainteresiranim poduzetnicima.

Što se tiče Naputka iz 2005. godine, isti ne ponavlja gore navedeni nedostatak. Razlog tomu može biti i činjenica da se Naputak iz 2005. godine temelji na Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija slijedeći njihovu strukturu i sadržaj. Ne čudi stoga, da je način ocjenjivanja učinkovitosti pred Agencijom zamišljen na isti način kao i onaj pred Komisijom o čemu je već bilo dosta riječi. Stranke moraju dokazati da su isticane učinkovitosti na korist potrošača, (tako da položaj kupca neće biti lošiji u odnosu na stanje prije njene provedbe), da su pozitivni učinci na tržišno natjecanje

140 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 11.(c)(d)(e), toč. 12.

141 Ibid., toč. 12: „*In order to assess the foreseeable impact of a merger on the relevant markets, the Commission analyses its possible anticompetitive effects and the relevant countervailing factors such as buyer power, the extent of entry barriers and possible efficiencies put forward by the parties.*“

142 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit., toč. 7.5.2.2. (iii) i 8.2.3.

143 Ibid., toč. 8.2.4.2.

144 Ibid., toč. 8.2.3.3.

145 Kada koncentracije ne predstavlja opasnost za tržišno natjecanje jer njome ne dolazi do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, tada se ista mora dopustiti bez obzira proizvodi li pogodnosti za potrošače ili ne.

specifični za konkretnu koncentraciju (isticane koristi se ne mogu ostvariti drugim, manje ograničavajućim sredstvima) te da su učinkovitosti jednostavno provjerljive. Uz iznimku članka 25. Zakona iz 2003. godine koji je u cijelosti preuzet Novim zakonom i gore navedenom nedostatku Naputka iz 2004. godine, hrvatski propisi su izjednačeni s europskim propisima, a čini se i praksa. Naime, unatoč činjenici da prema hrvatskom pravu nikada nije bila sporna pozitivna uloga učinkovitosti, iz prakse Agencije pokazalo se da stranke tu mogućnost gotovo da i nisu koristile. Prema podacima dostupnim na službenim stranicama Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, od 2004. godine, Agencija je na drugoj razini postupka donijela 13 odluka povodom prijavljenih koncentracija.¹⁴⁶ Međutim niti u jednoj, odluka nije temeljena na učinkovitostima kao odlučujućem elementu analize. Štoviše, mali je broj predmeta u kojima su učinkovitosti uopće bile predmetnom analize Agencije.¹⁴⁷ Razlog tomu može biti činjenica da poduzetnici očito nisu ulagali dovoljne napore u dokazivanje pogodnosti koncentracija, što je vidljivo iz gotovo svih predmeta. Učinkovitosti su najčešće navodne paušalno, bez prilaganja ikakvih dokaza, često ne udaljavajući se dalje od konstatacije da će koncentracija ići u korist potrošača. Naravno da u

146 *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/ Trgovačko društvo Japetić, Jastrebarsko*, Kl.: UP/I 1030-2/2003-01/144, 19/02/2004., NN 28/2004.; *Phoenix International Beteiligungs GmbH Mannheim Njemačka/ Medifarm-Velebit d.d. Varaždin*, Kl.: UP030-02/2003-01/154, 19/02/2004., NN 32/2004.; *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/Mediator d.o.o. Dubrovnik*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/15, od 22/07/2004. NN 121/2004.; *Europapress holding d.o.o. Zagreb/Slobodna Dalmacija d.d. Split*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/33, 27/07/2004. NN 111/2004.; *Distri-press d.o.o. Zagreb/Ivan Granić, Zagreb/Europress holding d.o.o. Zagreb/Veltrade d.o.o. Zagreb/ Adris grupa d.d. Rovinj*, Kl.: UP/I-030-02/2004-01/17. 12/01/2005., NN 11/2005.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Belje d.d. Darda*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/91, 28/12/ 2005. NN 9/2006.; *Agrokor d.d. Zagreb/ PIK Vrbovec d.d. Vrbovec*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/90, 28/12/2005., NN 9/2006.; *Glaxo group limited/ Pliva*, UP/I-030-02/2006-02/16, 23/03/2006., NN 42/2006.; *Styria Media International Ag/ G+J International Publishing Holding GmbH/ Sanoma Magazines International B.V.*, Kl.: UP/I030-02/2005-02/54, 09/05/2006., NN 61/2006.; *Euroherc osiguranje d.d./ Jadransko osiguranje d.d./ Euroherc životno osiguranje d.d./ Euro Daus i dr.*, Kl.: UP/I-030-02/2005-01/51, 14/06/2006, NN 81/2006.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Tisak d.d. Zagreb*, Kl.: UP/I-030-02/2006-02/33, 15/03/2007., NN 37/07.; *Slobodna dalmacija d.d. /Šibenski list d.o.o.*, Kl.: UP/I-030-02/2007-02/09, 09/11/2007., NN 129/2007.; *Konzum d.d./ Lokica d.o.o.*, Kl.: UP/I-030-02/2008-02/06, 20/12/2008., NN 14/2009.; *MOL/INA*, Kl.: UP/I-030-02/2009-02/05, 09/09/2009., NN 113/2009.

Vidi, <http://www.aztn.hr/odluke.asp>.

147 Primjerice u predmetu *Phoenix International Beteiligungs GmbH Mannheim Njemačka / Medifarm-Velebit d.d. Varaždin*, Kl.: UP030-02/2003-01/154, 19/02/2004., NN 32/2004, učinkovitosti nisu bile ključne za donošenje odluke, ali je Agencija ipak istaknula da će predložena koncentracija značajno doprinijeti zaštiti interesa krajnjih potrošača osiguranjem brze i sveobuhvatne distribucije lijekova po konkurentnim cijenama; u predmetu *Distri-press d.o.o. Zagreb/Ivan Granić, Zagreb/Europress holding d.o.o. Zagreb/Veltrade d.o.o. Zagreb/ Adris grupa d.d. Rovinj*, Kl.: UP/I-030-02/2004-01/17. 12/01/2005., NN 11/2005 u kojemu je pak Agencija istaknula kako smatra da stranke nisu dokazale da će koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja, točnije da se učinkovitosti mogu postići na manje protutržišni način. Isticane učinkovitosti obuhvaćale su unaprjeđenje i podizanje standarda trgovine na veliko tiskom, racionalizacijom troškova distribucije, održavanjem postojeće cijene tiska te ekonomičnijom organizacijom poslovanja.

takvim slučajevima nekvalificiranih niti kvantificiranih učinkovitosti, Agencija nema puno prostora za raspravljanje i analizu. Međutim, budući da su prema hrvatskom pravu stranke obvezne prilikom prijave namjeravane koncentracije opisati i detaljno obrazložiti očekivane pogodnosti koje će nastati provedbom koncentracije s gledišta interesa potrošača,¹⁴⁸ bilo bi logično da je i Agencija obvezna osvrnuti se na isticane učinkovitosti, makar obrazlažući zašto iste ne smatra relevantnim faktorom u donošenju odluke. Možda će upravo detaljne odluke Agencije potaknuti poduzetnike da se posluže svim pravnim sredstvima koja im pruža hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja.

4. Zaključak

Učinkovitosti su jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija, čija se važnost ističe u onim situacijama u kojima je sasvim izvjesno da bi bez njihove protuteže, koncentracija narušila tržišno natjecanje. Otuda i često metodološki pogrešno korištenje termina „obrana učinkovitostima“. Uloga učinkovitosti u Europskoj uniji oduvijek je bila kontroverzna i unatoč zakonodavnoj reformi kojom su učinkovitosti zadobile puno konkretniju ulogu, praksa još nije potvrdila taj trend. Od povrede učinkovitosti u prvoj razvojnoj fazi, do ključnog elementa utvrđivanja protutržišnog učinka koncentracija u drugoj razvojnoj fazi, prošla su gotovo dva desetljeća, a jedino što se može zaključiti jest da je navedeni proces sporog kretanja i očito neizvjesnog ishoda.

Ne čudi stoga niti hrvatska praksa u kojoj također učinkovitosti nisu odigrale glavnu ulogu u odlučivanju u postupku povodom prijavljene koncentracije. Za razliku od europskih pravila međutim, trenutno važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. godine, izričito priznaje balansirajuću ulogu učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija, što je bitno moglo olakšati njihovu primjenu u praksi. Nažalost, radi se o mogućnosti koju stranke u postupku nisu znale iskoristiti i kriterij koji Agencija nije imala hrabrosti primijeniti, uslijed vrlo oskudne europske prakse i njezinom povijesno skeptičnom stavu prema učinkovitostima. Ali ostaje činjenica, da su poduzetnici mogli biti sigurni da dokazi o pogodnostima koncentracije neće ni u kojem slučaju biti korištene protiv njih na način na koji je to bio u više navrata slučaj u EU. Hrvatski pristup trenutno važećega Zakona omogućio je ishod za koji je u Europskoj uniji bilo potrebno raditi prilično velike izmjene. Takva formulacija Zakona se međutim, očito smatra neusklađenom s europskim pravilima budući da je novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja, koji će stupiti na snagu u listopadu ove godine, izbačen dio norme kojim se izričito priznaje moguća pozitivna uloga učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Novi Zakon je tako manje eksplicitan i više harmoniziran s pravilima EU. Učinkovitosti su sada, baš ako i u EU, dio neobvezujućih pravila, u nas sadržanim u Naputcima Agencije za zaštitu

¹⁴⁸ Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika, čl. 11.(18), NN 51/2004.

tržišnog natjecanja. Tri komplementarna naputka treba pohvaliti, jer su trenutno jedini akti kojima se obrazlaže način ocjene koncentracije pred Agencijom, što je ključan preduvjet transparentnosti postupka i pravne sigurnosti. Naputku iz 2004. međutim, može se uputiti kritika da nejasno objašnjava metodologiju uzimanja u obzir učinkovitosti, razlikujući dva instituta koja u biti čine jedan jedinstveni element analize. Ovim radom odgovoreno je na mnoga pitanja vezana za usporedni postupak i pravnu analizu učinkovitosti, pa ipak ostaje otvoreno možda najvažnije pitanje - možemo li od Agencije očekivati dosljednu primjenu pravila o učinkovitostima i prije negoli se na taj korak odluči sama Komisija. Autor je mišljenja da je to odavno trebalo biti učinjeno.

Summary

INCREASED EFFICIENCY OF THE ENTREPRENEURS IN THE ASSESSMENT PROCESS OF PERMISSIBILITY OF HORIZONTAL MERGERS ACCORDING TO THE CROATIAN LAW AND THE EUROPEAN LAW

The aim of the article is to make a comparative analysis of existing approaches towards efficiency in Croatian and European regulations and merger control practice. In the context of this article, the efficiency is primarily comprehended as merger effects which could have a positive impact on competition, and therefore, which could justify certain mergers being perceived as dangerous to competition and at the same time as mergers generating efficiency. The introduction of the element of efficiency in the assessment process of permissibility of mergers has been from the beginning a highly controversial issue, and to a certain extent is as such nowadays in the European as well as in the Croatian practice. The described controversy has caused its highly exceptional application in assessing processes of permissibility of horizontal mergers. Consequently, the issue concerning applicability of this newly introduced element when conducting the material legal analysis of registered mergers is of the most importance as an object of analysis. Having this in mind, the article gives an analysis of selected comparative jurisdictions and points at legislative imperfections and issues concerning application of laws and proposals *de lege ferenda*.

Key words: *European Competition Law, Croatian Competition Law, merger assessment, efficiencies.*

Zusammenfassung

**MEHR EFFIZIENZ FÜR UNTERNEHMEN BEI DER
BEURTEILUNG HORIZONTALER ZUSAMMENSCHLÜSSE
NACH DEM KROATISCHEN UND DEM EUROPÄISCHEN
RECHT**

Parallele Analysen des Zugangs zur Effizienz in der kroatischen und der europäischen Regelung und Praxis der Kontrolle über Unternehmenszusammenschlüsse stellt das Kernanliegen der vorliegenden Arbeit. Unter Effizienzen versteht man im Rahmen dieser Arbeit positive Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf den Wettbewerb. Dadurch werden aber Zusammenschlüsse, die gleichzeitig eine Gefahr für den Wettbewerb darstellen, rechtfertigt. Die Einführung von Effizienz in die Beurteilung der Zusammenschlüsse war und blieb eine kontroverse Frage sowohl in der europäischen, als auch in der kroatischen Rechtspraxis. Da das Element der Effizienz bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse äußerst selten angewendet wird, umso wichtiger sei die Frage der Analyse dieser materiell-rechtlichen Beurteilung angemeldeter Zusammenschlüsse. Zu diesem Zweck analysiert diese Arbeit ausgewählte komparative Zuständigkeiten, und weist auf Gesetzgebungsmängel und Probleme in der Anwendung, wie auch auf Vorschläge *de lege ferenda* hin.

Schlüsselwörter: *europäisches Wettbewerbsrecht, kroatisches Wettbewerbsrecht, Beurteilung von Zusammenschlüssen, Effizienzen.*

Riassunto

L'AMPLIATA EFFICIENZA DELL'IMPRENDITORE NEL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELLA CONCENTRAZIONE ORIZZONTALE NEL DIRITTO CROATO ED EUROPEO

Lo scopo del lavoro consiste nell'analisi comparata dell'accesso alle efficienze nella disciplina croata ed europea, come pure nella prassi di controllo della concentrazione. Nel presente lavoro per efficienza s'intendono in primo luogo quegli effetti della concentrazione che possono avere una conseguenza positiva sulla concorrenza e con ciò giustificare quelle concentrazioni che al contempo, generando un'efficienza, rappresentano altresì un pericolo per la concorrenza. Sin dagli inizi, l'introduzione di elementi di efficienza nel procedimento di valutazione dell'ammissibilità di concentrazioni è apparsa una questione estremamente controversa; del resto, in certa misura tanto nella prassi europea, quanto in quella croata lo è ancora oggi. A riprova del fatto che si tratti di questione alquanto controversa, si osserva come venga usata assai di rado nei procedimenti di valutazione di ammissibilità delle concentrazioni orizzontali; di qui, del resto, l'estrema importanza di approfondire scientificamente la questione dell'utilizzo di tale elemento di analisi giuridica delle concentrazioni dichiarate. Al fine di condurre detta analisi, il lavoro è stato strutturato attraverso la comparazione di diverse giurisdizioni, evidenziando le lacune legislative, come pure le difficoltà applicative e offrendo all'uopo proposte de lege ferenda.

Parole chiave: *Diritto europeo della concorrenza, diritto croato della concorrenza, valutazione delle concentrazioni, efficienza.*

ZASTRAŠIVANJE U KAZNENOJ POLITICI REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Neven Cirkveni
Odvjetnik
Zagreb

UDK: 343.434(497.5)
Ur.: 15. lipnja 2009.
Pr.: 27. travnja 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovome radu autor ispituje utjecaj teorije zastrašivanja na naše zakonodavstvo i praksu. Pri tomu, ne ulazi u temeljne postavke teorije zastrašivanja, tj. učinkovitost zastrašivanja kao sredstva društvenog nadzora ili njegovu poželjnost, nego isključivo analizira u kojoj mjeri je naša zakonodavna i sudska praksa, uza sve javne i akademske ograde, ipak inspirirana temeljnim postulatima zastrašivanja, odnosno dokazuje da je, svim zakonodavnim i drugim proklamacijama usprkos, teorija zastrašivanja bitno inspirirajući motiv hrvatskoga zakonodavca već više desetljeća. Kako promišljanje nazočnosti teorije zastrašivanja u kaznenoj politici neke zemlje podrazumijeva barem osnovno poznavanje glavnih postulata ove teorije, kao i filozofije utilitarizma na kojoj se ova temelji, autor se kratko bavi onim premisama teorije zastrašivanja za koje drži da su i danas, makar latentno, nazočne u postupku oblikovanja i funkcioniranja sustava kaznenog pravosuđa. Rad se podjednako bavi svim razdobljima hrvatske zakonodavne intervencije, s obzirom na to da su ove takve naravi da se u ovom segmentu ne može govoriti o diskontinuitetu kaznenopravne misli i na njoj zasnovane prakse. Naglašava se prijemčivost ideje zastrašivanja koja se prelijeva ljudskim umovanjem o svrsi kazne gotovo neovisno o obliku državnog i društvenog uređenja, pa je prihvaćeno od tako divergentnih koncepcija države kakve su liberalna, fašistička i socijalistička. Nije stoga čudno da se, kako autor zaključuje, sa stajališta svrhe kazne ništa bitnoga nije promijenilo danas u odnosu na bivše zakonodavstvo, a još manje u odnosu na trajnu prožetost našega (kao i drugih) prava nepokolebljivom vjerom u moć zastrašivanja.

Ključne riječi: zastrašivanje, generalna prevencija, kazna, svrha kazne.

Uvod

Nužnost društvenog nadzora izricanjem kazni protiv nepoželjnih oblika ponašanja provija se kroz vjeru, filozofiju i politiku već tisućljećima. Za razliku od toga, djelotvornost borbe protiv kriminaliteta prijetnjom sadržanom u propisanoj kazni akademski se razmatra tek zadnjih stoljeća. Posljednjih desetljeća, učinkovitost zastrašivanja predmetom je više stotina istraživanja sociologa i ekonomista. S druge strane, javnost je oduvijek nepokolebljiva u uvjerenju o svemoći zastrašivanja. Značajan doprinos tomu daje politička povijest koja potvrđuje mogućnost vladanja silom. Zanimljivo je primijetiti prijemčivost ideje zastrašivanja koja se prelijeva ljudskim umovanjem o svrsi kazne gotovo neovisno o obliku državnog i društvenog uređenja. Ovo je tim zanimljivije što zastrašivanje svoju do finese razrađenu idejnu potku, nalazi u filozofiji utilitarizma, ali je svejedno objeručke prihvaćeno od tako divergentnih, štoviše oprečnih koncepcija države kakve su liberalna, fašistička i socijalistička.

Zanimanje za djelotvornost i ulogu zastrašivanja na kraju uvijek dovede do pitanja uloge i uporabe zastrašivanja kao sredstva društvenog nadzora u konkretnom pravu i praksi. Kako je i za očekivati u zemlji kontinentalne tradicije, kod nas su se ovim pitanjem bavili samo pravnici. S obzirom na to da praktičnih istraživanja nije bilo, sasvim je razumljiva neodređenost stajališta koja se zauzimaju po tom pitanju. Oni variraju od gotovo potpunog odbijanja bilo kakvoga učina, do priznavanja određenog stupnja učinkovitosti, ali redovito ograničenog samo na određeni, relativno uski krug potencijalnih počinitelja. Redovito se ističe da nije odlučujuća visina propisane kazne, već stupanj izvjesnosti otkrivanja, progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela.¹ Tako jedan od korifeja našega kaznenog prava čak drži da se u slučaju ukidanja kaznenih zakona vladanje građana, odnosno broj zločinstava, po svoj prilici ne bi znatno promijenili.² Profesoru Franku nisu mogla biti dostupna saznanja o slučajevima privremene suspenzije djelovanja pravnog poretka, kakvo je nastupilo u Danskoj 1944. godine te Otawi 1968. ili New Orleansu pred koju godinu. Ovi i drugi primjeri potvrđuju da je diferencijalno ponašanje građana za suspenzije pravnog poretka u znatnoj mjeri drugačije. No, ovaj velikan naše pravne misli na istom je mjestu dao istančano obrazloženje konformnosti ponašanja većine građana, kojim se jedino može objašnjavati kriminalitet: „Ne odvrćaju građane od vršenja kažnjivih djela zakonski propisi u tančine njima nepoznati, već društvene norme, koje nastaju povodom života u zajednici.“³ Ova teza, koja se provlači sociološkom literaturom od Durkheima, nudi jedno vrlo uvjerljivo objašnjenje kriminaliteta

1 Usporedi između ostalih Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava* (Zagreb, Sveučilište u Zagrebu, 2007.), str. 374; Igor Bojanić i Marin Mrčela, „Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, br. 2 (2006), str. 438; Leo Cvitanović, *Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu* (Zagreb, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, MUP RH, Policijska akademija, 1999.), str. 265-266.

2 Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava po krivičnom zakoniku od godine 1951. Opći dio* (Zagreb, Školska knjiga, 1955.), str. 50.

3 Ibid.

kao društvenog fenomena. *Anomija*, drugim riječima beznormnost, nastupa u najrazličitijim okolnostima, ali sasvim je nedvojbeno da se urušavanje normi događa gotovo trenutno padom pravnoga poretka oličenog u uniformiranim čuvarima reda.

Djelotvornost zastrašivanja za dobar je dio hrvatskih autora fenomen vrijedan tek lapidarne pažnje, pa se većina zadovoljava konstatacijom ograničene djelotvornosti, dok se gdječad odriče čak i mogućnost znanstveno zasnovane procjene zastrašujućeg učina kazne:

Generalno preventivni i zastrašujući učinak kazne vrlo je teško dokazati ... Mnogo je nagađanja u pogledu djelovanja krivičnog zakona i njegove primjene prema građanima koji još nisu učinili krivično djelo. Ne zna se, naime, koliko je onih koji bi se delinkventno ponašali kad se ne bi plašili kazne u slučaju da budu otkriveni. Dokaz za djelovanje zastrašujuće funkcije kazne mogao bi se provesti samo kad bi u nekoj društvenoj zajednici bio ukinut pa nakon izvjesnog vremena ponovno uveden krivični zakon. Diferencijalno vladanje građana u međuvremenu pružalo bi dovoljno osnova za tvrdnju o generalno preventivnoj funkciji zakona.⁴

U osnovi, ovdje se ponavlja Frankov argument: „Ali ni u kom slučaju se funkcija kazne da zastrašuje ne može dokazati. Dokaz bi se mogao provesti samo kad bi se u nekoj konkretnoj državnoj zajednici ukinuli pa opet uveli kazneni zakoni i utvrdilo diferencijalno vladanje građana u međuvremenu.“⁵

Ovakva isključivost glede dokaza za djelovanje zastrašivanja duboko je neutemeljena. Osim cijeloga niza, tzv. *kvazieksperimentata*, odnosno primjera privremene i djelomične suspenzije pravnog poretka, društvene znanosti raspolažu visoko usavršenim metodama simuliranja i mjerenja bilo kojega društvenog fenomena. Ekonometrija kod toga zauzima prvo mjesto. Nadalje, svi ovi, a i mnogi drugi autori gube iz vida da je vjerojatnost kažnjavanja logički, pa tako i životni preduvjet zastrašivanja. Bez vjerojatnosti kažnjavanja (ne nužno i izvjesnosti), nema straha od kazne. Rastom stupnja vjerojatnosti, raste i strah od kazne. U tom je smislu zastrašivanje funkcija vjerojatnosti kazne. Ali ono je jednako tako, (a moguće još i više) funkcija drugih svojstava kazne, poput njene strogosti. Na kraju, i sama vjerojatnost, (pa čak i izvjesnost!) kažnjavanja mogu biti element kalkulacije probitaka ostvarenih kaznenim djelom. (Naravno, u onoj mjeri u kojoj smatramo da je ta kalkulacija uopće životno uvjerljiva, što predstavlja bitnu zasebnu temu kojom se ovdje ne bavim.) Istini za volju, odgovor na pitanje učinkovitosti zastrašivanja nije moguće dati nikakvim spekulacijama, već jedino preciznim i dobro utemeljenim istraživanjima. U tom smislu, razdoblje šutnje u hrvatskoj kaznenopravnoj, kao i drugoj znanosti (o kojemu je pisano o odsustvu raspravljanja svrhe kazne za druge jugoslavenske države⁶) još uvijek traje.

Zanimljivo je opaziti kako nasuprot manje ili više suzdržanoj akademskoj

4 Željko Horvatić, *Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi* (Zagreb: Informator, 1980.), str. 120.

5 Frank, *ibid.*

6 Cvitanović, str. 281.

skepsi stoji normativni optimizam zakonodavca. Tim više što je samo pisanje kaznenih zakona uglavnom bivalo prepušteno znanstvenicima. Prijelazom iz jedne u drugu ulogu, kao da suzdržanost trenutno ustupa mjesto vjeri u generalnopreventivnu represivnu moć zakona. Pa dok monografije ističu da se smanjenje kriminaliteta nikada ne postiže pooštavanjem kazne,⁷ istodobno se sasvim ispravno uočava „da je materijalno kazneno pravo već dulje vrijeme usredotočeno na pooštavanje prijetnji kaznom. Tradicionalne garancije kaznenopravnog sustava ... postupno blijede pred snagom preventivnih zahtjeva i nepokolebljivih očekivanja da se upravo kaznenim pravom mogu riješiti problemi kriminaliteta.“⁸

U ovome se radu želi ispitati utjecaj teorije zastrašivanja na naše zakonodavstvo i praksu. Pri tomu, neće se ulaziti u temeljne postavke teorije zastrašivanja, tj. učinkovitost zastrašivanja kao sredstva društvenog nadzora ili njegovu poželjnost. Također, autoru nije namjera baviti se ni ostalim aspektima ovoga problema iz jednostavnog razloga što ta tema zahtijeva potpuno zaseban pristup koji nadilazi granice ovoga rada. Stoga se ovdje želi analizirati isključivo u kojoj mjeri je naša zakonodavna i sudska praksa, uza sve javne i akademske ograde, ipak inspirirana temeljnim postulatima zastrašivanja. Odnosno dokazati da je, svim zakonodavnim i usprkos drugim proklamacijama, teorija zastrašivanja bitno inspirirajući motiv hrvatskoga zakonodavca već više desetljeća.⁹ Shodno tomu, naglasak je podjednako

7 Franjo Bačić, „Što trećom Novelom nije trebalo mijenjati u Kaznenom zakonu“ (Organizator: Zagreb, 2003.), str. 14, cit. prema Marijan Svedrović, „Kriminalnopolitička opravdanost promjena kaznenih sankcija s osvrtom na uvođenje doživotnog zatvora i na sustav izricanja kazne“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 10, br. 2 (2003), str. 14.

8 Bojanić i Mrčela, str. 431, rubna nota 2.

9 Nije cilj ovoga rukopisa raščlamba postulata teorije zastrašivanja, niti ispitivanje njene fenomenologije bilo u povjesnom slijedu, bilo na intermeridijalnom planu. Problematika na koju se hoću ograničiti podrazumijeva da je čitatelj dobro upoznat s problemima legitimacije i svrhe kazne te pojavnim oblicima u kojima se ova ispoljava. Također, rad se ne kani baviti kaznom kao filozofskim pitanjem, već nas zanimaju jedino oni odnosi u društvu koji favoriziraju i, bez obzira na sve proklamacije, nameću zastrašivanje kao neupitni postulat.

Za potrebe izučavanja različitih lica i odraza teorije zastrašivanja na društvene odnose a pogotovo stvarnih učinaka kazne, istražili smo preko 400 relevantnih radova objavljenih u razdoblju od 1968. godine do danas. Procjenjuje se da takvih radova ima između pet i sedam stotina. Tri četvrtine radova objavljene su u Sjedinjenim Džavama. Većinu radova objavili su ekonomisti (od polovine do dvije trećine) te sociolozi, kriminolozi i psiholozi. Učešće pravnika nije čak niti na razini simbolike (pogotovu ne u smislu originalnosti problema koje iznose). Kako ovdje nije cilj testiranje vjerodostojnosti postulata teorije zastrašivanja, ne navode se radovi autora ekonomske, sociološke ili druge izvanpravne provenijencije.

Inače, u nas ne postoji literatura koja bi se posebno bavila bilo ispitivanjem teorije zastrašivanja, bilo njene učinkovitosti. Pitanjima svrhe kazne bavi se jedan broj radova, iako je i na tome polju dugo vladala šutnja. Objavljeni radovi pravne provenijencije ispituju temeljne postavke postulata kažnjavanja na idejnoj razini te se jedino u pogledu mogućnosti popravljivanja počinitelja referiraju na stvarne učine zakonski proklamiranih ciljeva. Za hrvatske ekonomiste i sociologe zastrašivanje očito ne predstavlja dovoljno zanimljivo pitanje. Jednako je malobrojna literatura nepravnik koji su pitanjima svrhe kažnjavanja posvetili pažnju. Kako se bave kaznom kao etičkim problemom, odnosno filozofskim pitanjem, ovi autori također ne doprinose rasvjetljavanju nazočnosti teorije zastrašivanja u hrvatskom zakonodavstvu. Shodno tako postavljenom cilju, pitanja svrhe kazne

na svim razdobljima zakonodavne intervencije, s obzirom na to da su takve naravi da se u ovom segmentu ne može govoriti o diskontinuitetu naše kaznenopravne misli i na njoj utemeljene prakse. Sa stajališta svrhe kazne ništa se bitnoga nije promijenilo u odnosu na bivše zakonodavstvo, a još manje u odnosu na trajnu prožetost, našega (kao i drugih) zakona, vjerom u moć zastrašivanja.

I. Svrha kazne s motrišta teorije zastrašivanja: mehanika sprječavanja zločina

Promišljanje nazočnosti teorije zastrašivanja u kazenoj politici neke zemlje podrazumijeva barem temeljno poznavanje glavnih postulata ove teorije, kao i filozofije utilitarizma na kojoj se ova temelji. Stoga je nužno kratko se pozabaviti onim premisama teorije zastrašivanja za koje držimo da su i danas, makar latentno, nazočne u postupku oblikovanja i funkcioniranja sustava kaznenog pravosuđa. Ovo je, pak, razmatranje neodvojivo od analize svrhe kazne i njene uloge u sustavu sankcija, kao i opće svrhe kaznenopravnih sankcija. Pri tomu, treba voditi računa da je svrha kazne, kao i svrha ostalih sankcija, određena i obuhvaćena svrhom i zadaćama ukupnosti kaznenog prava. Što se tiče svrhe kaznenog prava, ona je obuhvaćena i određena generalnom svrhom prava u organiziranoj ljudskoj zajednici, koja je opet u najužoj vezi (ako ne i zavisnosti) od svrhe i uloge države. „Pošto je pravo znatnim dijelom državna volja, a država znatnim dijelom pravna institucija, pitanja o svrsi prava i o svrsi države su nerazdvojiva.“¹⁰

Tek u odgovoru na pitanja svrhe prava i države moguće je nalaziti odgovore na pitanje kako svrhe, tako i prava države na kažnjavanje, odnosno na pitanje opravdanja kažnjavanja. Odgovorima na pitanja svrhe prava i države bavi se politička filozofija više od dva i pol tisućljeća. Bez obzira kojem učenju se priklonimo, u osnovi je točna tvrdnja „da je pitanje opravdanja kazne pitanje moralnog prava države ili društva da kažnjava.“¹¹ U nas poznatije kao pitanje osnove kazne, opravdanje kažnjavanja središnje je pitanje kaznenog sustava i krivičnog prava. S obzirom na to da izricanje i izvršenje kazni daje odlučujući pečat cjelokupnom sustavu kaznenog pravosuđa, pitanje opravdanja kazne uistinu je kvintesencijalno pitanje pravnog sustava i političke filozofije iz koje crpi korijene.

Pobornici teorije društvenog ugovora legitimnost kazne izvlače iz sporazumnog prenošenja prava pojedinaca na državni kolektiv u nastajanju. Bez obzira uzima li se prirodno stanje kao zbiljsko razdoblje povijesti ili tek filozofska i logička fikcija, osnova kazne temelji se na slobodnom i voljnom prijenosu izvornih, **prirodnih** prava pojedinca na zajednicu. Odričući se svojih prava u korist države, građani na nju prenose i svoje pravo na kažnjavanje, kao i pristanak da se i sami povinuju

u filozofskom smislu dodiruje se samo onoliko koliko su reflektirana u stavovima hrvatskih te negdašnjih jugoslavenskih pravoznanstvenika i zakonodavaca.

10 Gustav Radbruch, *Filozofija prava* (Beograd: Nolit, 1980.), str. 70.

11 Igor Primorac, *Kazna, pravda i opće dobro* (Zagreb: Hrvatsko filozofsko društvo, 1995.), str. 20.

eventualnoj kazni. Ovamo spada i *teorija pristanka* koju je zastupao Feuerbach. Ovo individualističko opravdanje kazne uzima pojedinca kao umno biće koje se za slučaj da počini zločinstvo unaprijed podvrgava kazni, baš kao što to očekuje i od svih ostalih koji bi mogli zadrijeti u njegovu pravnu sferu.

Drugačija je osnova kažnjavanja koji se želi naći u zahtjevu apsolutne pravde. Narušena zločinством, pravda može biti zadovoljena jedino državnom kaznenom intervencijom utemeljenom na načelu odmazde. Na sličnoj osnovi počiva i opravdanje kazne u zahtjevu i nužnosti uspostavljanja pravnog poretka. Narušen, dakle negiran, kaznenim djelom, pravni se poredak može ponovno uspostaviti jedino negacijom negacije. U optici ove dijalektike, negacija negacije je državna kazna.

Kazna se da opravdati i na drugačije načine. Socijalno-psihološke teorije vide u kazni zadovoljenje potrebe zajednice za pravdom, bez kojeg bi zadovoljenja zajednica pribjegli linču i privatnoj pravdi¹². Individualno-etičko opravdanje kazne vidi u njoj sredstvo koje država stavlja na raspolaganje zločincu ne bi li mu omogućila da se ispaštanjem i pokajanjem iskupi za počinjeno nedjelo.¹³ Teorije društvene nužnosti rukovode se pragmatičnim i utilitarnim ciljevima kao što je „potrebitost kazne za održanje pravnog poretka i time sigurnosti društva”.¹⁴ Slično je, tzv. državno političko opravdanje kazne kao sredstva održanja pravnog poretka, koji je temeljni uvjet nužan za zajednički život u zajednici¹⁵. Umovanja pravne misli o legitimnosti kazne na svim stranama idejno-političkog spektra sažima Radbruch: „Učenje o osnovi kazne utapa se, dakle, u učenje o opravdanju države, pa preostaje samo učenje o svrsi kazne, tj. neophodnosti kazne za državu, ili točnije rečeno - za državu, društvo ili pravni poredak”¹⁶.

Iako duboko povezano s opravdanjem kazne, pitanje svrhe kazne bavi se onim ciljevima koje se želi postizati kaznom na višem stupnju konkretnosti. Dok se osnova kazne bavi pitanjima društvenog ugovora, pristanka, pravde, društvene nužnosti i slično, pitanja svrhe kazne određuje one učine koji se tiču konkretno određenih subjekata – stvarnih i potencijalnih počinitelja kaznenih djela. Sasvim razumljivo, različita shvaćanja o svrsi kazne proizlaze prvenstveno iz različitih idejno-filozofskih postavki na kojima su utemeljena.

Apsolutne teorije u određivanju svrhe kazne polaze od pojma odmazde. Ne tražeći cilj kazne u bilo čemu drugom doli njoj samoj, one kaznu postavljaju kao svrhu samu po sebi. Zločinca se kažnjava isključivo zbog onoga što je počinio, ne imajući u vidu nikakvih daljih učina. Prema tomu, mudro kažnjava onaj tko kažnjava zbog počinjenog zla, a ne zbog budućih zala: „Prudenter punit qui punit, quia peccatum est, ne peccetur”¹⁷. Slobodna od svake svrhe, *absoluta ad effectum*, kazna je okrenuta

12 Hans-Heinrich Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts - allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker & Humblot, 1972.), str. 44.

13 Ibid.

14 Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlin: Walter de Gruyter, 1921.), str. 6.

15 Jeschek, str. 44.

16 Radbruch, str. 207.

17 Latinski citati H. Grotiusa iz djela *De iure belli* navedeni su prema Jeschek, str. 45-54.

prošlosti i predstavlja „malum passionis propter malum actionis“.

Takva je, primjerice, Kantova koncepcija apsolutne pravde. Osnova je ove filozofije da se čovjek nikada ne smije upotrijebiti kao sredstvo koje služi namjerama drugoga, jer ga protiv toga štiti njegova urođena osobnost. „Sva umna bića podliježu zakonu koji glasi da svako umno biće ne treba *nikada* postupati prema samom sebi niti prema svima ostalim umnim bićima samo *kao prema sredstvu*, već uvijek *u isto vrijeme kao prema svrsi samoj po sebi*.“¹⁸ U skladu s tim, kazna ne smije biti izrečena kao sredstvo unaprjeđenja nekoga drugoga dobra, nego samo zato što je prekršen zakon.

Za razliku od apsolutnih teorija kazne, relativne teorije svrhu kažnjavanja traže izvan same kazne. Usmjerena prema određenoj svrsi, *relata ad effectum*, kazna je tek sredstvo postizanja daljnjih ciljeva. Iako se primjenjuje zbog onoga što je počinjeno u prošlosti, kazna je cijelim svojim bićem okrenuta budućnosti. Relativisti drže da mudro kažnjava samo onaj tko kažnjava ne radi počinjenog zla, već zbog sprječavanja budućih zala „nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur“.

Kako to lijepo ističe Frank, kazna na taj način napušta nedruštvene, vrhuprirodne sfere i stratosferske pojmove u kojima se kreću apsolutne teorije¹⁹. Samim time „kazna istodobno izlazi izvan okvira specifične ideje prava, pravde, da bi na taj način služila državnim i društvenim svrhama“²⁰.

Osnovni je cilj relativnih teorija sprječavanje kaznenih djela. S obzirom na način na koji se taj cilj želi postići, razlikuju se teorije generalne i specijalne prevencije. U okviru specijalne prevencije, zaštitu društva od kriminaliteta želi se ostvariti djelovanjem na počinitelja kaznenog djela, i to zastrašivanjem, onemogućivanjem, nadzorom, preodgojem, odnosno resocijalizacijom. Nasuprot njima, teorije generalne prevencije za svrhu kazne određuju protukriminalno djelovanje na sve građane. Prema njima, iako kazna pogađa jedino počinitelja kaznenog djela, ona treba biti takva da

18 Immanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala* (Beograd: BIGZ, 1981.), str. 80.

19 Frank, *Teorija* . . . str. 46. Zahvaljujući svojim renesansnim interesima i pratećem enciklopedijskom obrazovanju Frank je za trajno zadužio hrvatsku i bivšu jugoslavensku pravnu znanost. Osim što je bio krivičar, Frank se intenzivno bavio pitanjima filozofije prava, pa je baš stoga zanimljiv za ovaj rad. Stoga i relativno mnogobrojni citati toga autora u ovome radu, pa i posredni navodi onih filozofa, koji su na njegov rad ostavili najviše traga. Nadalje, njegov rad, kao i rad ostalih autora kaznenopravne provenijencije, nosi posebnu težinu nekoga tko je svojim pisanjem ostavio pečat na zakonski usvojena kaznenopravna rješenja te na tim učenjima i rješenjima zasnovanu sudsku praksu. Stoga se u nastavku navode u prvom redu stavovi i mišljenja krivičara, bez obzira što se o tim pitanjima jednako mnogo i kompetentno bave i autori drugih struka. Bez obzira na protek vremena, pa moguće i zastarjelost nekih stavova, činjenica je da je hrvatsko zakonodavstvo, kako ono jugoslavensko, tako i samostalno, bilo i ostalo unutar tako zacrtanih kanona. Utoliko su svi ovi autori i danas jednako aktualni.

20 Radbruch, str. 209. U odnosu na Gustava Radbrucha moglo bi se primijeniti sve što je rečeno u prethodnoj bilješci. Krivičar i pravni filozof, ovaj čuveni njemački profesor ostavio je moguće veći biljeg na pravnu praksu, negoli je bio akademski domet njegove izvorne Filozofije prava. Ipak, jurisprudencija vrijednosti, koju je u velikoj mjeri oblikovao, ostavila je trajni trag na njemačku ustavnu kaznenopravnu praksu. U tom smislu, njegov koncept prava i dalje ostaje i inspirativan, i aktualan.

svojim učinom odvratiti i ostale građane od vršenja zločinštava. Ovaj se učin ispoljava postojanjem i provođenjem kaznenih zakona, a odražava se poglavito na dva načina - zastrašivanjem i opominjanjem. *Teorije zastrašivanja predviđanjem kazne* drže da već samo postojanje kazne izaziva strah i djeluje kao protumotiv kriminalnom ponašanju u većine ljudi. Od toga oblika psihološke prinude sadržane u samoj kazni razlikuje se *teorija zastrašivanja izvršenjem kazne*. Valja naglasiti da se ovdje ne radi samo o zastrašivanju pojedinačnog počinitelja kaznenog djela, tzv. *posebnom zastrašivanju*, već o stvaranju svijesti javnosti o kazni i njenom sadržaju, odnosno o tomu što taj sadržaj zapravo predstavlja. Kako je zgodno zapaženo ovdje se radi o stvaranju "saznanja o samom sadržaju kazne koji se najbolje osjeti u postupku njenog izvršenja"²¹.

Nužno je istaknuti da se generalna prevencija nikako ne svodi samo na zastrašivanje građana. Dapače, društveno-etički prijekor sadržan u kazni ima i važnu društveno-pedagošku funkciju. Izražavajući negativni sud o djelu i počinitelju, kazna odgojno djeluje u pravcu izgradnje pozitivnih stavova o vrijednostima koje štiti društvo. Tako doprinosi učvršćivanju društvene odgovornosti i discipline, odnosno i same društvene svijesti. Bez ovakve moralne komponente kazne, zastrašivanje kao instrument pukog mehaničkog dresiranja ljudi rađa neprijateljstvom pojedinca prema društvu.²² Ovamo stavljaju naglasak teorije opominjanja koje ističu kako "svrha kazne nije da kod čovjeka stvori predstavu o patnji, već da kod njega oživi, potakne moralne kvalitete, da formira i učvrsti uvjerenje da je krivično djelo amoralni čin"²³.

Anglosaksonska pravna literatura, usmjerena praktičnim životnim problemima, u okviru generalne prevencije kriminaliteta obrađuje pretežno zastrašivanje, dok odgojnom učinku kazne posvećuje tek marginalnu pažnju. U mjeri u kojoj se ovim problemom uopće bavi to čini uglavnom na podsticaj svojih europskih kolega²⁴. S druge strane, europski pravници, skloniji teoretiziranju i proklamacijama, naglašavaju značaj odgojne funkcije kaznenog zakona i često joj pridaju pretežni značaj. Tako se kao zadaću generalne prevencije najčešće određuje "jačanje pravne svijesti i odgajanje u pravcu dobrovoljne poslušnosti pravu"²⁵, što je kod nas inaugurirano kao "doprinos razvijanju društvenog morala, društvene svijesti, odgovornosti i discipline

21 N. Srzentić, A. Stajić i Lj. Lazarević, *Krivično pravo SFRJ - opšti deo* (Beograd: Savremena administracija, 1981.), str. 325.

22 Franjo Bačić, *Krivično pravo - opći dio* (Zagreb: Pravni fakultet, 1986.), str. 442.

23 Srzentić, str. 325. Autor vjerojatno želi reći da je kazneno djelo nemoralni čin. Pojam amoralnosti je bitno drugačijeg sadržaja i značenja od pojma nemoralnosti, o čemu autori hrvatskog i njemu bliskog govornog područja, za razliku od svojih stranih kolega, uglavnom ne vode računa.

24 Iako se naznake ovoga problema mogu naći i ranije, prvi značajniji radovi ove vrste u Americi datiraju prije pola stoljeća. Isp. radove: P. Tappan, "Educative-moralizing Function of the Law", *Crime, Justice and Correction*, 247/1960, i Gordon Hawkins, "Punishment and Deterrence - The Educative, Moralizing, and Habitulative Effects" u Franklin E. Zimring i Gordon J. Hawkins, *The Legal Threat in Crime Control* (Chicago: University of Chicago Press, 1973). Potonji su radovi tim značajniji što izlaze iz pera rodočelnika moderne teorije zastrašivanja.

25 Jeschek, str. 48.

građana”²⁶ Ovaj aspekt generalne prevencije, tzv. pozitivna generalna prevencija, posljednjih desetljeća doživljava preporod na teoretskom planu. Na kraju, treba spomenuti da neki autori, od moralizirajućeg djelovanja kazne u prethodno iznesenom smislu, razlikuju njen habituelni učin, odnosno djelovanje u pravcu stvaranja navike²⁷. Pod ovim se podrazumijeva poštivanje zakona iz puke navike, bez stvarne internalizacije etičkih vrijednosti sadržanih u kaznenoj normi. Imajući u vidu da se u svakodnevnom ponašanju i životu čovjek češće rukovodi inertnošću negoli sviješću, ovakvo razlikovanje držimo posebno opravdanim.

Kako se iz ovog kratkog razmatranja može uočiti, bez obzira na idejnu podlogu i filozofsko uobličjenje, odmazda i zastrašivanje su od najranijih začetaka društvene organizacije vodeći oblici reakcije na pojavu kriminaliteta. Prvobitna kazna bila je snažno obojena emocionalnim elementima i prvenstvena joj je zadaća bila osveta, odnosno zadovoljenje povrijeđene strane. Međutim, već i ta davna osvetnička kazna nosi sa sobom i jednu poruku opomene i zastrašivanja. Zato su rane kazne bile vrlo okrutne. Preuzimanjem monopola nad kažnjavanjem, država je usvajanjem talionskog načela uvela prvi korektiv surovosti. Određujući koliko se duboko smije zahvatiti u osuđenikova dobra, isključena je mogućnost nerazmjernog osvetničkog zahvata. Iako je na taj način postala primjerenija svrsi osvete i odmazde, kazna ni time nije izgubila ulogu sredstva opomene, odnosno zastrašivanja. Težina kažnjavanja, kao i njegovi mnogobrojni simbolički elementi, u velikoj su mjeri i dalje bili usmjereni na javnost kod koje se htjelo izazvati osjećaj straha s ciljem sprječavanja novih kaznenih djela. Ipak, bez izbora na sve ove zastrašujuće elemente, zastrašivanje kao pravno-filozofska kategorija, kao koncepcija kažnjavanja, ograničava se na slučajeve upotrebe kazne s ciljevima koji sežu izvan nje same. Zato zastrašivanje u konceptualnom smislu ne može počivati na odmazdi, iako može biti njenom nuzgrednom posljedicom. Dapače, u nekim je slučajevima dosljedno provođenje odmazde nespojivo sa zastrašivanjem što će biti primjer s gotovo svim oblicima apsolutnih teorija kažnjavanja.

Zastrašivanje postaje svrhom kazne *per se* tek razvojem racionalističkih, prosvjetiteljskih ideja i liberalnog svjetonazora uopće. U tom se smislu racionalizam nadovezuje na davno Platonovo ismijavanje samosvrhovite kazne: “Nitko naime pametan ne kažnjava krivce radi toga što su skrivili, osim ako se poput živine nepromišljeno ne osvećuje. Tko misli s razborom kažnjavati, ne kažnjava za prošlu krivicu - učinjeno ne može biti neučinjeno - nego zbog budućnosti da opet ne skrivi ni ovaj sam niti drugi vidjevši kažnjenoga”²⁸. U tek prividnoj dvojbi između Platona i Kanta, poduzetnička je klasa silnicama svojega postojanja nužno okrenuta budućnosti, pa shodno tomu liberalno-buržoaska kazna služi prvenstveno (ako ne i isključivo) za zaštitu društva od kriminaliteta sprječavanjem budućih kaznenih djela. Da bi se

26 Bačić, *Krivično ...*, str. 436. Slično Srzentić, str. 327. U nastavku teksta iznose se novija hrvatska promišljanja odgojne zadaće generalne prevencije i njihova refleksija na našem zakonodavnom planu.

27 Isp. Johannes Andenaes, *Punishment and Deterrence* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1974.), str. 8; također i Hawkins, str. 165.

28 Platon, *Protagora* (Zagreb: Naprijed, 1975.), str. 55-56.

ovaj cilj postigao, bilo je potrebno proniknuti u uzroke koji dovode do kriminalnog ponašanja, te ih sagledati u okviru onoga što se već spoznalo o prirodi čovjeka i ljudskog društva organiziranog u državi. Toj se zadaći posvetio Cesare Beccaria, koji je opsežno istraživao snagu motiva koji čovjeka tjeraju na zločin i snagu protumotiva koje mu zakoni moraju suprotstavljati.

Vrijeme neprikosnovene vladavine škole prirodnog prava, je XVIII. stoljeće. Prirodna prava su preuzeta od Cicera i stoičkih mislilaca antike, povezana s teorijom društvenog ugovora u jedinstvenu tvorevinu nadasve prikladnu za razvoj jednog kalkulantskog i merkantilističkog načina mišljenja, kakav je bio utilitarizam. Odrastao u ovakvoj idejnoj atmosferi, Beccaria zakonodavstvo promatra „sa stajališta što moguće veće sreće podijeljene na što moguće veći broj ljudi”²⁹. Ovime prethodi ocu utilitarizma, Jeremy Benthamu, drugom od trojice čelnika liberalne teorije zastrašivanja. Bentham također želi zakone koji će zajamčiti „najveću sreću najvećeg broja ljudi”. Analizom ljudskog ponašanja, zaključuje kako se čovjek u određivanju pravca svoga djelovanja rukovodi načelom korisnosti, odnosno maksimiranja sreće. Ovo se načelo sastoji u izboru onoga djelovanja koje uzrokuje veću količinu sreće, do čega dolazi izborom one radnje čija vrijednost nadmašuje vrijednost neke druge, alternativne radnje. Vrijednost same radnje je, pak, mjerljiva količinom ugone, odnosno boli koju proizvodi. Slično Benthamu, i Beccaria drži da „ugodnost i bol pokreću sva ljudska bića, a među motivima koji potiču ljude na najuzvišenija djela nevidljivi je zakonodavac uvrstio nagradu i kaznu”.³⁰ Nikakvo čudo onda da je “jedina zadaća zakonodavca povećati ugodu i predusresti boli, i zbog toga mora dobro poznavati njihove vrijednosti. Kako su ugone i boli jedino oruđe koje upotrebljava, mora brižljivo proučavati njihovu jačinu”.³¹ Ovako shvaćena, “politika i nije ništa drugo doli umijeće što boljeg usmjeravanja i usklađivanja nepromjenljivih ljudskih nagona”.³² Kaznena politika u potpunosti je podređena ovim postulatima.

U ovome dijelu, Anselm v. Feuerbach pridružuje se korifejima teorije zastrašivanja, dajući državi zadaću obuzdavanja negrađanskih i pravnomrskih nagona (*unbürgerliche und rechtswidrige*).³³ Zločinca, tu nagonisku životinju, koja poznaje samo ugodu i bol, od privlačnog, a nedopuštenog djelovanja može suzdržati samo primjena zla, tj. sile. Kako nije moguće osigurati nadzornika svakome, konkretna fizička prinuda nije dostatna za zaštitu društva, pa se rješenje nalazi u psihološkoj prinudi: “Hoće li se uglavnom spriječiti povrede prava, onda mora uz fizičku prinudu postojati još jedna druga, koja nadilazi privlačnost prijestupa i koja proizlazi iz države, a stupa na snagu u svakom pojedinačnom slučaju, i bez koje bi se prihvatila pomisao o tek predstojećem prijestupu. Jedna takva prinuda može biti samo *psihološka*

29 Cesare Beccaria, *O zločinima i kaznama* (Split: Logos, 1983.), str. 69. (Uvod).

30 Beccaria, str. 7.

31 Bentham, *Theory of Legislation* (London, 1871.), str. 30; navedeno prema Frank, *Teorija...* str. 58.

32 Beccaria, str. 98. (XXIII).

33 Anselm v. Feuerbach, *Revision, Teil I*, citiran prema Jeschek, str. 51.

prinuda”.³⁴ Ova psihološka prinuda, po Feuerbachu, sadrži dvije vrste sile: zakonsku prijetnju kaznom i “snagu zakona”, izvršenje kazne. Očito, ta psihološka prinuda nije ništa drugo doli zastrašivanje, odnosno kako bi to Bentham rekao “sila zakona” zahvaljujući kojoj “kazna, koju trpi prijestupnik, daje svakom građaninu primjer, što će imati podnijeti, ako bude pronađen krivim za jednak delikt”.³⁵ Na ovaj je način moguće da „kod čovjeka surova i prosta duha zamamljujuća predodžba unosnog zločina odmah izazove s njome tijesno povezanu pomisao na kaznu”.³⁶ Zastrašivanje tako postaje glavnim, pa i jednim (po Benthamu), sredstvom prevencije. Na negrađanski, dakle, animalni nagon, reagira se u skladu s njegovom animalnom prirodom tako “da svatko zna da će njegovo djelo neizostavno slijediti zlo koje je veće negoli neugoda koja izvire iz neudovoljenja porivu”.³⁷ Riječima Beccarie koje zvuče i više nego Benthamovski: “Da bi određena kazna postigla svoju svrhu, dovoljno je da sobom donosi zlo koje nadilazi korist koja bi se mogla zločinom postići”.³⁸

Promatrajući cjelokupno društvo kroz prizmu utiliteta i maksimiranja sreće, Benthamu je kazna samo jedan izdatak više u cilju dobitka koji se zove sprječavanje kriminaliteta. Ovisno o jačini zločinačkog poriva, ovaj izdatak može biti manji ili veći, ali uvijek u ravnoteži sa zločinačkom motivacijom potencijalnog počinitelja kaznenog djela. Zato, “one kazne . . . i onaj način njihova izvršenja zaslužuju prednost pred ostalima koje će . . . napraviti što jači i trajniji utisak na ljudsku dušu, a krivcu koliko je moguće manje tjelesne boli nanijeti”.³⁹

II. Zastrašivanje kao svrha kazne u Hrvatskoj

Prethodna izlaganja o naravi i idejnoj podlozi teorije zastrašivanja omogućuju izlaganje osnovnih pogleda o tom pitanju u hrvatskoj pravnoj misli i zakonodavnoj praksi. Ovi su se pak mijenjali onako kako su se mijenjali oblici državnog uređenja i državne zajednice kojoj je Hrvatska pripadala, odnosno onako kako su se mijenjale opće društvene prilike. Razlikuju se tri razdoblja koja dominiraju, moguće i uvjetuju osnovne svjetonazore i njihove kaznenopravne refleksije i izvedenice: 1) razdoblje etatizma i represije, 2) razdoblje deetatizacije i socijalističkog samoupravljanja i 3) razdoblje višestranačke parlamentarne demokracije. Na području kaznenopravne misli i prakse, ova se razdoblja reflektiraju kao razdoblja: 1) etatizma i ideološke indoktriniranosti, 2) traganja za originalnim rješenjima i posljedične idejne konfuzije te 3) prijanjanja za idejne kanone, tzv. zapadnog svijeta uz latentnu retenciju već ustaljenih obrazaca. Dok su se pogledi na zadaću države, prava i kaznenoga prava u navedenim razdobljima postupno mijenjali sve do potpunoga obrata, promišljanje

34 Anselm Ritter v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen: G. F. Heyer Verlag, 1840), str. 37.

35 Bentham, *Theorie des peines*, str. 15., navedeno prema Frank, *Teorija* . . . str. 58.

36 Beccaria, str. 95. (XIX).

37 Feuerbach, *Lehrbuch* . . . str. 37.

38 Beccaria, str. 103. (XXVII).

39 Beccaria, str. 83. (XI).

svrhe kazne, njeno zakonsko uobličavanje, baš kao i stavovi praktičara, i javnosti kao da su ostali zamrznuti u vremenu. Ovo se, bez sumnje, može pripisati općeeuropskoj, odnosno sjevernoatlantskoj nesposobnosti oslobađanja od paradigmatičkih pogleda na svrhu kazne vladajućih tijekom protekloga stoljeća. Ali zaista nije moguće objasniti kontinuiranu nazočnost zakonskog uobličavanja svrhe kazne po sovjetskom modelu. Vidjet ćemo u nastavku da ovo nije samo negdašnji jugoslavenski ili hrvatski specifikum. U tom zakonskom okviru i u tom svjetlu treba promatrati i nazočnost teorije zastrašivanja na hrvatskom nacionalnom, državnom i idejnom prostoru.

A. Svrha kaznenog prava i kazne s motrišta učenjaka i zakonodavca

Ispitivanje zadaće kaznenoga prava te prava uopće, kao i povjesnih okolnosti nastanka različitih škola prava, nadilazi okvire ovoga rada. Teorija države i prava nema jedinstvenog odgovora na pitanje svrhe i zadaća države, što ne čudi, jer upravo na pitanju biti države i prava odražava se najdublji spoznajni i ideološki sukob idealizma i materijalizma filozofije prava.⁴⁰ Dugo vremena su našim prostorima odgovor na ovo pitanje diktirale različite nijanse marksističke misli. U razdoblju etatizma, odnosno ideološke indoktriniranosti vladalo je *instrumentalističko učenje*, koje u državi vidi tek puki instrument klasne vladavine. Sasvim razumljivo, po pitanju zadaće kaznenoga prava nije bilo akademskog neslaganja ili zakonodavne diskusije. Tek je Frank, u sebi svojstvenim nastupima izvorne znanstvene osebjnosti, znao povremeno zaiskriti kojim disonantnim tonom. Za vrijeme deetatizacije, našim je prostorom prevladavao strukturalizam, koji suvremenoj državi i pravu, ne niječući im klasne izvore, ipak daje širi značaj omogućen njihovom *relativnom* nezavisnošću u odnosu na klasnu strukturu društva. U ovome svjetlu treba promatrati i neka onodobna neslaganja oko svrhe i klasne prirode kaznenog prava u nas.⁴¹ U Hrvatskoj je, vjerojatno uz nemale pritiske, ipak prevladavao stav da je zadaća kaznenog prava

40 Berislav Perić, *Pravna znanost i dijalektika: Osnove za suvremenu filozofiju prava* (Zagreb: Sveučilište u Zagrebu, 1978.), str. 27.

41 Isp. Bogdan Zlatarić, *Krivično pravo - opći dio* (Zagreb: Informator, 1977.), str. 11-13, koji, iako je dopuštao da su „vrijednosti koje se štite krivičnim pravom prvenstveno posebni interesi vladajuće klase“, ipak naglašavao da je „krivično pravo izgubilo u velikoj mjeri klasni karakter“. S druge strane, Bačić se javljao s nešto drukčijim ocjenama, ističući element „zaštite društva, određenog društvenog i pravnog poretka“; *Krivično ...*, str. 5. Autori iz drugih dijelova Jugoslavije bili su puno određeniji u isticanju klasnog karaktera kaznenog prava, kako *in generaliter*, tako i jugoslavenskog. Polazeći od uvjerenja da „društveno uređenje u svakoj zemlji ima dominantan uticaj na celokupni pravni sistem te zemlje, pa prema tomu i na sistem krivičnopravnih propisa“, Srzentić *et al.* Kao zadaću kaznenog prava uopće ističu „zaštitu društvenog i ekonomskog uređenja određene države“, a na lokalnom planu ističu *samo* „cilj zaštite socijalističkog samoupravnog društvenog uređenja SFRJ“; *Srzentić et al.*, str. 3 i 4. Tek sekundarno iznose „zaštitu osnovnih vrednosti našeg društva“, ali i njih limitiraju dodajući „zasnovanog na socijalističkom samoupravnom sistemu.“ Vidi *op. cit.*, str. 89.

„zaštita **važnih** individualnih i socijalnih interesa”,⁴² odnosno „zaštita određenih društvenih i individualnih vrijednosti”.⁴³ Današnja hrvatska znanost se, možda zbog opće neopterećenosti pitanjima ideologije, ovim problemom bavi u znatno manjem obujmu. Prevladava gledište zacrtano u već citiranih autora prethodnoga razdoblja prema kojemu je „svrha kaznenog prava zaštita zajedničkog života ljudi u društvu,“ odnosno zaštita „određenih individualnih i društvenih vrijednosti nužnih za suživot u društvenoj zajednici.”⁴⁴

Za razliku od današnjice, u prvom i drugom razdoblju, zadaća kaznenog prava nije bila pukim predmetom akademskog razmatranja, već je bila iscrpno određena zakonskom normom. Zakonske eksplikacije mijenjale su se kako su se mijenjale društvene prilike bivše države. Etastičko-klasna represija prvoga perioda našla je jasnoga odraza u kaznenopravnoj normi. Tako se za objekt kaznenopravne zaštite bez imalo prikrivanja postavlja „narodnu državu, njezin pravni poredak i njezinu socijalističku izgradnju“ (čl. 1. Općeg dijela Krivičnog zakonika iz 1947. godine). Tek na kraju dolaze „ličnost i prava njezinog građanina“. U tom smislu, razdoblje deatizacije predstavlja pravi kopernikanski obrat, pa na prvo mjesto stavlja „ličnost građana, njihova ustavom i zakonima zajamčena prava i slobode“ (čl. 1. Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine). Tek potom navedena su vrijednosti države i klasne vladavine. Na sličan je način odredio vrijednosti, čijoj zaštiti je imao služiti, pa tako i svrhu kaznenog prava, i Krivični zakon SFRJ. Sukladno toj deklaraciji, kazneno pravo je imalo biti u prvom redu sredstvo zaštite osnovnih prava čovjeka i građanina od nasilja i samovolje, a tek potom sredstvo zaštite klasne vladavine proletarijata. Kazneni zakon Republike Hrvatske ne sadrži izričite odredbe o svojoj zadaći. Ipak, iz odredbe članka 1. o temelju kaznenopravne prisile da se zaključiti da je zadaća važećeg hrvatskoga kaznenoga zakonodavstva zaštita sloboda, prava te drugih ustavnih i međunarodnopravnih vrijednosti. Sasvim razumljivo, ovakve formulacije, bez obzira na dobru volju zakonodavca, nemaju presudnog značaja za određivanje svrhe jedne cijele grane zakonodavstva. Još je bitniji problem nemogućnosti istodobne i jednake zaštite svih dobara. „Da se svim ovim vrijednostima ne može podjednako služiti, lako je dokazati ... Potrebno je, dakle, odlučiti se hoće li se prvo mjesto u redosljedu vrijednosti dati individualnim vrijednostima, kolektivnim vrijednostima ili vrijednostima djela.”⁴⁵ Zato se normativnim deklaracijama programatskog karaktera može pridati značaj tek naznaka volje zakonodavca. U svakom slučaju, za rješenje ovoga pitanja od presudnog je značaja ukupnost kaznenoga prava, kao i njegovo oživotvorenje, tj. praksa.

42 Frank, *Teorija kaznenog*. . . str. 203. podcrtao N. C. U vrijeme kada su svi društveni fenomeni viđeni isključivo kroz prizmu strogog materijalističkog determinizma, ovakvo je razmišljanje sigurno predstavljalo hrabri odmak od okova autocenzure.

43 Zlatarić, *Krivično*..., str. 11.

44 Novoselec, str. 5., slično i str. 7. Zanimljivo je da autor na drugom mjestu u istome radu ispred zajedničkog života u društvu stavlja „osiguranje slobode pojedinca“. Vidi str. 317.

45 Radbruch, str. 72-73.

S obzirom na to da je kazna osnovna kaznena sankcija u svim kaznenopravnim sustavima, kroz svrhu kazne vjerno se odražava svrha datog kaznenog prava i pravnog poretka uopće. Iako ponekad na rubu eklekticizma, odnos svrhe kazne naspram svrhe kaznenog prava izvanredno je plastično opisivao Frank: „Sredstvo kojim kazneno pravo ostvaruje svoju zadaću, u prvome je redu kazna. Razumije se da to sredstvo mora biti podesno za ostvarivanje zadaće. Svrha sredstva ne smije se protiviti zadaći, kojoj je namijenjeno. Zbog toga se ni svrha kazne ne smije protiviti zaštitnoj zadaći kaznenog prava. Toj zadaći protivila bi se kazna, koja uopće ne bi imala svrhe . . . ili koja bi doduše imala svrhu, ali svrhu, koja bi ležala izvan zaštitne zadaće, ili izvan prava uopće.“⁴⁶

Svrhom kazne bavi se teorija kaznenog prava u skladu s postavkama određene kaznenopravne filozofije, a ponegdje ju se izričito propisuje zakonskom normom. Potonje rješenje nije uobičajeno dijelom zbog različitosti stavova o svrsi kažnjavanja, ali još i više zbog ukorijenjenog stajališta da zakoni imaju biti pregnatni i lišeni odredaba isključivo programatskog karaktera. Normativno određivanje svrhe kažnjavanja uglavnom se izbjegava zbog uvjerenja da je svrha i zadaća kaznenog prava i kazne nešto čime se treba baviti znanost, a ne politika. Tome se dodaje i nemogućnost izražavanja svrhe kažnjavanja „lapidarnom formulom kakvu traži zakonski tekst,“⁴⁷ odnosno da „je to pitanje o kojem oduvijek postoje različita i promjenjiva teorijska stajališta koja je teško izraziti precizno formulom kakvu zahtijeva zakonski tekst.“⁴⁸ Ponegdje se ističe da se na taj način izbjegava nametanje suvišnih ograničenja politike suzbijanja kriminaliteta.⁴⁹

Općenito se zapaža različitost našega zakona od brojnih drugih time što sadrži definiciju svrhe kažnjavanja⁵⁰. S pravom se ističe da je odsustvo normativnog uređenja svrhe kažnjavanja karakteristično za „zapadnocivilizacijski krug u užem smislu. Odredbe o svrsi kažnjavanja ... nema u njemačkom, austrijskom, francuskom i mnogim drugim europskim kaznenim zakonodavstvima.“⁵¹ Bilo bi još točnije reći da su ovaj pravac zapravo zacrtala zakonodavstva bivših socijalističkih zemalja, odnosno da je baš tim putem takvo rješenje usvojeno i kod nas. Uistinu, zanimljivo je primijetiti da upravo kazneni zakoni zemalja izvan bivšeg socijalističkog bloka

46 Stanko Frank, *Kazneno pravo: bilješke o Općem dijelu Krivičnog zakonika od 4. XII 1947.* (Zagreb: Izdavački zavod Jugoslavenske akademije, 1950.), str. 7. Očaran privlačnošću utilitarizma, Frank je, primjera radi, u utilitarizmu vidio „bazu svake socijalističke kaznenopravne nauke“. Vidi *Teorija ...*, str. 54, pa 58-59. Moguće ovi retci ne znače pad autora u eklekticizam, već pokušaj razblaživanja jednogumnog poimanja prava njegova vremena.

47 Novoselec, *Opći dio*, str. 376-377.

48 Bojanić i Mrčela, str. 433.

49 Srzentić *et al.*, str. 329.

50 Petar Novoselec, „Temeljne crte novele Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 10, br. 2 (2003), str. 297.

51 Cvitanović, str. 307. Krupan iskorak nastao je pred nekoliko godina na području Engleske i Walesa donošenjem *Criminal Justice Acta (2003)*, specifičnog zakona koji zadire u različita područja materijalnog i procesnoga kaznenog prava, a koji po prvi puta izričito određuje ciljeve kažnjavanja.

nisu imali posebnih odredaba koje bi određivale svrhu i zadaću kaznenog prava ili kazne.⁵² Nadalje, kao što je za očekivati, dugo je vremena dominirala velika sličnost između takvih odredaba tamo gdje su one postojale.⁵³ Ovo je vjerojatno posljedica povijesnih uvjeta nastanka ovih zakonika koji su bez izuzetka slijedili tada jedinstveno prihvaćeni (ili nametnuti) sovjetski model. Naspram toj moguće nametnutoj unifikaciji svrhe kažnjavanja, bivši je zakonodavac čak i nakon napuštanja socijalističkog bloka, dakle tijekom cijeloga razdoblja deetatizacije ipak zadržao rješenje prihvaćeno u drugim socijalističkim zemljama. Usprkos temeljitoj reformaciji kaznenog zakonodavstva, normativni okvir svrhe kažnjavanja doživio je tek lingvističke promjene. Je li ovo odraz ondašnje idejne konfuzije ili istinsko nastojanje zakonodavaca da potcrta značaj ovoga pitanja za sveukupnu politiku suzbijanja kriminaliteta, a u okviru u to vrijeme globalno prevladavajućih traganja za drugačijim ideološkim modelom kaznenog prava.⁵⁴ U svakom slučaju, stavljena u taj okvir, ova je odredba uz deklaraciju lijepih želja predstavljala priznavanje društvene realnosti, naspram okvira željene resocijalizacije, jasno je ocrtavala dominaciju zastrašivanja. „Ona ima programsko značenje jer izražava stav zakonodavca da se sprečavanje društveno opasne djelatnosti provodi prisilom i odgajanjem.”⁵⁵ Osim tog programatskog značaja, propisivanje svrhe kažnjavanja trebalo je pružiti praksi putokaz za primjenu kaznenih sankcija, odnosno pomoć pri odgovarajućem izboru vrste i mjere kazne. „Pored toga, ona ima i praktično značenje, jer elementi svrhe kažnjavanja daju sudovima putokaz pri izboru vrste i mjere kazne...”⁵⁶

Za razliku od naših često isticanih uzora, normativna eksplikacija svrhe kazne zadržana je i danas. Teško je prosuditi radi li se ovdje o paradigmatškoj inerciji ili stvarnom uvjerenju o potrebitosti i korisnosti takvoga pristupa. U svakom slučaju, time je ponovno podcrtana različitost našeg promišljanja uloge kaznenog zakonodavstva u odnosu na zapadnoeuropski civilizacijski krug. Kako ćemo kasnije vidjeti, lingvističke preformulacije, pa i eventualno ublažavanje nekih sadržaja, nisu odredbi o svrsi kazne oduzele značaj koji je imala u prethodnim razdobljima. Zadržan je i istovjetni stav, iskristaliziran u ranijem razdoblju, glede cilja propisivanja svrhe kazne u novom

52 Neki autori ističu postojanje „sadržaja u vezi sa svrhom kažnjavanja“ koji se u nekim zakonicima pojavljuju u okviru odredbi o odmjeravanju kazne. Tako Bojanić i Mrčela, str. 433, rubna nota 5. Treba, međutim, voditi računa da je bavljenje svrhom kazne u limitiranom kontekstu odmjeravanja kazne od sasvim drugačijeg značaja za ocjenu zakona, negoli je to eksplicitno propisivanje programatskih odredaba – posebice kada takve deklaracije još i zažive u praksi.

53 Još je zanimljivije uočiti gotovo potpunu šutnju glede pravih korijena normativnog određenja svrhe kazne, u ranijim razdobljima, i danas. Rijetki je iskorak pred više desetljeća napravio Pihler: „Nijedan krivični zakonik zemalja van socijalističkog društvenog uređenja . . . ne sadrži ni posebne odredbe o zadacima i ciljevima krivičnog zakona, niti pak one koje se odnose na svrhu kazne . . . upadljiva je velika sličnost između odredbi o svrhama kazne krivičnih zakonika onih zemalja koje takve odredbe sadrže”. Stanko Pihler, „Svrha kazne u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Penologija*, br. 2 (1975), str. 11.

54 Usporedi Neven Cirkveni, *Zastrašujući učin kazne* (neobjavljeni magistarski rad obranjen na Univerzitetu u Beogradu, 1987.), str. 22.

55 Željko Horvatić, *Izbor kazne* ..., str. 118.

56 *Ibid.*

hrvatskom zakonodavstvu: „Svrha kažnjavanja je ideja vodilja za svako odmjeravanje kazne jer je zadaća suda da konkretizira vrijednosne sudove zakona i ispuni svrhe za kojima ide zakon.“⁵⁷ Doduše, već i u prethodno vrijeme postavljeno je pitanje „kako je uopće moguće na osnovi određenog utvrđenog elementa za postizavanje svrhe kažnjavanja odabrati adekvatnu vrstu i mjeru kazne.“⁵⁸ Čini mi se da ovo pitanje ni danas ne nalazi jasnog odgovora. Ispitivanje tekuće sudske prakse daje potvrde tomu zaključku.

Zakonsko propisivanje svrhe kazne ne oduzima pravnoj teoriji mogućnost bavljenja problemom svrhe kazne. Nadalje, analogno onomu što je rečeno o svrsi kaznenog prava, o svrsi kazne također se može prosuđivati tek analizom cjelokupnoga kaznenog zakonodavstva i njegove praktične primjene. Tek analizom zaštićenih vrijednosti i svih mehanizama za ostvarenje svrhe kazne – sustava kazni i načela njihovog izricanja i izvršenja – može se dokučiti ukupni smisao kazne u jednome društvu. Pri tomu, valja naglasiti da formalno-logička analiza kaznenopravnih normi (*the law on the books*) mora biti dopunjena sociološkom analizom njihove primjene, analizom tzv. živućeg prava (*the law in action*). U tom smislu, još i danas vrijedi, za ono vrijeme prilično hrabro, opažanje: „Još je mnogo bitnije od čisto formalne analize kaznenih normi, iako međutim i mnogo teže, videti stvarno važenje, tj. praksu odnosnog zakonodavstva, pa tek na osnovu takve analize izvesti zaključak o tome koje su svrhe i u kojoj meri prisutne u kaznenom kažnjavanju u jednom pravnom poretku. Krajnji efekt zakonskog teksta može potpuno da se sagleda tek kroz njegovu konačnu primenu, počev od sudske odluke pa do izvršne instance“.⁵⁹ Ovom opažanju ipak treba uputiti jednu zamjerku. Suprotno Pihleru, autor rada ne vidi razloga za ograničavanje analize prakse na razdoblje „počevši od sudske odluke“. Čini se da pravne norme koje reguliraju postupak što prethodi donošenju sudske odluke, kao i primjena tih normi, često puno mogu reći o svrsi kazne kao i deklarativne norme materijalnog prava programatskog karaktera. Nažalost, iscrpna analiza tih normi i njihove sprege ili barem odraza na kaznenopravnu praksu prelazi okvire ovoga rada.

B. Svrha i opseg kažnjavanja: zakonski okvir

Iz uvodnih razmatranja razvidno je da se, u idejnoj sferi, podvajanje, odnosno razlučivanje odmazde od zastrašivanja lako provodi. U stvarnosti je, pak, puno teže odrediti što je što, odnosno je li određena kazna u funkciji odmazde ili zastrašivanja. Ništa jednostavnije nije niti s drugim ciljevima kažnjavanja.

Od donošenja Općeg dijela Krivičnog zakonika iz 1947. godine pa sve do Krivičnog zakona tri desetljeća kasnije, kako kroz razdoblje represije, tako i deetizacije, **normativno** reguliranje kažnjavanja u svojoj biti nije doživjelo prepoznatljivih izmjena. Bez obzira na drugačije jezične formulacije, isto se može reći i za današnje hrvatsko zakonodavstvo. Prve godine samostalne hrvatske države

57 Novoselec, *Opći dio ...*, str. 297.

58 Horvatić, *Izbor kazne ...*, str. 119.

59 Pihler, str. 7.

bile su obilježene zadržavanjem velikog broja zakona bivše državne zajednice. Takvu sudbinu, uz neznatne izmjene, doživjelo je i krivično zakonodavstvo. Kazneni zakon iz 1997. godine donosi opsežne izmjene kaznenog zakonodavstva. Usprkos tomu, na planu dominacije generalne prevencije i zastrašivanja kao njenog glavnog instrumenta malo se toga promijenilo. Odbacivši odmazdu, svi ovi zakoni, u svim promatranim razdobljima, apostrofiraju generalnu i specijalnu prevenciju kao jedine svrhe kazne. Time već na deklarativnoj razini zastrašivanje postaje, ili bolje rečeno ostaje, jednako važnom i potpuno ravnopravnom svrhom kazne bez obzira na sve drugačije proklamacije. Pred više od dva desetljeća, autor se nije mogao složiti s onima koji su smatrali da je naš kazneni sustav, pa makar i načelno uzevši, odbacio zastrašivanje kao svrhu kazne.⁶⁰ Bez obzira što su zagovornici tih teza kod analize konkretnog reguliranja kaznene odgovornosti dopuštali da su u ondašnjem kaznenopravnom sustavu ipak bili „sadržani implicitite i elementi odmazde i zastrašivanja”.⁶¹ Autor je smatrao tada, baš kao što drži i danas da ondašnje kazneno pravo, jednako kao i današnje, ni *načelno gledano* nikada nije odbacilo ideju zastrašivanja kao jedan od ciljeva opće svrhe kažnjavanja – suzbijanja kriminaliteta. Ali ne samo da ta ideja nije odbačena, ona nije po svojem značaju baš ničim reducirana, niti je njen stvarni doseg na bilo koji način umanjen. Ovu tvrdnju argumentira poredbeni prikaz relevantnih instituta iz sva tri razdoblja. Za potvrdu navedenoga dovoljno je analizirati relevantne institute kroz sva tri razdoblja razvoja hrvatskoga prava.

O značaju generalne prevencije u razdoblju deetatzima govori već sama formulacija opće svrhe propisivanja i izricanja kaznenih sankcija u st. 2. čl. 5. Krivičnog zakona SFRJ iz 1977. godine: „suzbijanje društveno opasnih djelatnosti kojima se povređuju ili ugrožavaju društvene vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom“. Formulacija opće svrhe kaznenopravnih sankcija u novom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu trpi lingvističke nespretnosti, čime u jednoj mjeri otežava prepoznatljivost proklamiranih ciljeva.⁶² Bez obzira na to, očito je da generalna prevencija dominira ovom formulacijom. Ako se kod apostrofiranja „poštivanja pravnog sustava“ i htio istaknuti značaj pozitivne generalne prevencije, onda formulacija „da nitko ne počini kazneno djelo“ sasvim sigurno pripada u nega-

60 Cirkveni, *Zastrašujući učin ...*, str. 137. u osvrtu na tezu Milutinovića da je „naš kazneni sistem, načelno uzev, odbacio ranije ciljeve kažnjavanja - ispaštanje, odmazdu i zastrašivanje”; Milan Milutinović, *Penologija* (Beograd: Savremena administracija, 1981.), str. 279.

61 Milutinović, *ibid.*

62 „Opća svrha propisivanja i izricanja ili primjene svih kaznenopravnih sankcija jest da svi građani poštuju pravni sustav i da nitko ne počini kazneno djelo, te da se počinitelji kaznenih djela ubuduće tako ponašaju.“ (čl. 3. Kaznenog zakona). Gramatički, logički i teleološki, poželjnije je izricanje svrhe ili cilja korištenjem imenica. Umjesto toga, zakonodavac se opredijelio (hrvatskom jeziku u osnovi nesvojtvenu) za uporabu zavisno-složene rečenice u funkciji objekta (pod očitim utjecajem sličnih konjuktivnih konstrukcija u germanskim i romanskim jezicima). Kao posljedica, svrhu se nije uspjelo izraziti jednostavnom uporabom tri su riječi. Umjesto „da svi građani poštuju pravni sustav“, trebalo je reći „poštivanje pravnog sustava“; umjesto „da nitko ne počini kazneno djelo“, trebalo je reći „odvratanje od kaznenih djela“. Završna proklamacija „da se počinitelji kaznenih djela ubuduće tako ponašaju“ mogla se zamijeniti bilo kojom lako shvatljivom imenicom poput *popravljanja, preodgoja* i tomu slično.

tivni oblik generalne prevencije, tj. u odvracanje od kaznenih djela zastrašivanjem.

Unutar *svrhe kažnjavanja* propisane člankom 33. Krivičnog zakona SFRJ, na generalnu prevenciju odnosio se stavak 2. i 3., s tim što stavak 2. – „odgojni utjecaj na druge da ne čine krivična djela“ – znači prihvaćanje prevencije zastrašivanjem potencijalnih počinitelja kaznenih djela. To je još jasnije istaknuto u Općem dijelu krivičnog zakonika iz 1947. godine, formulacijom generalne prevencije u članku 2.: „opće odgojni utjecaj na druge članove društva u svrhu *odvracanja* od vršenja krivičnih djela“.⁶³ Zanimljiv je ondašnji pokušaj oduzimanja značaja prevencije ovoj odredbi: „Ne bi bilo ispravno kada bi svrhe kažnjavanja, koje navodi zakon, smatrali istovetnima sa specijalnom, odnosno generalnom prevencijom. Shvatanje kazne kao specijalne ili generalne prevencije nije moguće u socijalističkom pravnom sistemu“. Ovo stoga što generalna prevencija „pretpostavlja neku manjinu, koja na naročit način djeluje na golemu većinu građana. Ta manjina kao klasa koja vlada, nameće golemoj većini naroda neka pravila ponašanja. Pritom smatra gotovo sve građane kriminalno kolebljivima, kao potencijalne, kao moguće zločince. Čim na mjesto neznatne manjine, kao klase koja vlada, stupa golema većina naroda, gubi ta koncepcija generalne prevencije svoj smisao.“⁶⁴ Ne odričući lucidnost navedenom opažanju, držimo da se ipak radi o vrlo jasnoj odredbi generalnopreventivnog, posebice zastrašujućeg karaktera. Jednako je eksplicitan članak 3. Krivičnog zakonika iz 1951. godine, koji govori o „*sprečavanju* društveno opasnih djelatnosti“⁶⁵, dakle o

63 „Svrha kažnjavanja je: uništavanje društveno opasne djelatnosti, odvracanje i sprečavanje učinioca da ne čini krivična djela; predogajanje i popravljavanje učinioca; opći odgojni utjecaj na druge članove društva u svrhu odvracanja od vršenja krivičnih djela.“ (čl. 2. OKZ FNRJ iz „1947.)

Komentatori ovoga zakonika govore o time postignutom „razvijanju društvene discipline“, koju tumače kao „onaj opći odgojni utjecaj na sve građane u pogledu učvršćenja njihove društvene discipline i pravilnog ispunjenja njihovih društvenih obaveza.“ *Komentar Općeg dijela Krivičnog zakonika*, ur. Moša Pijade (Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke, 1948.), str. 14. Identičnim rječnikom ovu odredbu komentira Frank, koji, na jednom mjestu, kaznu prikazuje kao „sredstvo održavanja društvene discipline, jer kao opće odgojno sredstvo pokazuje građanima put kojim treba, zapravo, ne treba, da idu.“ Frank, *Kazneno ...*, str. 7-10. Čini se, ipak, da je to tek jedan pokušaj više teoretskog stiliziranja zakonske odredbe koja svoj pravi smisao izriče u prvome stavku.

Ovakav zaključak potvrđuje i Krivični zakonik iz 1951. godine koji, uz manje više nepromijenjenu odredbu o zastrašivanju, u 4. alineji članka 4. posvećuje posebnu odredbu jačanju društvenog morala i discipline. Ovu preuzima i dalje razrađuje st. 3. čl. 33. Krivičnog zakona SFRJ propisujući kao svrhu kažnjavanja „jačanje morala socijalističkog samoupravnog društva i utjecaj na razvijanje društvene odgovornosti i discipline građana“.

64 Frank, *Kazneno...*, str. 11. Usprkos relativiziranju ovoga komentara zbog njegova kasnijeg izostavljanja, pa moguće i sažalosti ili podsmijeha u nekih kasnijih autora, čini se da je prof. Frank ovakvim shvaćanjem korijena kriminaliteta stupao daleko ispred svoga vremena. (Doduše, dijelom i u duhu toga vremena i tada prevladavajućih, relativno grubih teorija kriminaliteta proizišlih iz različitih pravaca socijalističke misli.) Da se rodio samo nekoliko desetljeća kasnije i nekoliko tisuća kilometara zapadnije, ovakovi stavovi jamčili bi mu naziv korifeja radikalne kriminologije ili tomu slično.

65 „Svrha kažnjavanja jest: sprečavanje društveno opasne djelatnosti; sprečavanje učinioca da ne čini krivična djela i njegovo popravljanje; odgojni utjecaj na druge da ne čine krivična djela; utjecaj na razvijanje društvenog morala i društvene discipline građana.“ (čl. 3. KZ FNRJ iz 1951.).

funkciji koja se ostvaruje pretežno negativnim vidom generalne prevencije, odnosno zastrašivanjem. Zato se tada s pravom iznosilo „da i po našem zakonu generalna prevencija pripada samom biću kaznenog prava i da se ne može shvaćati kao neki sekundarni učinak kaznenog prava zasnovan na krivnji i specijalnoj prevenciji”.⁶⁶ To se odnosi kako na jačanje društvenog morala i discipline, tako i na sprječavanje kaznenih djela zastrašivanjem. Prema tomu, unatoč manje ili više opskurnim formulacijama, jugoslavensko se kazneno zakonodavstvo ni *načelno* nije odreklo zastrašivanja kao dominantnog sredstva ostvarivanja svoje svrhe i društvene uloge.

Kako je u poglavlju o stajalištima na svrhu kazne već prikazano, hrvatski se zakonodavac, slično opredjeljenju većeg broja bivših socijalističkih zemalja, odlučio zadržati zakonsko propisivanje, odnosno normativno uređenje svrhe kazne.⁶⁷ Za razliku od mnogih drugih odredaba, odredba o svrsi kazne doživjela je potpunu rekonstrukciju. Autor ipak smatra da je ova rekonstrukcija više jezična, negoli smisljena.⁶⁸ Nadalje, ovoj odredbi može se štošta predbaciti u jezičnom, logičkom i smislenom sadržaju.⁶⁹ Ostavi li se jezična nespretnost po strani, ta definicija ipak prilično jasno određuje volju zakonodavca glede ciljeva i načina provođenja kaznene politike. Barem o značaju zastrašivanja kao sredstva generalne prevencije. Time je zakonodavac u već poznatoj maniri, na manje ili više vidljiv način, propisao sve one ciljeve kažnjavanja koji dominiraju kaznenopravnom misli zadnjih stoljeća.

66 Bačić, *Krivično ...*, str. 432.

67 Tako su, na primjer, zakonsko propisivanje svrhe kazne zadržale Mađarska, Bugarska, Rusija, Rumunjska, za razliku od, Albanije, koja se odrekla takvog pristupa.

Kao svrhu kažnjavanja, Bugarska propisuje: „1. popravlanje počinitelja radi poštivanja zakona i dobrih običaja, 2. preventivni utjecaj na njega i otklanjanje mogućnosti da počini druga kaznena djela, 3. odgojni i opominjući učin na druge članove društva.“ (čl. 36. st. 1. Kaznenog zakona Bugarske iz 1968. amendiranog 1969., 1973., 1974., 1975., 1977., 1978., 1979., 1982., 1984., 1985., 1986., 1988., 1990., 1991., 1992., 1993., 1995., 1996., 1997, 1998., 1999., 2000., 2001., 2002.). Rumunjska šturo određuje da je „kazna prisilna mjera koja se primjenjuje radi preodgoja počinitelja i radi sprečavanja počinjenja drugih kaznenih djela.“ (čl. 57. st. 1. Kaznenog zakona Rumunjske iz 2005.). Mađarska i dalje na sličan način određuje da je „cilj kažnjavanja prevencija – u interesu zaštite društva, počinitelja ili bilo koje druge osobe od počinjavanja kaznenog djela.“ (čl. 37. Kaznenog zakona Mađarske iz 1978.). Kazneni zakon Ruske Federacije u istoj maniri propisuje: „Kazna se primjenjuje u svrhu ponovne uspostavlje društvene pravde, i također u svrhu popravljivanja osuđene osobe, kao i sprečavanja počinjenja drugih kaznenih djela.“ (čl. 43. st. 2. Kaznenog zakona iz 1996.). Zakonskim tekstovi dostupni na internet stranici <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. Pristupljeno 12. veljače 2010.

68 „Svrha kažnjavanja je da se uvažavajući opću svrhu kaznenopravnih sankcija izrazi društvena osuda zbog počinjenog kaznenog djela, utječe na počinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela, utječe na sve ostale da ne čine kaznena djela i da se primjenom propisanih kazni utječe na svijest građana o pogibeljnosti kaznenih djela i pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja.” (čl. 50. KZ RH).

69 Slično primjedbama iz bilješke 62, izričaju ove norme u prvom redu autor predbacuje nedostatak jezgrovitosti do kojega je dovelo ponajviše sasvim bespotrebno korištenje zavisnosloženih rečenica u ulozu objekta. Novoselec ovoj odredbi predbacuje nedostatak poštivanja pravila logike glede definiranja, ali joj puno više zamjera „što samo mehanički nabraja svrhe kažnjavanja, a da ih ni ne pokušava dovesti u bilo kakav međusobni odnos“. Novoselec, *Opći dio*, str. 377.

Retribucija u formi osude, inkapacitacija, preodgoj, negativna i pozitivna generalna prevencija jednako su prisutni danas, kao i pred više desetljeća, ništa manje, niti više, negoli u drugim zemljama koje su zadržale zakonodavni pristup uređenju svrhe kažnjavanja.

Uz određene oscilacije u značeju retribucije,⁷⁰ literatura je uglavnom jedno-dušna po pitanju generalne prevencije, pa tako i zastrašivanja, kao svrhe kažnjavanja u hrvatskom pravu. Iako se ponegdje naglašava da svrha kažnjavanja nipošto nije isključivo preventivna,⁷¹ preteže zaključak da generalna prevencija uzima dosta prostora, odnosno dominira.⁷² Ne navodi se, nažalost, je li ta dominacija rezultat propisivanja generalne prevencije kao svrhe kažnjavanja u oba njena vida, tj. kako negativne, tako i pozitivne prevencije. Drugim riječima, autori se ne izjašnjavaju radi li se o dominaciji sintetičkog djelovanja oba vida generalne prevencije, o mogućem prevladavanju kojega od njih te koji bi to prevladavajući vid bio. Imajući to u vidu, postojeća literatura ne nudi jasan odgovor radi li se, zapravo, o dominaciji **zastrašivanja** kao svrhe kažnjavanja u hrvatskom pravu.⁷³ Bez obzira na konfuznost navedenih odredaba i eventualne nedorečenosti literature, nema niti jednog ozbiljnog argumenta koji bi govorio protiv tvrdnje da se današnje hrvatsko zakonodavstvo,

70 Tako Bačić tvrdi da retribucija u nas nije svrha kažnjavanja, već jedan činitelj, odnosno sredstvo kažnjavanja. Ovo u bitnome argumentira time što je „zakon nikako ne spominje u čl. 50.“ Ovakva argumentacija nužno vodi u zaključak da retribucija zapravo nikada i nigdje nije bila svrhom kažnjavanja, jer činjenica je da ju niti jedan zakon ne proklamira za svrhu kažnjavanja. Usprkos najboljim namjerama, ova linija argumentiranja čini se neuvjerljivom. Vidi Bačić, *Kazneno pravo: Opći dio* (Zagreb: Informator, 1988), str. 383. i 388. Drugačija je argumentacija Cvitanovića koji prilično tvrdo i bez daljnje razrade ili argumentacije ističe: „Danas je jasno da retribucija više nije i ne može biti svrhom kažnjavanja.“ Cvitanović, 308. Ovo jednostavno nije točno. Na razini iskustva, svakodnevno opažanje jednako pouzdano kao i istraživanje stvarne biti kazne potvrđuje nazočnost retribucije kako u društvenim stavovima, tako i u izrečenim kaznama. Nadalje, misao da retribucija „ne može biti svrhom kažnjavanja“ opire se cijelom jednom korpusu filozofske i druge literature koja baš tu svrhu danas, jednako kao i prije, ističe, pa i promovira. U tom smislu, sasvim sigurno stoji opažanje Horvatića: „Valja se suočiti s istinom da je u svakoj kazni sadržan u određenoj mjeri njezin retributivni sadržaj, cilj i svrha.“ Horvatić, „Promjene ...“, str. 393. Puno eksplicitnije retribuciju kao svrhu kažnjavanja u hrvatskom pravu argumentira Novoselec, koji njenu nespornu nazočnost izvlači iz pojma *pravednosti* sadržanog u čl. 50. Kaznenog zakona te vrlo logičnog zahtjeva za kontekstualnom analizom, odnosno dovođenjem ovoga članka u vezu s načelom krivnje iz čl. 4. Novoselec, *Opći dio ...*, str. 378.

71 Željko Horvatić, *Kazneno pravo: Opći dio I* (Zagreb: Sveučilište u Zagrebu, 2003.), str. 162. Osim, u osnovi, uvjerljive argumentacije u ovome radu, autor u prijašnjim radovima ističe nepoželjnost generalne prevencije koja bi bila jedina svrha kažnjavanja. Vidi Horvatić, „Pravno utemeljenje i suvremeno tumačenje svrhe izvršenja kazne lišenja slobode“, *Naša zakonitost*, br. 6 (1991), str. 659. Cvitanović, pak, ističe da je prva svrha kazne u nas specijalna prevencija te da je generalna prevencija tek na drugom mjestu. Cvitanović, str. 308. Autor sasvim točno ističe da se svrha kažnjavanja sagledava u kontekstu šire ili opće svrhe propisivanja i izricanja kaznenih sankcija, ali iz teksta ipak nije jasno odnosi li se taj stav o primarnosti specijalne prevencije samo na odredbu o svrsi kazne ili je to zaključak izvučen analizom ukupnosti sustava kaznenog prava.

72 Novoselec, *Opći dio...*, str. 377. Bojanić i Mrčela, str. 439 i 445.

73 Vjerojatno se radi o nečemu što većina autora uzima „zdravo za gotovo“, stoga nema potrebe to posebno eksplicitirati. Naravno, moglo bi se naći razloga i za drugačije uvjerenje.

slično bivšem jugoslavenskom, niti načelno ne odriče dominacije zastrašivanja kao sredstva ostvarivanja svoje društvene uloge.

Sasvim sigurno, o ovomu se ne može i ne smije govoriti isključivo na temelju puke analize jednoga zakonskoga članka (pa makar i u sprezi s odredbom o načelu krivnje iz čl. 4. Kaznenog zakona), poglavito ne onda kada je njegova svrha ponajviše programatsko-deklarativnog karaktera. Uz dužno poštovanje uzvišenim namjerama zakonodavca, njegova stvarna volja puno se jasnije utvrđuje iz neprogramatskih pravnih normi, a posebice analizom sankcija umjesto deklaracija. S tog gledišta, argumentacija iz nastavnih redaka daje dodatnu potvrdu tezi o dominaciji negativne generalne prevencije, odnosno zastrašivanja.

Uvodna razmatranja o osnovi kazne bavila su se isključivo pravom države na kažnjavanje *in generaliter*. Pitali smo koji su to razlozi koji opravdavaju kažnjavanje, ali nismo se zapitali koji to razlozi opravdavaju da će neka kazna biti propisana i izrečena u ovoj ili onoj vrsti i težini. Na razini filozofskog umovanja, radi se, ako ne o istomu, onda svakako o povezanim pitanjima. „Problem moralnosti kazne uključuje uz pitanja moralnih osnova *prava* kažnjavanja . . . također i pitanje što bi trebala biti *mjera* kazne.“⁷⁴ Općenito se smatra da vrsta i veličina kazne moraju biti proporcionalne ili na neki drugi način primjerene kaznenom djelu o kojemu je riječ. Normativna razrada ovoga postulata proteže se kroz cijeli niz različitih odredaba.

Sa stajališta zastrašivanja svakako je zanimljivo ograničenje u propisivanju sadržaja kaznenopravnih sankcija iz čl. 7. Kaznenog zakona.⁷⁵ Ova odredba zahtijeva da sadržaj kaznenopravnih sankcija bude ne samo usuglašen, već štoviše razmjeran posebnoj svrsi kazne. Iako je zakonodavac nomotehnički ovo ograničenje zakonodavca proveo povlačenjem razmjernosti svrhe kazne s ograničenjima prava i sloboda počinitelja, sasvim je jasno da se zapravo radi o ograničenju sadržaja kaznenopravnih normi. Ovom odredbom zakonodavac je postavio granice samome sebi u određivanju kaznenih djela i njihovih sankcija na način da ove, među ostalim, moraju biti razmjerne i svrsi zastrašivanja kao dijela generalne prevencije.

Ova odredba svoje izvorište ima u članku 6. KZ SFRJ, koja je nalogala da „učiniocu krivičnog djela u izvršenju krivične sankcije mogu biti oduzeta ili ograničena određena prava samo onoliko koliko to odgovara naravi i sadržaju te sankcije i samo na način kojim se osigurava poštivanje učiniočeve ličnosti i njegovo ljudsko dostojanstvo“. To je bila razrada odredbi st. 2. čl. 51. Krivičnog zakonika iz 1951. godine i čl. 81. Općeg dijela krivičnog zakonika, donesenih po uzoru na sovjetsko zakonodavstvo. Iako je tada bilo primjedaba da se radi o zakonskom „superfluumu, i to

74 Primorac, str. 20.

75 „Određujući sadržaj kaznenopravnih sankcija i način njihove primjene, počinitelju kaznenog djela mogu se ograničiti njegove slobode i prava samo u mjeri koja odgovara vrsti kaznenopravne sankcije i njezinoj posebnoj svrsi određenoj zakonom, bez prouzročenja tjelesnih bolova ili duševnih patnji, nečovječnog postupanja ili ponižavajućeg odnosa, uz poštovanje ljudskog dostojanstva i osobnosti.“ (čl. 7. KZ RH).

nepotrebnom i suvišnom koji kao definiranje notornog oduzima serioznost zakonu⁷⁶, autor smatra da ova odredba nalazi svoj smisao kao izraz opredjeljenja zakonodavca za zastrašivanje *propisivanjem*, a ne i izvršenjem kazni.⁷⁷ Unošenje jasnog naziva ovoga članka u hrvatskome pravu – „ograničenje u propisivanju sadržaja“ – otklonilo je svaku nedoumicu po tom pitanju.

Značajno je ograničenje zakonodavnog zastrašivanja sadržano u načelu krivnje na kojemu počiva cjelokupna zgrada kaznenog prava. Bez obzira je li to načelo izričito proklamirano posebnom zakonskom odredbom (kako je to učinilo današnje samostalno hrvatsko pravo u čl. 4. Kaznenog zakona), ili se ono deducira iz odredaba o oblicima kaznene odgovornosti (kako je to bilo za vrijeme zajedničkog jugoslavenskog krivičnog prava prvog i drugo razdoblja), načelo krivnje služi dvjema ciljevima. U prvom redu, ono služi kao opravdanje kazne (jer počinitelja se kažnjava baš zato što je *skrivljeno* povrijedio važne zakonom zaštićene vrijednosti). Ali osim toga, ono podjednako važno služi i kao mjera za odmjeravanje vrste i visine kazne. U tom smislu, načelo krivnje u određenoj mjeri, odnosno u jednom broju slučajeva predstavlja ograničenje zastrašivanja kao svrhe kazne. Time što traži da kazna mora biti zaslužena, načelo krivnje podvlači značaj retributivnosti kao svrhe kazne. Retributivnost proizišla iz krivnje glavno je ograničenje kazne njenim drugim ciljevima, a poglavito na štetu zastrašivanja. Naime, zastrašivanje, tj. generalna prevencija (uz moguću ogradu glede pozitivne generalne prevencije) opravdava kažnjavanje i bez krivnje. Ovo je sukladno temeljnim postulatima utilitarizma koji dopušta kažnjavanje nevinih dokle god je ono sukladno načelu najveće moguće korisnosti.⁷⁸ Sličan je odnos zastrašivanja i prema specijalnoj prevenciji.⁷⁹ Iz tog razloga, suvremeno učenje o izboru kazne nalaže da „zbog toga što se eventualno smatra da je upravo određenom vrstom i mjerom kazne moguće postići generalno preventivni efekt, ta konačno utvrđena kazna ne može biti nepovoljnija za učinioca od one koja bi za njega bila najnepovoljnija na osnovi uspostavljenog odnosa između krivnje i kazne.“⁸⁰ Tek zahvaljujući retributivnosti načela krivnje, kantovski imperativ zabrane korištenja čovjeka kao sredstva za postizanje drugih ciljeva postavio je stroge granice inače široko prisutnoj ideji zastrašivanja u našem pravu.

Odredbe o svrsi kažnjavanja svoj pravi smisao dobivaju tek u zajedništvu s načelima i eventualno propisanim pravilima o izboru vrste i mjere, tj. odmjeravanju

76 Zvonimir Šeparović, *Kriminologija i socijalna patologija* (Zagreb: Pravni fakultet, 1981.), str. 313.

77 Cirkveni, *Zastrašujući učin...*, str. 139.

78 Ogradu kažnjavanju nevinih sa stajališta utilitarizma predstavlja tek eventualna štetnost takvoga postupanja, dakle umanjene njegove korisnosti, zbog, primjerice, narušenog povjerenja građana u pravni sustav i tome slično. Mogućnost drastičnog zanemarivanja krivnje predstavlja najozbiljniji prigovor ovom pogledu na svijet.

79 Slično, ali glede specijalne prevencije iznose Bojanić i Mrčela: „Generalna prevencije opravdava kažnjavanje i u situacijama kada kod počinitelja ne postoji opasnost od ponavljanja kaznenog djela i to je njezina prednost pred teorijom specijalne prevencije.“ Bojanić i Mrčela, *Svrha...*, str. 438.

80 Horvatić, *Izbor kazne ...*, str. 153.

kazne. Bez obzira jesu li okolnosti koje utječu na odmjeravanje kazne više ili manje propisane ili su pak prepuštene sudskoj praksi, pravila o izboru vrste kazne, a još više njihova primjena u praksi daju konačni sud o svrsi kazne, pa tako i kaznenog prava. Ostavimo li za trenutak praksu po strani, pa se fokusiramo na volju zakonodavca, iskazanu pravnim normama, zasigurno stoji opažanje da sinteza (autor naglašava – još više *analiza*) sadržaja odredaba koje se odnose na izbor vrste i mjere kazne omogućuje „da definitivno utvrdimo koji su ciljevi kažnjavanja i što je sadržaj kazne.“⁸¹ Dužnost suda da uspostavi zakonom zamišljeni odnos ciljeva kažnjavanja u sadržaju svake izrečene kazne podjednako se jasno proteže kroz sva tri promatrana razdoblja. Svaki od relevantnih kaznenih zakona stavlja postupak izbora vrste i mjere kazne u odnos sa svrhom kažnjavanja. Shodno tomu, nedvojbeno je nazočnost ideje zastrašivanja u odredbama o odmjeravanju kazne iz čl. 56. Općeg dijela Krivičnog zakonika iz 1947. godine, baš kao i čl. 41. Krivičnog zakona SFRJ iz 1977. godine.⁸² Za razliku od svojih prethodnika, novo hrvatsko zakonodavstvo određuje svrhu kažnjavanja kao temelj odmjeravanja kazne (čl. 56. Kaznenog zakona).⁸³ Prema ovom zakonu, kazna se određuje na temelju stupnja krivnje, pogibeljnosti djela i svrhe kažnjavanja. Zakonodavac je, nema sumnje, htio dodatno naglasiti značaj izricanja kazne sukladno zakonom promulgiranim ciljevima, među ostalim i adekvatnoj dozi zastrašivanja. Stoga je eksplicitno propisano da sud kaznu mora odmjeriti vodeći računa o njenom generalnopreventivnom učinku, odnosno potencijalu zastrašivanja. Pri tomu, sud je dužan uzeti u obzir sve okolnosti koje utječu da kazna bude lakša ili teža. Zbog trodiobe temelja odmjeravanja kazne iz st. 1. (krivnja, pogibeljnost, svrha), na prvi pogled izgleda da su okolnosti od značaja za određivanje zastrašujuće mjere kazne one koje se tiču jačine ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra te okolnosti u kojima je djelo počinjeno, tj. objektivne okolnosti. To, međutim, ne mora biti tako. Sasvim je moguće da pobude iz kojih je djelo počinjeno, usklađenost ponašanja sa zakonima, kao i neke druge okolnosti budu od značaja za izbor vrste i mjere zastrašivanja sadržanog u izrečenoj kazni. Sukladno osnovama teorije zastrašivanja, privlačnosti teškog povređivanja zaštićenog objekta, treba suprotstaviti veći intenzitet protumotiva, dakle veći stupanj zastrašivanja. U onoj mjeri u kojoj je takvo apotekarsko odvagivanje i doziranje motiva i protumotiva psihološki vjerojatno, a praktično moguće, glede njegova doziranja i samoga učina ne vidimo bitne razlike između posebno jakog stupnja ugroze zaštićenog dobra od primjerice posebnih

81 Horvatić, *Izbor kazne...*, str. 150.

82 Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine ne spominje svrhu kazne u svom *Općem pravilu o odmjeravanju kazne* iz čl. 38., ali zato govori o njoj u ostalim odredbama iz glave *Odmjeravanje kazne* poput *Odmjeravanja kazne u slučaju višestrukog povrata* (čl. 40a. st. 3.), *Ublažavanje kazne* (čl. 42. st. 2), *Odmjeravanje kazne osuđenoj osobi* (čl. 47. st. 2.), *Izricanje uvjetne osude* (čl. 48. st. 4.), *Sudska opomena i njezin učinak* (50a. st. 1.), *Uvjetni otpust* (čl. 56. st. 2. i 3.). Izostavljanje eksplicitnog navoda svrhe kazne u općem pravilu time nipošto nije smjeralo na neuvažavanje svrhe kazne kao ključnog mjerila pri izboru. Vjerojatno je zakonodavac držao da je za ovaj cilj sasvim dostatna opća odredba o svrsi kazne.

83 Bivši su zakoni rabili nešto blaže formulacije zahtijevajući od suda da pri odmjeravanju kazne „ima u vidu“ (OKZ 1947.), odnosno „ima na umu“ (KZ SFRJ 1977.)

pobuda iz kojih je djelo počinjeno. U svakom slučaju, autor smatra da je od posebnog interesa pitanje porasta broja kaznenih djela kao okolnosti za odmjerenje strože kazne, kojim se bavimo nešto dalje u tekstu.

O prisutnosti ideje zastrašivanja dalje svjedoče mogućnost kažnjavanja za pripreme radnje te široko zasnovano kažnjavanje za pokušaj. Iako kažnjivost ovih stadija kaznenog djela svoje opravdanje nalazi u različitim kriminalno-političkim razlozima, odnosno ugrozi objekta radnje, zločinačkoj volji počinitelja ili nekoj njihovoj kombinaciji, u pozadini svih ovih argumenata nalazi se nepokolebano uvjerenje da se navedena ponašanja mogu sprječavati stavljanjem u izgled kaznenih protumotiva, tj. zastrašivanjem. Tako je u vrijeme Krivičnog zakonika iz 1951. godine, kažnjavanje za pokušaj bilo moguće za otprilike 55% svih inkriminacija.⁸⁴ Široko kažnjavanje pripremljenih radnji iz glave XV Krivičnog zakona SFRJ, pa čak i onih udaljenijih (kažnjavanje za „djela upravljena na” određene ciljeve), pa i sam prilično dvojbeni sadržaj nekih kontroverznih inkriminacija ove glave, navodi na zaključak da je jugoslavenski zakonodavac u zaštiti osnovnih vrijednosti društvenog poretka, u velikoj mjeri bio nadahnut mogućnostima njihove obrane zastrašivanjem potencijalnih prijestupnika. U kojoj je mjeri danas drugačije? Sasvim očekivano, kažnjivost pripremljenih radnji za kaznena djela protiv Republike Hrvatske zaostaje za spomenutom glavom XV KZ SFRJ jedino u pitanju izbacivanja blanketnih kaznenih djela poput kontrarevolucionarnog ugrožavanja društvenog uređenja ili neprijateljske propagande, protiv koje su, u onoj mjeri u kojoj je to bilo moguće, „pravnici od formata“ ustajali i u vrijeme onoga poretka. Kažnjivost pokušaja u hrvatskom zakonodavstvu kreće se u podjednakim normativnim granicama kao i za bivše države.⁸⁵ Shodno tomu, možemo slobodno zaključiti da je hrvatski zakonodavac, unatoč uvažavanju temeljnih demokratskih postulata i civilizacijskih tečevina, podjednako impresioniran mogućnostima obrane temeljnih društvenih vrijednosti zastrašivanjem potencijalnih prijestupnika već u najranijoj fazi kaznenih djela. Ako ne kod svih djela, onda barem tamo gdje je to od istinskog značaja.

Pregled i analiza raznih rješenja krivičnih zakon(ik)a bivše države te važećeg kaznenog prava, posebice pojedinačnog reguliranja krivnje, odnosno kaznene odgovornosti, te vrsta i težine propisanih kazni potvrđuje prisutnost ideje zastrašivanja, moguće čak i odmazde u bivšem, ali i današnjem kaznenom zakonodavstvu.⁸⁶ U nastavku rada, ispitat ćemo koliko se uspješno hrvatsko zakonodavstvo nosi s ovim problemom, odnosno u kojoj mjeri ideja zastrašivanja i dalje služi kao misao vodilja u promulgiranju službene kaznene politike.

84 Računica dobivena korištenjem podataka iz tablice u Horvatić, str. 113. Horvatić je izbrojao 555 posebno opisanih zabranjenih ponašanja koja je klasificirao u 33 kombinacije. Od toga 314 djela, odnosno dvadeset kombinacija udovoljavaju uvjetima za izricanje one kazne koja omogućuje kažnjavanje za djelo u pokušaju.

85 Kod toga imamo u vidu samo sličnost zakonskih preduvjeta za kažnjavanje pokušaja ne ulazeći u analizu broja djela o kojima bi se moglo raditi.

86 Isp. Milutinović, *Penologija*, str. 279; u vezi s odmazdom usporedi Pihler, str. 22.

III. Normativna strogost i sudska blagost

Na razini normativnog postojanja, jugoslavensko je kazneno pravo patilo od visokog stupnja strogosti. Ovo se održavalo kako u visini zaprijećenih kazni, tako i u vrstama kazni koje su stajale na raspolaganju suda. Sasvim prirodno, nezaobilazno mjesto zauzimala je smrtna kazna. Utoliko stoji sud o optičkoj strogosti toga zakonodavstva i njegovoj inspiriranosti idejom zastrašivanja.

Postojanje smrtno kazne u zakonodavstvu koje odbija ideju odmazde, moglo se pravdati jedino njenim *eventualnim* generalno preventivnim učinkom. Kako je u socijalističkoj društvenoj zajednici, barem načelno, bio nedopustiv društveno-etički sud o nevrjednosti nečijega života, ova je kazna mogla počivati isključivo na ideji zastrašivanja. Osim tog logičkog argumenta, ovu slutnju još više je potkrepljivao neprihvatljivo veliki broj kaznenih djela za koje se ona mogla izreći. Naime, smrtna je kazna bila propisana za čak 46 kaznenih djela. Ako se uzmu u obzir ne samo članovi, već i stavovi u pojedinim člancima, to je davalo 66 kapitalnih zločina. Neki su autori, računajući drugačije, dolazili i do brojke od 96 kapitalnih zločina.⁸⁷ Smrtnu je kaznu bilo moguće izreći i za neka djela u pokušaju pa i pripremi, iz nehaja, kao i za neka djela propuštanja. Općenito, čini se da je naopako shvaćena ideja zastrašivanja bila *spiritus movens* jugoslavenskog zakonodavca prilikom određivanja mjesta i uloge smrtno kazne u kaznenom pravu.

Zadnje godine postojanja jugoslavenske države bile su obilježene krupnim promjenama na području kaznenog prava. Ukidanje smrtno kazne u Hrvatskoj bilo je prirodni rezultat toga procesa. Inauguracija istinski vlastitog kaznenog prava dalo je hrvatskom zakonodavcu priliku smanjiti neprihvatljivo visoki stupanj normativne represije. Usprkos određenim odstupanjima, nastalim pod utjecajem neuspjeha u obračunu s rastućim kriminalitetom, hrvatski je zakonodavac uspio održati prihvatljivu razinu normativne strogosti kaznenog prava.

Istodobno, iza kulisa vodila se teška bitka proponenata različitih pravaca kaznene politike. Ako se izuzmu stavovi struke, rasprava politike i javnosti potvrdila je duboko uvriježeno vjerovanje u nezaustavljivu moć zakona i zastrašivanja kao njegova glavnoga sredstva. U velikoj mjeri, ovo se očitovalo u pokušaju uvođenja kazne doživotnog zatvora. Doživotno lišenje slobode imalo je biti neka vrsta surogata za smrtnu kaznu, o kojoj više nitko i ne pomišlja – ne samo iz obzira, već prvenstveno iz bar površnog shvaćanja da čovjek čovjeku nikada i ni pod kojim uvjetima ne smije oduzeti život. Kako je naglasak proponenata bio sadržan u labavim dokazima zastrašujuće učinkovitosti ove kazne (analogno podjednako slabim dokazima zastrašujućeg učina smrtno kazne), šutljivi abolicionisti jugoslavenskih vremena iskalili su sav svoj naknadni gnjev na pitanju nehumanosti i brutalnosti doživotnog lišenja slobode. Time je hrvatska okrenula leđa nehumanim i brutalnim sustavima poput njemačkoga, britanskoga, francuskoga i drugih kolijevki europske kulture i civilizacije, a pridružila se lučonošama novovjeke demokracije od Estonije do Rumunije. *Sic transit gloria mundi!*

87 Šeparović, *Pojave i odgovornosti* (Zagreb: Pravni fakultet, 1987.), str. 186.

Sasvim razumljivo, kazni doživotnog zatvora nemoguće je pripisati ikakav diferencijalni, tzv. marginalni zastrašujući učin u odnosu na kaznu dugotrajnog zatvora. Često citirana tvrdnja uglednog njemačkog autora da se ovom kaznom ostvaruje generalnopreventivni efekt jer se ona „nakon ukidanja smrtne kazne može smatrati izrazom odlučnosti države da energično odgovori na svjesne povrede najvažnijih pravnih dobara“,⁸⁸ autoru jednostavno nije razumljiva; barem ne sa stajališta negativne generalne prevencije, odnosno zastrašivanja. Ne vidim kako se to *odlučnost* može iskazivati visinom kazne. Radi se o sasvim različitim pojmovima na potupno drugačijim operativnim razinama. Dok je *visina* pojam iz kruga količine te eventualno kvalitete kazne, *odlučnost* je pojam iz kruga kvalitete ljudskoga djelovanja. Nigdje, baš nigdje ta dva kruga nemaju preklapanja ili presijecanja. Sasvim suprotno od navedenog njemačkog autora, odlučnost kažnjavanja ogleda se jedino i isključivo u odlučnosti *progona*, dakle otkrivanja i procesuiranja zlikovaca. Što se navedene *energičnosti* tiče, zapravo se radi samo o eufemizmu za *strogost*. Ali i tu se pojam, kako je naveden, odnosi samo na *protagoniste* kaznene politike, a ne i na kaznu. A kada je o strogosti same *kazne* riječ, onda se postavlja obično pitanje marginalnog učina povećanja strogosti jedne kazne u odnosu na drugu. Obilje kvantitativnih istraživanja ne daje razloga vjerovati da se u odnosu kazne dugotrajnog prema doživotnom lišenju slobode radi o takvom prijelazu kvantiteta u kvalitetu da bi se moglo govoriti o kvalitativno drugačijem obliku zastrašivanja, a ponajmanje o nekakvoj *energičnosti*. Preostaje jedino aspekt pozitivne generalne prevencije, umirenja javnosti i stvaranja povjerenja u funkcioniranje pravnog poretka.⁸⁹ Ali ni tu *odlučnost* nije kvaliteta pojma kazne, niti ima logičke ili životne veze s mjerom kazne, već se odnosi isključivo na beziznimno provođenje progona uvijek i svugdje gdje god i gdje kad nastupi ugroza pravnog poretka.

Na kraju, treba naglasiti da protivnici doživotnog zatvaranja često zaboravljaju da je ovoj kazni jednako teško dokazati išta veći stupanj nehumanosti ili brutalizirajući efekt u odnosu na analognu joj kaznu dugotrajnog zatvora. Time sva rasprava zapravo gubi na logičkoj dosljednosti i bilo kojoj životnoj uvjerljivosti. Ono što su proponenti doživotnog zatvora tijekom hrvatske debate propustili isticati kao glavnu različitost te kazne (pa u tome smislu i njenu prednost), to nije nikakav zastrašujući učin, već puki efekt društvene eliminacije, tj. onemogućavanja zatočenih zločinaca da za svoga daljnjeg ljudskog vijeka društvu nanose zlo.

Novouvedena i modificirana kazna dugotrajnog zatvora, u jednoj je mjeri, zauzela mjesto koje je prije pripadalo smrtnoj kazni. Time je na neki način ova kazna postala produženom rukom zastrašujućeg učina koji se prije pripisivao (a ponegdje

88 Jeschek i Weigend, cit. prema Novoselec, *Opći dio...*, str. 388. Isto i Novoselec, „Temeljne crte...“, str. 291. Slično Igor Bojanić, „Promjene u općem dijelu Kaznenog zakona prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2005“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 12, br. 2 (2005.), str. 337.

89 Novoselec navedeni citati očito doživljava u tako iznesenom smislu pozitivne generalne prevencije kada kaže da „javnost traži takvu kaznu, a jedan od aspekata generalne prevencije je i umirenje javnosti.“ Vidi njegov rad „Temeljne crte...“, str. 291. Slično Svedrović, str. 348.: „Država mora pokazati odlučnost spram najtežih zločina i na taj način umiriti javnost.“

još i danas pripisuje) praksi zakonskog oduzimanja ljudskog života. Ovo još više dolazi do izražaja povećanjem represije u najnovijoj noveli, čime je ova kazna lišena i onih ograda koje su nekada stajale pred smrtnom kaznom, npr. glede mladih punoljetnika i mogućnosti uvjetnog otpusta. Bez obzira na to, ostaje činjenica da je za razliku od negdašnje smrtne kazne, kazna dugotrajnog zatvora predviđena za svega 20 kaznenih djela.⁹⁰ Doda li se da su spuštene u značajnoj mjeri granice kazni za mnoga druga djela (čime je, u jednoj mjeri, došlo do usklađivanja strogosti zakona i sudske prakse), može se zaključiti da je, bez obzira na povremena lutanja, uvjetovana što stvarnim kriminalno-političkim potrebama, što imperativima dnevne politike, hrvatsko kazneno pravo, uz rijetke izuzetke, u značajnoj mjeri smanjilo stupanj normativne represije. Time je, naravno, smanjen i stupanj prividne, odnosno optičke učinkovitosti zastrašivanja. U jednoj mjeri, ovo je urodilo smanjenjem zastrašujućeg potencijala zakona. Imajući u vidu rast kriminala devedesetih (koji izvjesno nije u kauzalnom odnosu sa smanjenjem represije novoga hrvatskog zakona), obrat je bio samo pitanje dana. Pod pritiskom javnosti, i laičke i jednim dijelom i stručne te pod općim dojmom i osjećajem nezadovoljstva funkcioniranjem pravne države, došlo je do pete i šeste novele Kaznenog zakona.

Ove dvije novele rezultirale su značajnim represivnim zahvatom u dotadašnji kaznenopravni okvir. Dok je za jedan sasvim ozbiljan broj kaznenih djela (128) povišena donja granica, tri puta manja inkriminacija (36) prošlo je kroz povišenje gornje granice kaznenopravne represije. Time je „izričito represivni zahvat“ ograničen na relativno mali broj kaznenih djela, dok je ukupno represija pooštrena za 16,9% inkriminacija.⁹¹ Novelom su ujedno ograničene i dotadašnje mogućnosti ublažavanja propisanih kazni razlikovanjem zakonskog i sudskog ublažavanja te sužavanjem granica ublažavanja. Iako je, dakle, temeljna značajka šeste novele Kaznenog zakona pooštrenje represije, ovim se promjenama htjelo zapravo „stvoriti uvjete za ispunjenje ciljeva kažnjavanja.“⁹² Autor bi dodao da je ovaj zaokret nastupio u prvom redu radi korigiranja onih prethodećih zahvata, koji su pretjerano zanemarili važnost generalnopreventivnih, tj. zastrašujućih učinaka kaznenog prava. Osim toga, prevladalo je gledište o postojanju nerazmjera između zakonom propisane i stvarne represije, zbog čega je zaključeno da se „najavljeno pooštrenje represije ne odnosi prvenstveno na pooštrenje propisanih kazni... već na sudski izbor mjere represije“, a sve to „zbog ocjene da je represija koju primjenjuje sudska praksa nedovoljna u odnosu na onu koja je moguća prema postojećem zakonu i da prema tomu ne zadovoljava kriminalnopolitičke ciljeve Kaznenog zakona.“⁹³

Ako se našem kaznenom zakonodavstvu, jugoslavenskom, i hrvatskom može pripisivati jedna optička strogost, to se nikako ne bi moglo reći za ukupnost našega kaznenog prava, gledanog i kroz pravne norme, i kroz njihovo oživotvorenje. Naime, naspram kaznenih zakona, koji su propisivali razmjerno strogi posebni maksimum

90 Isp. Novoselec, *Opći dio...*, str. 385.

91 Horvatić, „Promjene...“, str. 390.

92 Bojanić i Mrčela, str. 447.

93 Horvatić, „Promjene...“, str. 384.

za pojedina kaznena djela, sudovi su, krećući se unutar široko postavljenih granica relativno određenih kazni, te koristeći mehanizme njihova ublažavanja, vodili blažu kaznenu politiku, koja se ponekad doimala da je u stanovitom raskoraku s namjerama zakonodavca. Tako se smrtna kazna rijetko izricala i još rjeđe izvršavala, kazne lišenja slobode kretale su se nešto iznad njihovog propisanog posebnog minimuma, često su se izricale sudske opomene i slično.⁹⁴ U osnovi, ocjena o izricanju preblagih kazni ponavljala se u raznim varijantama za sve vrijeme primjene bivšeg jugoslavenskog kaznenog prava i na području Hrvatske sve do njena osamostaljenja.⁹⁵

Učestalo se čula kritika navodne blagosti takve kaznene politike, posebno iz redova laika, pojedinih obnašatelja odgovornih društvenih funkcija i uopće nestručne javnosti. Mnogi od njih, gonjeni retributivnim i osvetničkim porivima, vidjeli su u zaoštavanju represije rješenje problema rastućeg kriminaliteta. Zapravo se radilo, kako je primijećeno unutar struke, o različitim vrijednosnim zaključcima o istoj praksi: „Jedni kritičari našeg kursa kaznene politike, mahom iz reda administracije i jednog dela javnog mnjenja, smatraju da je naša praksa kažnjavanja suviše blaga, da ne vodi računa o generalnoj preventivnoj svrsi kažnjavanja i uticaja na druga lica da ne vrše krivična dela”.⁹⁶

Zanimljivo je primijetiti da ovakve primjedbe nisu samo novijega datuma. Tako još pred stotinu godina Kraljevski hrvatsko-slavonsko-dalmatinski vladin odjel za pravosuđe upozoravao Banski stol u Zagrebu na kazne „koje se izriču proti osuđenikom tako blago, da nipošto ne odgovaraju načelu primjene represije kažnjivih čina naznačene naravi koji upravo usled toga sve to više maha preotimlju”.⁹⁷ Već su onda maha uzele pritužbe da se kaznena judikatura ne kreće unutar granica propisanih kazni, te se time zapostavlja zastrašujuće djelovanje izrečenih kazni.

Potaknuta porastom kriminaliteta, javnost je, svo to vrijeme, sklona pooštavanju kaznene politike, kako s ciljem zastrašivanja počinitelja krivičnih djela, tako još i više s loše prikrivenom željom za odmazdom. Uvjereni u svemoć kazne i uopće zakona, ovakvi glasovi kod nas i vani srljaju u vode inflacije zakona čime ovi samo gube na svojoj vrijednosti. Zaboravlja se na izuzetnost kaznenopravne prisile, odnosno da je „kažnjavanje građana samo krajnje i dopunsko, dakle ne jedino, sredstvo za suzbijanje negativnih društvenih pojava i da njemu treba pribjegavati s krajnjim oprezom”.⁹⁸ Ocjenjujući ovaj trend, kao i napade na kaznenu politiku, i danas stoji jezgrovito opažanje: „Tu se javljaju često i mnoge druge meditacije, koje se zasnivaju velikim

94 Srzentić *et al.*, str. 330.

95 Željko Horvatić, „Problem odnosa u zakonu propisane i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela (Zakonska i sudska kaznena politika)“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, br. 2 (2004), str. 396.

96 Milan Milutinović, *Kriminalna politika* (Beograd: Savremena administracija, 1984.), str. 213-214.

97 Dopis navedenoga djela br. 1471 od 15. siječnja 1886. godine; navedeno prema Horvatić, *Izbor ...*, str. 68. Taj autor u ovome djelu daje bogat prikaz sličnih primjera iz vremena svih društvenih zajednica u kojima je Hrvatska sudjelovala.

98 Zlatarić, *Krivično pravo ...*, str. 9.

delom na apriornim, aproksimativnim i drugim nesigurnim ocenama i kriterijima”.⁹⁹

Upozorenja o raskoraku kaznene politike sudova i one koju nastoji formulirati zakonodavac u izvjesnoj su mjeri na mjestu, kroz povijest, i danas, u nas, i u svijetu.

*Evolucija snižavanja izrečenih kazni koje se sve više približavaju zakonskom minimumu opaža se u svim državama... Taj se proces stalnog ublažavanja može tumačiti i time što se nakon trijumfa kazne prema težini djela sve više afirmira ispitivanje geneze djela i ocjenjivanje svih objektivnih i subjektivnih okolnosti. Dok se propisane kazne u zakonima još uvijek osnivaju na objektivnoj težini djela, sudovi u idejno konfuznoj situaciji, preplavljeni novim idejama, koje se teško probijaju ili se nikako ne probijaju u zakonodavstvu, biraju manje zlo odlučivanjem za tarife prethodnih generacija i stalno ih snižavaju.*¹⁰⁰

Ovako opisanom idejnom lutanju, autor svakako bi dodao i samu narav sudačkoga posla. Dok zakonodavac granice kazne postavlja u raskošno uređenim i tihim dvoranama rukovodeći se pretežno objektivnim kriterijima, dakle težinom djela i jakošću pogibelji koju djelo predstavlja, sudac se, naspram toga, konkretizirajući apstraktnu zakonsku odredbu, rukovodi u velikoj mjeri okolnostima subjektivne naravi, tj. onima vezanim uz počiniteljevu ličnost. Treba naglasiti da ovim postupkom podjednako vladaju pravne norme, kao i osobna gledišta čovjeka koji tek za radnoga vremena odigrava ulogu suca. U onoj mjeri u kojoj osobno vjeruje u mogućnosti sprječavanja društveno štetnih ponašanja zapriječivanjem i izricanjem kazni – **tek i samo u toj mjeri** sudac će doprinositi ostvarivanju generalnopreventivne svrhe kazne. Ali čak ni tada ne treba zaboraviti da tzv. konkretizacija propisane norme nije nikakav apstraktni logički posao iz udžbenika, već primjena propisanih apstrakcija u sudnici na nazočne žive ljude. U stalnoj interakciji s onima koje je život gurnuo na *drugu stranu*, razvija se gotovo neminovno jedan odnos, sa strane sudaca snažno obojen razumijevanjem i shvaćanjem delinkvenata. Istodobno, žrtva najčešće nije prisutna, ili barem nije u prvom planu. Kod mnogih djela uopće ne postoji (tzv. *victimless crimes*) ili se javlja tek kao neka daleka apstrakcija (pravni poredak, povjerenje u pravni promet itd.). Sve ovo može dovesti, a često i dovodi, do stanovite tolerantnosti i posljedične blagosti, koja je stranačkoj politici i općem javnom mnijenju daleka i neprihvatljiva. Zato se ponegdje s pravom naglašava da bi prije daljnjih pokušaja mijenjanja kaznenih zakona bilo nužno provesti istraživanje svih onih čimbenika koji djeluju na suce kod odlučivanja o vrsti i mjeri kazne.¹⁰¹

Istraživanja su potvrdila ovakve zaključke o sudskoj praksi. Utvrđeno je da se najveći broj izabranih kazni nalazi blizu najmanje mjere propisanih kaznenih okvira. Točnije da su „u pravilu iskorištene samo donje polovine, pa čak trećine i šestine

99 Milutinović, *Kriminalna politika*, str. 216.

100 Horvatić, *Izbor kazne...*, str. 149.

101 Manjak takvih istraživanja tek povremeno se naglašava u našoj literaturi. Isp. Ksenija Turković, „Komparativni prikaz osnovnih obilježja zakonske i sudske politike u Sloveniji, Austriji, Italiji, Njemačkoj i Republici Hrvatskoj“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, br. 2 (2004.), str. 997.

propisanih raspona zatvorske kazne.¹⁰² Početkom milenija, provedeno je temeljito istraživanje, tzv. zakonske i sudske kaznene politike. Time je definitivno potvrđeno praktično postojanje dvije kaznene politike, jedne viđene očima zakonodavca i druge koja se reflektira u sudskim presudama.

Upravo to istraživanje upozorilo je na izrazitu 'dvojnost kolosijeka' propisanih kazni za pojedina kaznena djela i kazni koje se realno izriču počiniteljima, neovisno o svim do sada izvršenim promjenama kaznenopravnih okvira propisanih kazni za pojedina kaznena djela. U toj dvojnosti u pravilu se prepoznavala 'stroga ruka zakonodavca' nasuprot, tzv. 'blagoruci suca' koji je u stvarnom radu uvijek nastojao implementirati načelo potrebe ograničavanja kaznenopravne represije na konkretnog počinitelja. U tom samoograničavajućem postupanju sudac je... u pravilu posezao za institutom, tzv. sudskog ublažavanja kazne.. te su se konkretne kazne ublažavale da bi 'ušle u kolosijek po sudovima ubičajenih kazni'.¹⁰³

U jednom dijelu, riječ je sigurno, kako je već rečeno, o naravi sudačkoga posla, koja sucu po prirodi stvari gotovo nameće resocijalizaciju kao neposredni cilj kazne. U tom smislu, postavljeno je pitanje u kojoj se mjeri uopće može govoriti o blagosti sudstva, odnosno nije li riječ isključivo o individualiziranoj primjeni apstraktnih pravnih normi. Tako se Horvatić energično protivi tezi o postojanju dviju kaznenih politika smatrajući da se različitost propisanih i izrečenih kazni ima svesti prvenstveno na čimbenik individualizacije kazne. Odnosno odmjeravajući kaznu uz uvažavanje svih okolnosti koje utječu na to da ona bude veća ili manja, sudovi ne odstupaju od zakonom propisane kaznene politike, već je, baš naprotiv, dosljedno provode. Shodno tomu, razlika propisanih i primijenjenih kazni, „zapravo je normalan i očekivan rezultat primjene svih načela kaznenog prava kao jedinstva zakona, prakse i teorije cjelokupne i jedinstvene zakonske kaznene politike ... svaka sudska odluka kojom se izriče kazna ili primjenjuje druga kaznenopravna snakcija, ako je zakonita, neminovno je u suglasju s kaznenom politikom zakonodavca, pa je pitanje o tom suglasju nepotrebno i suvišno“.¹⁰⁴ U tom smislu, ovaj se autor protivi već i samom korištenju pojma *sudske kaznene politike*: „Bilo koji statistički zbroj presuda za neko razdoblje ne može biti nikakva 'politika kažnjavanja' sudbene vlasti, već samo pomoćni podatak za daljnju analizu 'primjena odredbi kaznenog zakona o kažnjavanju počinitelja kaznenih djela'.“¹⁰⁵ Usprkos inzistiranju na dosljednosti takve primjene zakonom propisanih kazni, autor ipak dopušta da time dolazi do zanemarivanja generalne prevencije kao zakonom propisane svrhe kazne.

102 Anita Kurtović, „Zakonska i sudska politika kažnjavanja općinskih sudova na području Županijskog suda u Splitu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, br. 2 (2004.), str. 649.

103 Damir Kos: „Osnovne karakteristike šeste novele Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, br. 2 (2006).

104 Horvatić, „Problem odnosa...“, str. 429-430.

105 Željko Horvatić, „Promjene hrvatskog materijalnog kaznenog prava novelom Kaznenog zakona 2006. godine (Opći osvrt na glavna obilježja tih promjena)“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, br. 2 (2006.), str. 400.

Iako je dokazano da je u sudskoj praksi veći broj izabranih kazni bliži najblažoj posebnoj propisanoj mjeri kazne za određeno kazneno djelo, to nije dokaz o (pre)blagoj 'sudskoj kaznenoj politici' u Republici Hrvatskoj, već rezultat primjene onih propisa koji upućuju na specijalnopreventivnu svrhu kažnjavanja i individualizaciju kaznenopravnih sankcija. Tu nerijetko dolazi do prestiža tog dijela zakonskih uputa o primjeni represije na štetu onih o generalnopreventivnoj svrsi kažnjavanja.¹⁰⁶

Sve ako je teza o dosljednoj provedbi zakona i točna, još uvijek je teško prihvatiti kaznene okvire čiji su posebni maksimumi toliko visoki da se nikada ne dosuđuju, koji zapravo ne služe ni čemu drugome već apstraktnom izražaju težine i opasnosti djela. Nesporno je da maksimum kazne osim težine djela treba izražavati i dozu retributivnosti koju pogibeljnost djela zahtijeva. Ako se takva kazna baš nikada ne dosuđuje ili je to vrlo rijetko, onda je opravdano upitati se kakva je to retribucija koju *nitko ne zaslužuje*. Osim što se radi o jezičnoj i logičkoj proturječnosti (nezasluživa retribucija!), ovo vrlo rječito govori o neadekvatnosti kaznenog okvira. U osnovi nije niti bitno zašto se izrečene kazne kreću oko donje granice propisanih kazni. Pravo je pitanje zašto su gornje granice životno nedosežne. Ako su doista nedostižne, odražavaju li onda te granice vjerno stupanj težine djela i pogibelji koju ono apstraktno promatrano predstavlja? Sasvim je sigurno točno opažanje: „Može biti doista riječ o blagoj kaznenoj politici, ali isto tako i o neadekvatnim odnosno prestrogim okvirima.“¹⁰⁷ Tako je nekako zaključivao i zakonodavac donoseći hrvatski Kazneni zakonik 1997. godine: „Kazneni okviri ne smiju biti preširoki, jer je dugogodišnja praksa pokazala da se u pravilu 'iskorištava' samo donja polovica postojećih raspona zatvorske kazne.“¹⁰⁸

Različitost sudstva od zakonodavstva glede potencijala zastrašivanja pooštavanjem kazni jezgrovito je opisana u našoj literaturi prije gotovo pola stoljeća: „Naša i tuđa sudska praksa očigledno i otvoreno demantuje sva nastojanja zakonodavca da se kazne pooštre. Praksa promptno korigira zakonodavca i negira njegova sporadična uverenja da društvene probleme treba rešavati zaoštavanjem represije i kaznene politike.“¹⁰⁹

IV. Mogućnost sudskog aktivizma

Uzmimo sada da je politika sudskog odmjeravanja kazne sukladna namjerama zakonodavca, te uopće adekvatna zadaći zaštite društva od kriminaliteta.

106 Horvatić, „Problem odnosa...“, str. 432.

107 Velinka Grozdanić, Zoran Sršen i Dalida Rittossa, „Kaznena politika općinskih sudova na području Županijskog suda u Rijeci“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, br. 2 (2004), str. 607.

108 Prijedlog Kaznenog zakonika iz 1997. godine prema Horvatić, „Promjene hrvatskog...“, str. 384.

109 Ljubo Bavcon, „Nekoliko primedaba u vezi sa primenom krivičnih sankcija u praksi naših sudova“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2 (1966.), str. 220.

Pretpostavimo da u takvoj situaciji dođe do naglog porasta broja kaznenih djela, koja ozbiljno ugrožavaju važne društvene vrijednosti. Može li, u odgovoru na to, sudac, bez intervencije zakonodavca (dakle bez promjene zakona), krenuti u pravcu zaoštavanja kaznene politike. Drugim riječima, može li sud, krećući se unutar zakonom propisanih granica kazne za pojedino kazneno djelo, izricati teže kazne od uobičajenih, ne bi li njihovom egzemplarnošću i zastrašujućim učinkom doveo do potpunijeg ostvarivanja svrhe kažnjavanja? (Podsjetimo, svrha kažnjavanja je, među ostalim, i kriterij kod individualizacije kazne)

Uzajamni utjecaj kažnjavanja i stope kriminaliteta ni u kom slučaju nije jednosmjernan. Osim osjetljivosti stope kriminaliteta na kažnjavanje, odnosno djelovanje pravosuđa, opaženo je i reagiranje sustava kaznenog pravosuđa na kriminalitet. Vrlo su različite reakcije kaznenog pravosuđa na porast broja kaznenih djela. Sada treba ispitati kakva je situacija u tom pogledu kod nas. Ovomu se problemu u našoj pravnoj literaturi nije posvećivalo puno pozornosti. To, naravno, ne znači da je rast stope kriminaliteta bez utjecaja na naše kazneno pravosuđe i njegov rad. Česti povici na sporost rješavanja predmeta uslijed preopterećenosti sudova potvrđuju ovakvo razmišljanje.

Ne ulazeći u moguće posljedice takva stanja, autor nalazi za shodno ispitati samo jednu od mogućnosti – mogućnost agresivnog aktiviranja suda na planu suzbijanja kriminaliteta zaoštrenim kaznama. U zemljama anglosaksonskog prava ovo je čest slučaj, što je, s obzirom na prirodu precedentnog prava i odgovarajuće ovlasti suca, sasvim razumljivo. Naš je sudac, što se toga tiče, u bitno drugačijem položaju. Pravosudna je funkcija strogo razdijeljena od zakonodavne i eventualni pokušaj pooštavanja kazne, bez zakonskog ovlaštenja, bio bi ravan uzurpaciji zakonodavne nadležnosti. Sasvim je druga stvar, opredijeli li se sud, u ovakvoj situaciji, za povišenje kazne unutar zakonski propisanih granica, dakle, za povišenje ili sniženje razine prosječno izrečenih kazni.

Ovo otvara mogućnost da će između dvojice počinitelja istovjetnog kaznenog djela, jedan biti strožije kažnjen samo zato što su, tamo gdje mu je suđeno, takva kaznena djela ili kaznena djela uopće u porastu. Odstupa li se, u tom slučaju, od načela ravnopravnosti građana i kažnjavanja na temelju krivnje? Osim toga, ima li za takvo kažnjavanje uporišta u našem kaznenom pravu?

Kod ravnopravnosti građana, uopće nema govora da bi ona bila povrijeđena višom kaznom izrečenom na području suda gdje je stopa kriminaliteta u porastu. Ravnopravnost građana se baš i sastoji u tomu da se na takvom području svi počinitelji istih kaznenih djela, istovjetnog stupnja kaznene odgovornosti, i sličnih ostalih relevantnih okolnosti, kažnjavaju strožije. O neravnopravnosti se, *ceteris paribus*, može govoriti samo u slučaju nejednakih kazni izrečenih jednako krivim počiniteljima istovjetnih zločinstava na istom području. (Osim ako se ne radi o različitim osobnim i drugim okolnostima u skladu s čl. 56. st. 2. Kaznenog zakona.)

Jednako je načelne naravi i prigovor da oštrije kažnjavanje za kaznena djela počinjena na području gdje su kaznena djela u porastu, znači odstupanje od načela isključive odgovornosti na osnovu krivnje. Bi li ova praksa zaista dovela do toga „da neko za manju krivicu bude strožije kažnjen”.¹¹⁰ Na prvi pogled, ovaj se prigovor čini opravdanim i pruža osnove za diskreditiranje generalne prevencije, odnosno zastrašivanja uopće. S pravom se iznosi da je „generalna prevencija kao jedan od razloga kažnjavanja u svojoj suštini nepravda prema učiniocu krivičnog djela koji mora određenu kaznu podnijeti i radi njenog efekta prema drugima”.¹¹¹ Zato se naglašava da generalna prevencija ne može u konkretnoj sudskoj kazni biti **sama po sebi samostalni** relevantni činitelj pri odmjeravanju kazne.¹¹² Ipak, možda bi se jedna ovako izdiferencirana kaznena politika mogla postaviti u skladu s načelom kaznene odgovornosti na temelju krivnje. Objektivne okolnosti pod kojima je izvršeno kazneno djelo imaju utjecaja na stupanj kaznene odgovornosti počinitelja. Tako je na primjer za odavanje državne tajne (čl. 144. st. 3.), objavljivanje sadržaja državne ili vojne tajne (čl. 145. st. 2.), špijunažu (čl. 146. st. 5.), sprječavanje borbe protiv neprijatelja (čl. 147.), službu u neprijateljskoj vojsci (čl. 148.), pomaganje neprijatelju (čl. 149.), propisano strože kažnjavanje ako su ta djela izvršena za vrijeme rata, ratnoga stanja ili izravne ugroženosti državne neovisnosti i jedinstva. Okolnost rata, oružanoga sukoba ili okupacije svrstava cijeli niz običnih kaznenih djela u ratne zločine propisane kao zasebna djela u kojima ova kvalifikatorna okolnost predstavlja dio bića kaznenog djela. U svim ovim primjerima, zakonodavac se rukovodio povećanim stupnjem pogibeljnosti tih kaznenih djela pod posebnim okolnostima u kojima je cjelokupni pravni sustav izrazito ranjiv i izložen opasnom ugrožavanju. Analogno tomu, u razdoblju opće krize i anarhičnosti uzrokovane naglim porastom opasnih nedopuštenih kriminalnih djelatnosti, stupanj kaznene odgovornosti počinitelja kaznenog djela može se smatrati težim zbog **iskorištavanja** takvih okolnosti u svrhu postizanja sebičnih, nedozvoljenih ciljeva. Ovo naravno dolazi u obzir samo utvrdi li se da ovakvo ugrožavanje zaštićenih javnih dobara ima odgovarajuće pokriće na subjektivnoj strani. Drugim riječima, da su okolnosti naglog porasta kriminaliteta i nemoći pravnog poretka da im se suprotstavi, dakle njihovo iskorištavanje od strane počinitelja kaznenog djela, obuhvaćene njegovom krivnjom.

Iskorištavanje porasta kriminaliteta u ovakvom slučaju čini izvršeno kazneno djelo posebno društveno opasnim. Naime, kako raste broj istovjetnih kaznenih djela, (ili kaznenih djela uopće), tako raste i njihova opasnost. Štoviše, može se reći da stupanj opasnosti pojedinog djela iz niza kaznenih djela u velikoj mjeri zavisi od mjesta toga djela na vremenskom i prostornom kontinuumu. Svako daljnje djelo u nizu, predstavlja sve veću pogibelj, koja raste geometrijskom progresijom. Aritmetička progresija kaznenih djela tako rezultira geometrijskom progresijom

110 Na ovu opasnost upozorava Ramo Musić: “Može li broj krivičnih dela na području nekog suda da utiče na visinu kazni”, *Pravni život*, br. 1 (1962), str. 38. Ovaj autor glede ravnopravnosti građana u spomenutom slučaju, iznosi nešto drukčije ocjene i stavove od ovdje iznesenih.

111 Horvatić, *Izbor kazne ...*, str. 124.

112 Bačić, *Krivično...*, str. 436.

njihove kriminalnopolitičke opasnosti. U kretanju od izoliranih zločina do nastanka kriminaliteta kao masovne pojave najbolje se ogleda prijelaz kvantiteta u novi kvalitet. Kako kazna treba biti prilagođena težini kaznenog djela, a ova je samo odraz njegove pogibeljnosti, čini se logičnim zahtjev da će okolnost porasta broja kaznenih djela biti uzeta u obzir ne samo pri određivanju apstraktne težine djela, već i kod odmjeravanja kaznene odgovornosti i kazne za **određeno**, pojedinačno kazneno djelo.

Stvari su prilično jednostavne kada zadaću određivanja pogibeljnosti na sebe uzima zakonodavac, pa zbog posebnih okolnosti propisuje teže kažnjavanje, kako je to slučaj u navedenim primjerima. Za razliku od toga, sudac se suočava s ozbiljnim problemom kada traži zakonsko uporište za strožije kažnjavanje pojedinačnih kaznenih djela koja su u cjelini gledano u porastu. Opće pravilo o odmjeravanju kazne iz čl. 56. Kaznenog zakona propisuje da sud izbor vrste i mjere kazne mora odrediti, kako na temelju stupnja krivnje i pogibeljnosti djela, tako i na temelju svrhe kažnjavanja. Izričito navođenje svrhe kažnjavanja, koja obuhvaća i „utjecaj na sve ostale da ne čine kaznena djela“, dakle generalnu prevenciju, tj. njen zastrašujući učin - može se tumačiti kao ovlaštenje sucu da težinu kazne prilagodi, *inter alia*, i stopi kriminaliteta, odnosno, broju izvršenih kaznenih djela. Porast broja kaznenih djela traži i odgovarajuće povećanje mjere odgojnog utjecaja na ostale potrebnog za njegovo suzbijanje. U tu svrhu, svaka pojedina presuda treba biti prilagođena potrebi pojačanog utjecaja na sve ostale u svrhu odvratanja potencijalnih zločinaca putem pojačane doze zastrašivanja.

Generalno navođenje „svih okolnosti što utječu da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža“, može se tumačiti na isti način. Ocjenjujući sve otegotne i olakotne okolnosti pod kojima je izvršeno kazneno djelo, sud mora obratiti pozornost i na njegovu težinu, odnosno stupanj pogibeljnosti. Opasnost izvršenog djela, sud ne može procjenjivati *in abstracto*, bez veze sa stvarnim okolnostima pod kojima je djelo izvršeno. Ovo je prvenstveno zadaća zakonodavca, kojoj ovaj udovoljava već samom inkriminacijom nepoželjnog ponašanja. S druge strane, opasnost **izvršenog** djela treba procijeniti sud imajući u vidu konkretne okolnosti pod kojima je počinitelj djelovao. Shodno tomu, zanemariti okolnost porasta broja kaznenih djela na području na kojemu, i u vrijeme kada je kazneno djelo izvršeno, nedopustivi je znak pravne tromosti i sljepila.

Autor smatra neodrživim prigovor da je procjena pogibeljnosti isključivo stvar zakonodavca. Kako je već rečeno, zakonodavac u okviru svoje nadležnosti, vrši procjenu opasnosti *in abstracto*, ili bolje rečeno, na jednom višem stupnju uopćavanja, imajući u vidu opće prilike date društveno političke zajednice. Temeljno pravilo odmjeravanja kazne eksplicitno zahtijeva od suca ocjenu pogibeljnosti djela kao jednoga od tri temelja izbora vrste i mjere kazne. Na ovaj način sud dobiva opće smjernice u kojima se ima kretati. Međutim, da bi se potpuno odmjerila ukupna opasnost konkretnog kaznenog djela, potrebna je i određena sudska aktivnost. Kao što to Đorđević lijepo ističe: „Sud ocjenjuje sve okolnosti koje ukazuju na stepen društvene opasnosti učinjenog krivičnog dela u datim uslovima vremena i sredine u kojoj je krivično delo učinjeno. Dakle, sud procenjuje sve ono što i zakonodavac,

ali konkretizovano i vezano za određeni slučaj i okolnosti u vezi sa njim. Pri tome je nesumnjivo da i okolnost porasta broja krivičnih dela, kao što uopšte može i treba da utiče na ocenu društvene opasnosti krivičnog dela od strane zakonodavca, može i treba da utiče na ocenu društvene opasnosti krivičnog dela koju vrši sud”.¹¹³ Iako se ova tema u novijoj literaturi čini zanemarenom, ponegdje se ipak ističe da se kod sudskog odmjerenja kazne „prednost daje onoj preventivnoj svrsi koja je u tim uvjetima, prema kriminalnopolitičkoj prosudbi adekvatnija ... Učestalost određenih kaznenih djela u određenoj sredini govorila bi za pojačano značenje generalne prevencije ... Tu kazna mora biti takva da (u granicama krivnje) posebno djeluje kao mjera zastrašivanja.“¹¹⁴

Bez obzira na teoretsko rješavanje ovih i sličnih pitanja, izvjesno je da naši sudovi povremeno odmjerauju strožije kazne pod pritiskom naraslog broja kaznenih djela, određene vrste, ili uopće. Hoteći svojim kaznama pridati povećani zastrašujući učin, u svojim se obrazloženjima pozivaju na pojačanu društvenu opasnost zbog znatnog porasta takvih kaznenih djela,¹¹⁵ na odgojni utjecaj na druge da ne čine kaznenih djela u porastu te navode druge slične formulacije s istim ciljem.

Opasnost koju ove presude sobom nose ne leži samo u eventualnoj uzurpaciji zakonodavne nadležnosti, već više u slaboj mogućnosti točne procjene broja izvršenih kaznenih djela od strane sudaca. Postoje mnogi problemi glede broja stvarno izvršenih kaznenih djela, njihova registriranja i evidencije, predodžbe u očima javnosti i paušalnih procjena (para)stručnjaka. Procjene sudaca o broju i porastu kaznenih djela na području njihova sudovanja u najboljem se slučaju zasnivaju na službenim statistikama toga suda. Dojam o rastu kriminaliteta najčešće ne nastaje poredbenom analizom različitih sudskih područja, nego linearnom usporedbom broja kaznenih djela na području jednoga suda (redovito onoga u kojemu se radi) tijekom nekog vremenskog razdoblja. O ograničenim dometima ovakvog pristupa i njegovoj neprikladnosti za donošenje bilo kakvih zaključaka, ne treba trošiti riječi. Slabo poznavanje statistike i opća znanstveno metodološka nepotkovanost naših sudskih kadrova (pravnici su se do sada s osnovama metodologije društvenih znanosti upoznaju tek u okviru postdiplomske nastave), temelj su proizvoljnih i često paušalnih procjena o kretanju kriminaliteta. Što je još gore, čini se da se procjena kriminaliteta zaista “temelji na pretstavi koja se kod sudije stvara radom na određenoj vrsti krivičnih predmeta”.¹¹⁶

Mogućnost paušalne procjene suda o rastu kriminaliteta, i shodno teže kažnjavanje, nameće potrebu istraživanja stvarnog znanja sudaca o kretanju kriminaliteta. Nadalje, trebalo bi ispitati da li, u slučaju kada su procjene da se radi o kaznenom djelu (ili

113 Miroslav Đorđević: “Porast broja krivičnih dela kao okolnost pri odmeravanju kazne”, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2 (1971), str. 301.

114 Bačić, *Kazneno...*, str. 391.

115 Za potrebe ovoga razmatranja nije nužno ulaziti u razlikovanje pojmova *društvene opasnosti* i *pogibeljnosti*. Bitno je samo utvrditi nabranje takvih i sličnih formulacija kako u bivšim, tako i u sadašnjim judikatima.

116 Musić, str. 36.

djelima) u porastu, sudovi zaista pribjegavaju strožijem kažnjavanju. U skladu s tim, potrebno je ispitati jesu li formulacije u kojima se sud poziva na povećanu opasnost kaznenih djela koja su u porastu, zaista dio obrazloženja visine kazne, ili se ondje nalaze tek reda radi. Drugim riječima, u kojoj mjeri sudovi ovu okolnost zaista ocjenjuju kao otegotnu, odnosno u kojoj mjeri svoj stvarni izbor vrste i mjere kazne zaista zasnivaju i na toj okolnosti, pitanje je bez jasnoga odgovora. Na ovakve formulacije nailazi se u mnogim presudama, ali postavlja se pitanje nisu li one tamo samo zato da bi se održavala jedna ustaljena forma i praksa, kojom se hoće čim više nalikovati na zakon pukim citiranjem njegovih odredbi („potrebno je na druge vršiti odgojni utjecaj da ne čine krivična djela” i sl.). Nažalost, obrazloženja sudskih odluka prečesto predstavljaju tek niz formulacija unesenih kako bi se pokazalo da su ispitane sve okolnosti sukladno pravilima o odmjeravanju kazne, te ne bi li se tim nabranjem sud ogradio od mogućnosti ukidanja presude u eventualnom žalbenom postupku. Čak i kada su sve te okolnosti zaista brižljivo ispitane u odgovarajućem postupku, njihova analiza u obrazloženju presude najčešće je nedostatna i svedena na puku formalnost. Shodno tomu, stoji ocjena utemeljena na nedavnom istraživanju sudova na području Županijskog suda u Rijeci: „Obrazloženja odluke o sankciji u kojima se olakotne i otegotne okolnosti samo nabrajaju bez njihove ocjene utjecanja na sankciju, a ponekad i sasvim izostaju, otežavaju uspostavljanje bilo kakve relacije između njih samih i izrečene kazne te stoga takva obrazloženja ne mogu biti dobra osnova za zaključke o kaznenoj politici sudova ... Očigledno se u sudskoj praksi sudovi pri izboru kaznene sankcije umjesto pouzdanijom analitičkom koriste sintetičkom metodom pa je izrečena kazna impresija koja se naknadno nastoji obrazložiti po potrebi olakotnim ili otegotnim okolnostima.”¹¹⁷

Zaključak

Zastrašujući učin kazne, odnosno zastrašivanje kao teorija i praksa kažnjavanja, složen je višedimenzionalni problem kojemu se mora pristupiti s više različitih aspekata - filozofsko-etičkog, psihološkog, sociološkog i pravnog. Unutar pravnog pristupa, moguće je zastrašivanje analizirati *de lege lata* i *de lege ferenda*. Potonje, pak, traži opredjeljivanje glede poželjnosti zastrašivanja kao instrumenta kaznene politike, što dalje traži analizu djelotvornosti zastrašivanja. Umjesto toga, ograničio sam se na ispitivanje utjecaja teorije zastrašivanja na naše zakonodavstvo i praksu ne ulazeći ni u temeljne postavke teorije zastrašivanja, tj. učinkovitost zastrašivanja kao sredstva društvenog nadzora, niti u njegovu poželjnost.

Shvaćanje o djelotvornosti zastrašivanja kao sredstva kaznene politike, duboko je ukorijenjeno u skoro svim slojevima našega društva. Stvorilo se uvjerenje da samo kazna koja ulijeva strah predstavlja nepremostivu branu kriminalitetu. Napasti ovog vjerovanja odolijeva još jedino akademska zajednica. U ovome krugu gledišta se kreću od gotovo potpunog odbijanja bilo kakvog učina, do priznavanja određenog

stupnja učinkovitosti, ali redovito ograničenog samo na određeni, relativno uski krug potencijalnih počinitelja. Nasuprot akademskoj skepsi i dalje stoji ogromni normativni optimizam zakonodavca.

Za bivše države, kazneno pravo je imalo zadaću zaštite temeljnih prava čovjeka i građanina, i klasne vladavine proletarijata. Sasvim je razumljivo da takav kazneni sustav, ni načelno uzevši, nije odbacio zastrašivanje kao svrhu kazne te je u zaštiti svojih vrijednosti u velikoj mjeri bio nadahnut mogućnostima njihove obrane zastrašivanjem. Nasuprot optičkoj strogosti toga zakonodavstva i njegovoj inspiriranosti idejom zastrašivanja stajala je umjerena sudska politika kao korektiv normativnog optimizma. Inauguracija novoga kaznenog prava dala je hrvatskom zakonodavcu priliku smanjiti naslijeđeni neprihvatljivo visoki stupanj normativne represije. Unatoč uvažavanju temeljnih demokratskih postulata i civilizacijskih tečevina, generalna prevencija i dalje dominira našim zakonodavstvom što napućuje da je ono podjednako impresionirano mogućnostima obrane temeljnih društvenih vrijednosti zastrašivanjem potencijalnih prijestupnika. Analiza zakonske i sudski provedene kaznene politike pokazuje da je, usprkos nekim odstupanjima nastalim pod utjecajem neuspjeha u obračunu s rastućim kriminalitetom, hrvatski zakonodavac uspio održati prihvatljivu razinu normativne strogosti kaznenog prava. To se, međutim, ne bi moglo reći i za javnost, koja je danas jednako, kao i za bivše države pretežito uvjerena u svemoć zakonskog zastrašivanja.

Summary

DETERRENCE IN CROATIAN CRIMINAL POLICY

The author in the article researches the influence of deterrence theory on our legislation and practice. Thereat, the author does not deal with basic postulates of this theory, i.e. deterrence efficiency as a means of social control or its attractiveness. Rather, he strictly scrutinises the extent of inspiration by basic deterrence postulates in our legislation and court practice having in mind all public and academic limitations. In other words, the author proves that, regardless of the existing legislative and any other sort of proclamations, the deterrence theory is an important inspiring motive for Croatian legislature for decades now. Due to the fact that research on deterrence theory in criminal policy of a certain country demands at least basic knowledge of the most important postulates of this theory, as well as of utilitarian philosophy being a basis for the deterrence theory, the author touches upon certain theoretical premises which are according to his believe present, even latently, in the process of current shaping and functioning of the criminal justice system. The article also contains an overview of different Croatian legislative interventions which are a solid proof that criminal legal thinking and its practice have not been subjected to discontinuity. The emphasis is given to susceptibility of deterrence idea which has been present in different concepts of punishment and its purposes regardless of the system of state and social organization, and therefore accepted by divergent state conceptions such as liberal, fascist or socialist state. Consequently, it is no surprise that from the stand point of purpose of punishment there were no crucial changes in regard to the past and currently in force legislation. The author firmly believes that our (as well as foreign law) would be permanently pervaded by a resolute belief in the power of deterrence.

Key words: *deterrence, general prevention, punishment, purpose of punishment.*

Zusammenfassung

ABSCHRECKUNG IN DER STRAFPOLITIK REPUBLIK KROATIENS

In dieser Arbeit analysiert der Autor den Einfluss der Abschreckungstheorie auf die kroatische Gesetzgebung und Praxis. Ohne in die Grundbegriffe der Abschreckungstheorie einzugehen, bzw. die Effizienz und Wünschbarkeit der Abschreckung als Mittel der Gesellschaftsaufsicht näher zu prüfen, analysiert er in welchem Maße, trotz öffentlicher und akademischer Hindernisse, die kroatische Gesetzgebung und Rechtsprechung von den Grundsätzen der Abschreckung geprägt ist. Der Autor beweist, dass der kroatische Gesetzgeber im Wesentlichen von der Abschreckungstheorie in den letzten Jahrzehnten bewegt wurde. In dieser Hinsicht werden auch Prämissen der Theorie des Utilitarismus betrachtet, welche der Abschreckungstheorie zu Grunde liegt. Ferner betrachtet der Autor auch die Prämissen der Abschreckungstheorie, die heute noch, wenn auch nur latent, in der Gestaltung und Arbeitsweise der Strafrechtsprechung anwesend sind. In Anbetracht der Kontinuität des strafrechtlichen Gedankens werden verschiedene Epochen der kroatischen Gesetzgebungsintervention in dieser Arbeit in gleichem Maße ausgearbeitet. Die Abschreckungsidee wird in Bezug auf die menschliche Perception des Zwecks der Strafe als besonders geeignet hervorgehoben, und dies unabhängig von der Form der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung. Deswegen wurde diese Idee sowohl von liberalen, als auch von faschistischen und sozialistischen Staaten angenommen. Es sei nicht überraschend, dass sich aus dem heutigen Gesichtspunkt des Zwecks der Strafe in Bezug auf die ehemalige Gesetzgebung kaum was geändert hat, geschweige denn in Bezug auf die dauernde Verflechtung unseren Rechts und des unantastbaren Glaubens an die Macht der Abschreckung.

Schlüsselwörter: *abschreckung, allgemeine Prävention, Strafe, Zweck der Strafe.*

Riassunto

L'INTIMIDAZIONE NELLA POLITICA PENALE DELLA CROAZIA

Nel presente lavoro l'autore s'interroga sull'influenza della teoria dell'intimidazione nella nostra legislazione e prassi giudiziaria. In tale occasione non entra a fondo negli aspetti elementari della teoria dell'intimidazione, cioè l'efficacia dell'intimidazione quale misura di controllo sociale oppure volta a ciò; bensì si limita ad analizzare in che misura la nostra legislazione e la prassi giudiziaria, pur in presenza di barriere pubbliche ed accademiche, comunque siano ispirate dai postulati di base dell'intimidazione, ovvero dimostra che, nonostante tutte le dichiarazioni, anche legislative, la teoria dell'intimidazione rappresenta da diversi decenni una fonte significativa di ispirazione del legislatore croato. Posto che le riflessioni sulla presenza della teoria dell'intimidazione nella politica penale di un qualsiasi paese presuppone almeno una conoscenza di base dei principali postulati di detta teoria, come anche della filosofia dell'utilitarismo sulla quale essa si fonda, l'autore si occupa brevemente di quelle premesse della teoria dell'intimidazione, che reputa, seppure in maniera latente, presenti nel processo di formazione e funzionamento del sistema giuridico penale. Il contributo si sofferma in eguale misura su tutti gli interventi legislativi, giacchè essi sono di tale natura che non si può parlare di discontinuità del pensiero giuridico penale e della prassi che ne consegue. Si sottolinea la passibilità dell'idea dell'intimidazione che forgia il pensiero umano circa lo scopo della pena indipendentemente dalla forma dell'assetto statale e sociale, cosicchè è accolto da concezioni statali assai divergenti tra loro quali quella liberale, fascista e socialista. Pertanto, non è affatto strano, come conclude l'autore, che dal punto di vista dello scopo della pena nulla di rilevante è cambiato oggi rispetto alla legislazione passata e ancora meno rispetto alla permanente persistenza nel nostro (come in altri) diritto della ferma convinzione del potere dell'intimidazione.

Parole chiave: intimidazione, prevenzione generale, pena, scopo della pena.

THE MARGIN OF APPRECIATION, CONSENSUS, MORALITY AND THE RIGHTS OF THE VULNERABLE GROUPS

Dr. sc. Ivana Radačić, viši asistent
Institut društvenih znanosti Ivo Pilar
Zagreb

UDK: 342.7::061.1(4)
Ur.: 12 siječnja 2010.
Pr.: 21. travnja 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

POLJE SLOBODNE PROCJENE, KONSENZUS, MORAL I PRAVA RANJIVIH SKUPINA

Doktrina polja slobodne procjene jedna je od najkontraverznijih kreacija Europskog suda za ljudska prava, koja po mišljenju mnogih znanstvenika ometa razvoj univerzalnih standarda ljudskih prava. Sud je najčešće koristi kako bi se pozvao na mišljenje državnih vlasti o tomu što zaštita konvencijskih prava zahtijeva, kada ne postoji konsenzus, ili kada se vlasti pozivaju na zaštitu morala kao razlog za miješanje u konvencijska prava.

U ovom se članku kritizira takva upotreba doktrine, analizom interpretacije konsenzusa i morala u praksi Suda. Autorica tvrdi da pozivanje na mišljenje države u slučajevima kada ne postoji zajednički pristup među državama članicama ili kada se relevanto pitanje tiče (seksualnog) "morala", predstavlja zapreku za učinkovitu zaštitu prava ranjivih skupina, jer je uvjetuje prihvatanjem od strane većine država, odnosno većine unutar države. Autorica smatra da Sud ne bi trebao davati državama polje slobodne procjene da odluče o tomu koje standarde Konvencija nameće, već samo kako implementirati te standarde. Kod određivanja standarda, Sud bi se trebao voditi vrijednostima ravnopravnosti, autonomije i dostojanstva, a ne konsenzusom, što pretpostavlja traganje i osporavanje isključenosti i nepovoljnosti.

Ključne riječi: *polje slobodne procjene, konsenzus, moral, prava ranjivih skupina.*

1. Introduction

The doctrine of the margin of appreciation is one of the most controversial developments of the European Court of Human Rights. It has been criticised widely as a means of preventing development of universal human rights standards.¹ The Court has most often used the doctrine to defer to the state's judgment on what the protection of Convention rights require where it finds no consensus on the issue, or where the government invokes the protection of morality as the reason for interference with Convention rights, in which cases the Court simply declares that there is no consensus on moral issues.

In this article the author criticises such a use of the doctrine, examining the ways consensus and morals that have been interpreted by the Convention organs. It will be argued that deference to the state's judgment when there is a lack of a common approach among the member states on the relevant issue, or when the issue concern (sexual) 'morality' presents an obstacle for the effective protection of Convention rights, particularly the rights of vulnerable groups,² as it conditions the protection of (their rights) with the acceptance by the majority of the states or the majority within the state. Furthermore, it will be argued, that the Court should never give the states the margin of appreciation to decide what standards the Convention imposes, but only in respect of how to implement these standards. In determining the standard, the Court should be guided by the values of autonomy, equality and human dignity, on which international human rights law is based,³ rather than on the question of consensus. When the rights of vulnerable groups are at issue, the questions of exclusion and disadvantage need to be addressed, namely, 1. whether the interests and perspectives of the vulnerable groups are omitted or misrepresented in the challenged norm or policy; 2. whether the omission or misrepresentation produces or perpetuates the disadvantage of these groups, and 3. how to change the norm or policy so as not to perpetuate or produce exclusion and disadvantage.⁴

1 E Benvenisti, 'Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards' (1998-1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 843; G Letsas, 'Two Concepts of the Margin of Appreciation' (2006) 4 *Oxford Journal of Legal Studies* 705; Lord Lester of Herne Hill, 'Universality versus Subsidiarity: A Reply' (1998) *European Human Rights Law Review* 73.

2 In this category I place national, racial and sexual and gender minorities such as Roma, homosexuals, transsexuals, as well as politically less powerful groups, such as women.

3 See the Preamble of Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) (UDHR), and note that the European Convention on Human Rights was adopted as the first step for the collective enforcement of rights protected by the Declaration (as proclaimed in Preamble of the European Convention European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) CETS No 005, 213 UNTS 221 (ECHR)).

4 These questions are built upon the main feminist method of asking the 'woman question'. For the 'woman question' see K Bartlett, 'Feminist Legal Methods' (1990) 103 *Harvard Law Review* 829.

2. *Justification and the meaning of the doctrine*

The doctrine of the margin of appreciation is an expression of the principle of subsidiarity, which is one of the main interpretative principles of the Convention.⁵ While this principle, as reflected in Articles 1 and 35 of the Convention, refers to a procedural priority of domestic over international enforcement of human rights,⁶ it was given a more extensive meaning by the Convention organs. The Convention organs have advocated the idea that national authorities have a normative priority over international authorities. In other words, they have held that state organs have a greater legitimacy or are better placed than an international body to decide on human rights issues 'due to their direct and continuous contact with vital forces of their society.'⁷ This normative conception of subsidiarity has led to the development of the doctrine of the margin of appreciation.⁸

In addition to the principle of subsidiarity, the democratic principle of separation of powers, according to which the Court has to exercise restraint in interpreting the Convention, so as not to overtake the task of elected representatives and thus undermine the principles of democracy, has been frequently invoked as a justification of the doctrine.⁹ Finally, the doctrine of the margin of appreciation has been seen as necessary to protect the values of cultural diversity of the European countries.¹⁰ However, as will be shown below, deferring to the state's judgement when there is no consensus or in cases concerning the protection of morals undermines, rather than enhances, these goals.

The doctrine of the margin of appreciation has not been applied in a consistent manner. Most frequently it has been used as a tool of limiting the Court's power of review in light of its role as an international court. When the Court uses the doctrine in this manner, it either simply defers to the judgment of the national authorities, or it relies on their judgment heavily but not exclusively. In addition to the use of the doctrine as a tool of limiting the scope of the Court's review, the Court has on occasions

5 The other two are the principle of effectiveness and the principle of balancing between individual rights and communal interests.

6 Principle of subsidiarity, as reflected in Articles 1, 13 and 35 of the Convention, means both that the states have the obligation to secure the Convention rights within their domestic sphere and that they must be given the opportunity to redress any individual violations of the Convention rights before they are brought before an international tribunal.

7 *Handyside v UK* (App no 5493/72) (1976) Series A no 24.

8 The distinction between procedural and normative concept of subsidiarity can be traced to G Letsas, *A Study on the Interpretation of the European Convention on Human Rights* (PhD thesis, UCL 2005).

9 P Mahoney, 'Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin' (1990) 11 *Human Rights Law Journal* 57. For a critique see E Benvenisti, *supra* note 1.

10 P Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism' (1998) 19 *Human Rights Law Journal* 1; E Brems 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights' (1996) 56 *Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht* 240.

used the doctrine to express its opinion on the balance between the individual rights and communal interests,¹¹ in which cases the principle of proportionality has played a prominent role.¹² The Court, thus, sometimes refers to the margin of appreciation after undertaking review, in a conclusion on whether a right was violated, stating that a right has been violated if the state overstepped the margin,¹³ or that it was not because the state acted within the margin.¹⁴ This inconsistent approach has been criticised by many commentators, who have described the doctrine as ‘a substitute for coherent legal analysis of the legal issues at stake’,¹⁵ and as a ‘tool of avoiding responsibility to articulate reasons for ... decisions.’¹⁶

3. Development and the use of the doctrine of the margin of appreciation

The doctrine of the margin of appreciation was first developed in the context of Article 15 (the derogation clause). The Court has been reluctant to review whether derogation of the Convention rights is justified, on the basis that national authorities are ‘better placed’ to assess the exigencies of a particular situation.¹⁷ Outside of this context, the doctrine has been applied most often in assessing the necessity of interference with the qualified rights,¹⁸ as well as Article 14 (non-discrimination norm),¹⁹ and in assessing the existence and the scope of positive obligations. In other words, the doctrine has been applied whenever a balancing of interests between individual rights and the community interest was involved. In addition, the doctrine

11 Letsas terms such a use of the doctrine as a substantive concept of the margin of appreciation, which addresses the relationship between individual rights and collective goals. He differentiates this concept from what he calls the structural concept of the margin, which refers to the use of the margin as a tool limiting the scope of the Court’s review, in light of its role as an international court. Letsas, *supra* note 1.

12 Arai-Takashi defines the doctrine as the other side of the principle of proportionality. Z Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (2002).

13 *Van Kück v Germany* (App no 35968/97) ECHR 2003-VII, paras 84-85.

14 *Janowski v Poland* [GC] (App no 25716/94) ECHR 1999-I, para 35; *Evans v UK* [GC] (App no 6339/05) ECHR 2007-.

15 Lord Lester of Herne Hill, *supra* note 1.

16 RStJ Macdonald, ‘The Margin of Appreciation’ in F Matscher and H Petzolds (eds), *The European System for Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff, The Hague 1994).

17 *Greece v UK* (App no 176/56) (1959) 2 Yearbook 174, 176 (EComHR).

18 Qualified rights are rights which contain what can be termed ‘general public interests limitations’, allowing states to interfere with rights in pursuit of other legitimate purposes, primarily of a collective nature (examples of which are listed in a non-exhaustive manner), provided that interference is in accordance with law and necessary in democratic society. The most well-known qualified rights are those contained in Articles 8 to 11 of the ECHR.

19 Under this article, different treatment of individuals in analogous situations (or same treatment of individuals in significantly different situations) can be justified provided there is objective and reasonable justification.

has been applied in interpreting certain vague Convention terms such as ‘persons of unsound mind’ in Article 5(1)(e) (right to liberty and security), as well as in cases involving the discretion of national authorities in an assessment of facts, such as an assessment of evidence in the context of Article 6 (right to a fair trial) of the Convention.

The Court extensively articulated the doctrine for the first time in *Handyside v UK*.²⁰ In that case the Court examined whether the applicant’s conviction for disseminating an ‘obscene’ publication and the confiscation of copies of the publication in question (a book of a liberal outlook containing information on sexual and other issues intended for children and adolescents) were necessary in a democratic society for the protection of morals within the meaning of Article 10(2) (freedom of expression). In reviewing the necessity of these restrictions the Court held:

*by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, state authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements [of moral] as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ and ‘penalty’ ... intended to meet them ... Consequently, Article 10(2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation.*²¹

The Court continued to explain that the margin of appreciation is not unlimited:

*The Court, which is, together with the Commission, responsible for ensuring the observance of those States engagements, is empowered to give the final ruling on whether the ‘restriction’ is reconcilable with the freedom of expression protected by Article 10. The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision.*²²

However, despite this qualification, the Court simply deferred to the state’s judgment on how moral is to be defined and what measures can legitimately be taken in order to protect it, on the basis that there was no uniform conception of morality in the member states. This is the Court’s general approach: when it decides that the margin should be wide, it defers to the state’s judgment, and finds no violation of the Convention.

4. Factors influencing the width of the margin of appreciation

The width of the margin of appreciation depends on a number of factors: the nature of the right in question; the nature of the activities in question and their importance for the individual; the nature of the aims pursued and whether they

20 *Handyside v UK*, supra note 7.

21 *Ibid*, para 48.

22 *Ibid*, para 49.

concern general social and economic policies; the nature of the duty; the text of the Convention; the surrounding circumstances; and the existence of common grounds among member states, or in comparative or international law, or in public opinion.²³ The margin is generally narrower in the following circumstances: where the right is fundamental for democracy and the rule of law (such as freedom of expression, freedom from discrimination on the basis of sex and race, right to respect most fundamental aspects of private life, such as physical and moral integrity),²⁴ where the activity is of the most intimate nature (such as sexual activity); and where there is consensus on the issue.

On the other hand, it is generally wider when property rights are at issue; when the restrictions pursue the aims of the protection of national security, morality or religious feelings of others; where socio-economic policies, including planning policies are at issue; where positive obligations that would impose significant burdens on the community are at issue; and where there is a lack of consensus on the issue. The most relevant factor seems to be the existence or non-existence of consensus.

5. Consensus

Consensus is one of the main interpretative tools of the Court, connected both to the doctrine of the margin of appreciation and to the evolutive interpretation.²⁵ In deciding what present-day developments require in terms of interpreting Convention rights and whether the margin given to the state should be narrow or wide, the Court generally, looks at whether a consensus exists on the issue in question. However, what constitutes a consensus is not defined in a consistent manner.²⁶

Most often the Court looks at the practices of the member states to determine the existence of a consensus.²⁷ Where the Court finds divergence in approaches among member states, it usually leaves the state a wide margin of appreciation and finds

23 See E Brems, *Human Rights: Universality and Diversity* (Kluwer Law International, The Hague 2001) 357-380; P van Dijk and GJH van Hoff, 'The margin of appreciation' in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Kluwer Law International, The Hague 1998) 82-97.

24 There is no margin with respect to negative obligations under unqualified rights, and a very narrow margin with respect of positive obligations under these rights. See for example *Siliadin v France* (App no 73313/01) ECHR 2005-; *MC v Bulgaria* (App no 39272/98) ECHR 2003-VII.

25 Evolutive interpretation is an expression of the principle of effectiveness, according to which the Convention is a living instrument to be interpreted in light of present-day requirements. See *Tyrer v UK*, (App no 5856/72) (1978) Series A no 26, where the approach was first expounded.

26 Helfer identifies three distinct factors on which the Convention organs have relied in determining consensus: legal consensus, evidenced by the domestic law, international treaties or regional legislation; expert consensus; and European public consensus. LR Helfer, 'Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights' (1993) 26 *Cornell International Law Journal* 133.

27 *Dudgeon v UK* (App no 7525/76) (1981) Series A no 45; *Rees v UK* (App no 9532/81) (1986) Series A no 106; *Cossey v the UK* (App no 10843/84) (1990) Series A no 184; *Sheffield and Horsham v UK* (App nos 22985/93 and 23390/94) ECHR 1998-V.

no violation of the Convention, sometimes even when there is a directly relevant international instrument on the issue.²⁸ For example, in *Chapman v UK*, in which the applicants, travellers, challenged the refusal of planning permissions to station caravans on the land they owe, the Court gave states a wide margin of appreciation, due to a lack of a common approach, despite the existence of a number of international documents... 'imposing obligations to protect special needs of minorities and their security, identity and lifestyle and improve housing situation of Roma'.²⁹ The Court held that 'emerging international consensus' is not 'sufficiently concrete for it to derive any guidance as to the conduct or standards which Contracting states consider desirable in any particular situation'.³⁰ Similarly, in *Frette v France*, where the applicant challenged a refusal of authorisation to adopt, which he claimed was based on his homosexual lifestyle, the Court left state a wide margin of appreciation in light of a lack of a common approach among member states on the issue of homosexual adoption, despite the existence of international instruments prohibiting discrimination on the grounds of sexual orientation.³¹

Sometimes, however, the Court looks at progressive developments in comparative and international law as an indication of a consensus. For example, in *Marckx v Belgium*, the case challenging a failure to automatically recognise in law the ties between a mother and a child born out of wedlock, the Court looked at the developments in international law in respect of distinguishing between 'legitimate' and 'illegitimate' children to define the standard of treatment.³² In light of these developments, the Court narrowed the state's margin, even though the conventions it referred to were only ratified by a few member states at the time of the judgment.³³ Similarly, in the case of *Siliadin v France*, which challenged a lack of adequate criminal provisions prohibiting domestic servitude, the Court held that effective deterrence requires criminalisation of acts prohibited by Article 4, referring to standards imposed by ILO and UN conventions, even though none of the member states has criminalised specifically slavery and domestic servitude,³⁴ at the time in question.

28 *Chapman v UK* [GC] (App no 27238/95) ECHR 2001-I. See also *Coster v UK* [GC] (App no 24876/94) ECHR 18 January 2001; *Jane Smith v UK* [GC] (App no 25154/94) ECHR 18 January 2001; *Lee v UK* [GC] (App no 25289/94) ECHR 18 January 2001; *Beard v UK* [GC] (App no 24882/94) ECHR 18 January 2001.

29 *Ibid.*, para 39.

30 *Ibid.*

31 *Frette v France*, (App no 36515/97) ECHR 2002-I. The Court's approach to adoption of children by homosexuals has changed in *E.B. v France* [GC] (App no 43546/02) ECHR 2008-, where there was no reference to the margin of appreciation.

32 *Marckx v Belgium* (App no 6833/74) (1979) Series A no 31.

33 Convention of 12 September 1962 on the Establishment of Maternal Affiliation of Natural Children; The European Convention of 15 October 1975 on the Legal Status of Children born out of Wedlock. *Ibid.*, para 41.

34 *Siliadin v France* (App no 73313/01) ECHR 2005. The Court looked at the Forced Labour Convention; the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery and Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery; and the Convention on the Rights of the Child (para 51).

Yet sometimes the Court refers to the ‘evolution of social attitudes’ as an indication of a consensus.³⁵ For example, in *MC v Bulgaria*, a case challenging ineffectiveness of rape laws and prosecutorial practices, the Court held that the evolution of social attitudes towards equality of sexes requires that every form of non-consensual sex is criminalised as rape, including cases where the victim does not physically resist, although not many member states have taken this approach.³⁶

Finally, in some cases the Court simply states that there is no consensus without analysing the practices of member states or international law. This is generally the approach in cases where rights interfere with the aim of the protection of morals. In such cases the Court simply declares that there is a lack of a common conception of morals, without analysing the practices of member states or international and comparative law standards on the issue in question.³⁷

Thus, the Court’s approach to determining consensus and likewise to the application of the doctrine of the margin of appreciation has not been consistent. It is difficult to discern the factors that influence the Court’s approach.³⁸ The Court has not consistently defined consensus even in respect of the same subject matters. This is best exemplified in a series of ‘transsexual cases’ against the UK challenging its failure to recognise in law the post-operative sex of a transsexual.³⁹ In the first such case, *Rees v UK*, the Court gave the state a wide margin of appreciation in light of ‘little common ground between the Contracting States in this area’ and found no violation of the Convention.⁴⁰ Four years later in *Cossey*, the Court noted new developments in the member states and international law since the *Rees* judgment (focusing in particular on the Resolution on Discrimination against Transsexuals adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and Recommendation 1117 on the Conditions of Transsexuals adopted by the Committee of Ministers).⁴¹ However, it held that these instruments reveal ‘the same diversity of practice among member states’ and accordingly that ‘it cannot at present be said that a departure from the Court’s earlier decision is warranted in order to ensure that the interpretation of Article 8 on the point at issue remains in line with present-day conditions’.⁴² The Court however noted that ‘since the Convention always has to be interpreted and applied in the light of current

35 In cases where emphasis is placed on ‘changing social conditions’, the Court may or may not look in addition at the laws and practices of the member states and international developments.

36 *MC v Bulgaria* (App no 39272/98) ECHR 2003-VII.

37 These cases are discussed in the subsequent section.

38 A general observation can be made that the Court is less concerned with the lack of a common approach in cases involving obligations to protect women from violence, than in those involving reproductive or sexual rights (as these implicate ‘morality’).

39 The applicants argued a violation of Articles 8 (right to respect for private and family life, home and correspondence), 12 (right to marry) and 14 (non-discrimination).

40 *Rees v UK*, supra note 27.

41 *Ibid*, para 40.

42 *Cossey v UK*, supra note 27, para 40.

circumstances, it is important that the need for appropriate legal measures in this area should be kept under review'.⁴³ Eight years later, in *Sheffield and Horsham v UK*, the Court, examining a comparative study submitted by Liberty, held:

*The Court is not fully satisfied that the legislative trends ... suffice to establish the existence of any common European approach to the problems created by the recognition in law of post-operative gender status. In particular, the survey does not indicate that there is as yet any common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection, or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her pre-operative gender.*⁴⁴

Holding that 'transsexualism raises complex scientific, legal, moral and social issues, in respect of which there is no generally shared approach among the Contracting States',⁴⁵ the Court found no violation.⁴⁶

The Court finally changed its approach in *Christine Goodwin v United Kingdom* and *I v United Kingdom*.⁴⁷ In these two almost identical judgments, the Court first noted that it must have regard to 'the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally' and respond to any 'evolving convergence as to the standards to be achieved'.⁴⁸ In a section entitled 'the state of any European and international consensus' the Court argued, referring to a comparative study by Liberty (emphasising in particular the developments in New Zealand and Australia) that there was a 'continuous international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals' that justifies departing from its previous case-law even though there was still 'a lack of common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail'.⁴⁹ The Court held that 'the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising' and that in accordance with the principle of subsidiarity the states have a wide margin of appreciation.⁵⁰ However, the margin was given in respect of 'resolving within their domestic legal systems the practical problems created by the legal recognition of post-operative gender status',

43 Ibid, para 42.

44 *Sheffield and Horsham v UK* (supra note 27) para 57.

45 Ibid, para 58.

46 The Court's majority had begun to shift progressively from twelve votes to three in 1986 in *Rees v UK* (supra note 27) to eleven votes to nine in 1998 in *Sheffield and Horsham v UK* (ibid).

47 *Christine Goodwin v UK* [GC] (App no 28957/95) ECHR 2002-VI; *I v UK* [GC] (App no 25680/94) ECHR 11 July 2002. Both judgments were delivered unanimously.

48 *Christine Goodwin v UK* (ibid) para 84.

49 Ibid, para 85.

50 Ibid.

and not in respect of securing the recognition in law of the new gender status.⁵¹

This approach to consensus and the doctrine of the margin of appreciation has a potential for achieving a more inclusive jurisprudence which would respect the rights of the members of vulnerable groups. It shows sensitiveness to the context, and engages in empathic reasoning⁵² that displays an understanding of disadvantage, which is necessary for protecting the rights of disadvantaged groups and addressing discrimination and disadvantage that they face.

In this case, the Court asked the ‘question of exclusion and disadvantage’. It asked whether the challenged measure failed to take into account the perspective of transsexuals, what the effects of the omission are (whether they perpetuate or produce the disadvantage) and how to take the perspective of transsexuals into account. In answering these questions, the Court looked at the progressive developments in international and comparative law which document the disadvantage of transsexuals, rather than conditioning the answer upon the acceptance of the majority of member states.

Such an approach is very important from the perspective of the protection of the rights of vulnerable groups, as in respect of the rights of these groups, a common approach among the member states is usually more slowly developed as opposed to the cases involving classic civil and political rights. However, it has generally not been applied in the cases involving ‘moral issues’, which have most often been the cases concerning sexual and gender mores and reproductive self-determination, i.e. issues which concern the rights of sexual and gender minorities and women.

6. Protection of morals

In cases where rights were interfered with for the protection of morals, or which were seen as involving ‘moral’ issues, the Court has tended to give states a wide margin of appreciation.⁵³ In many of these cases the wide margin was justified on account of the absence of a consensus, even though there was in fact a common

51 Ibid.

52 L Henderson, ‘Legality and Empathy’ (1986-1987) 85 Michigan Law Review 1574

53 In this category of cases we could place cases concerning sexual education: *Handyside v UK* (supra note 7); unconventional homosexual sex activities: *Laskey, Jaggard and Brown v UK* (App nos 21627/93, 21826/93 and 21974/93) ECHR 1997-I; adoption of children by homosexuals prior to *EB v France* (supra note): *Frette v France* (supra note 31) rights of transsexuals in respect to parenting a child conceived by IVF: *X, Y and Z v UK* (App no 21830/93) ECHR 1997-II; and prior to *Christine Goodwin v UK* (supra note 47), recognition of new sex identity of transsexuals and their right to marry (discussed above); as well as reproductive self-determination cases: *X v UK* (also cited as *Patton v UK*) (dec) (App no 8416/78) (1980) 3 EHRR 408 (EComHR); *RH v Norway* (dec) (App no 17004/90) (1992) 73 DR 155 (EComHR); *Boso v Italy* (dec) (App no 50490/99) ECHR 2002-VII; *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland* (App nos 14234/88 and 14235/88) (1992) Series A 246-A; *Brüggemann and Scheuten v Germany* (App no 6959/75) (1997) 3 EHRR 244 (EComHR); *Tysiāc v Poland* (App no 5410/03) ECHR 2007-; *D v Ireland* (dec) (App no 26499/02) ECHR 28 June 2006, *Vo v France* [GC] (App no 53924/00) ECHR 2004-VIII.

approach among the member states, or international instruments on the issue.⁵⁴ The approach seems to depend rather on how unconventional the activity in question is (according to the dominant norm): the less conventional it is in view of majority standards, the less likely it is that the Court will find a violation.

In cases concerning women's reproductive self-determination, the Convention organs have consistently held that states enjoy a wide margin of appreciation in regulating terminations of pregnancy on account of there being no consensus in 'such a delicate area'.⁵⁵ In *RH v Norway*, for example, the Commission concluded that there was no consensus on abortion with, national laws on abortion 'differing considerably', even though only a few member states had restrictive abortion laws at the time of the decision.⁵⁶

The Court also found the existence of a common approach among member states to be irrelevant in *Handyside v UK*.⁵⁷ The fact that the book in question circulated freely in most of the member states (as well as in other parts of the UK, except England) did not convince the Court that the margin should be narrower with respect to the UK (and neither did the importance of the freedom of expression for a democratic society). The most important factor which was said to justify the interference was that 'it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals.'⁵⁸ This was also a determinative factor in finding that an interference with the freedom of expression was justified in *Müller and Others v Switzerland*,⁵⁹ *Otto-Preminger-Institut v Austria*,⁶⁰ and *Wingrove v UK*.⁶¹

The lack of a common conception of morals was less relevant in *Dudgeon v UK*, which concerned a challenge to the criminalisation of male homosexual sexual activities in Northern Ireland.⁶² The Court explained that the scope of the margin is affected not only by the nature of the aim of the restriction, but also by the nature of the activities involved. It held that the fact at issue was 'a most intimate aspect of private life', and distinguished this case from the *Handyside*.⁶³ The Court also placed emphasis on the fact that the great majority of the members states did not criminalise such behaviour in finding that there was no pressing social need for doing so in Northern Ireland.

However, in *Laskey, Jaggard and Brown v UK* the Court found the conviction

54 If we take Helfer's classification, in these cases the Court examines European public opinion in order to determine existence or a absence of a consensus: supra note 26.

55 *X v UK*; *RH v Norway*; *Boso v Italy*; *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*; *Brüggemann and Scheuten v Germany*; *Tysiāc v Poland*; *D v Ireland*, *Vo v France*. All cited supra note 53.

56 *RH v Norway* (supra note 53).

57 Supra note 7.

58 *Handyside v UK* (supra note 7) para 49.

59 *Muller v Switzerland* (App no 10737/84) (1988) Series A no 133.

60 *Otto-Preminger-Institut v Austria* (App no 13470/87) (1991) Series A no 295-A.

61 *Wingrove v UK* (App no 17419/90) ECHR 1996-V.

62 *Dudgeon v UK* (App no 7525/76) (1981) Series A no 45).

63 *Ibid*, para 52.

of the applicants for the consensual adult homosexual sadomasochistic sex activities justified as necessary for the protection of health or morals, even though this case also concerned the most intimate aspects of private life.⁶⁴ The Court distinguished this case from *Dudgeon* in that this case concerned activities which inflict physical harm, which the state 'is unquestionably entitled to regulate, through the operation of criminal law'.⁶⁵ The fact that the activities involved willing adults in a private controlled environment and that they did not result in any serious injury⁶⁶ did not convince the Court that the conviction of the applicants might not have been 'necessary in democratic society'.⁶⁷ Moreover, it did not matter that some other non-sexual activities, such as boxing, were not criminalised, which suggests that the determinative factor was their unconventional (homo)sexual nature rather than the harm involved.⁶⁸ The purpose of the criminalisation was the enforcement of conventional sexual morality. The Court affirmed this enforcement, even though the enforcement of this sexual 'morality' through criminalisation of sadomasochistic sex was arguably itself immoral from the perspective of human rights as it punished the applicants for expressing themselves sexually in a way that might be found distasteful by some, but which did not involve violation of other people's rights (as the activities did not harm anyone who did not consent to them).⁶⁹ Thus, the Court failed to ask the 'question of exclusion and disadvantage.'

While the Court might have feared legitimately to impose 'sexual morals' in terms of appropriate sexual behaviour, in cases where it has deferred to the state's concept of morals, the Court has actually imposed a dominant concept of morality

64 *Laskey, Jaggard and Brown v UK* (supra note 53).

65 *Ibid*, para 43.

66 The Court found it relevant that they *might* have caused serious injury. This is contrary to the Court's general approach in which it limits its role to the assessment of the facts of the cases, defining its task as narrowly as possible.

67 The Court has even expressed doubt about whether it could be held that the activities belong to the sphere of private life, since the activities involved a number of people, the recruitment of new 'members', the provision of several specially equipped chambers, and the shooting of many videotapes which were distributed among the 'members'. It did not examine the question further since it was not disputed by the parties that the activities fell within the scope of 'private life'.

68 The applicants also argued that they were singled out for prosecution because they were homosexuals and supported this claim by the judgment in *R v Wilson* [1996] CrAppR 241 (CA) where the similar behaviour of heterosexual married couple was not considered to merit criminal punishment. The Court simply dismissed this argument. For a comparison of these cases, see M Weait, 'Harm, Consent and the Limits of Privacy' (2005) 13 *Feminist Legal Studies* 97. In addition to this claim of differential application of the law, another claim of discrimination on the basis of sexual orientation could be made. It could be argued that criminalisation of sadomasochistic sex constitutes indirect discrimination on the grounds of sexual orientation, since much more homosexuals than heterosexuals engage in such sexual practices. A measure which has discriminatory effect should not be justified on account of the protection of morals. It is difficult to see how public morals are served by discriminating against the minority.

69 See C Nowlin, 'The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (2002) 24 *Human Rights Quarterly* 264.

enforced by the majority against the minority,⁷⁰ a morality which justifies the infringement of human rights of those who do not accept it. This is contrary to the Court's role as a human rights institution. Moreover, it is also contrary to the goal of preserving cultural diversity, as it undermines cultural diversity within the country. Finally, deferring to the state's concept of morals in situations like these, might undermine rather than enhance democracy, as the minority against whom the 'morals' are enforced usually does not have an effective voice in the political processes.⁷¹

Hence, the Court should not automatically defer to the concept of morality defined by the state, or by a majority of the states, but should define morality in accordance with the values of the Convention (in particular the values of autonomy, equality and human dignity). As argued by Nowlin, 'where no harm to others is involved and the harm to participants is consensual, the basic human right to determine one's "self", or the ... right of individual to "live his or her life as he or she may choose", cannot be restricted in the name of legal moralism.'⁷² Reference in the Convention to protecting public morals should thus be construed to mean respect for the moral rights of others.⁷³ The freedom to express one self could thus be legitimately interfered with only when the exercise of this freedom violates the rights of others, and not on account of majoritarian preferences. This is the morality that the Court should endorse, as it is consistent with the idea of universal human rights based on the principles of autonomy, equality and human dignity.

7. Conclusion

The Court is a human rights institution whose task is to secure the respect for minimum standards which protect human dignity, autonomy, and equality of all people under the jurisdiction of the member states. Deference to the state's margin of appreciation in cases where the Court finds no consensus on the issue in question, or where the government invokes the protection of morality as the reason for interference with Convention rights, undermines the exercise of the Court's task as it conditions the rights of the members of the vulnerable groups by the acceptance of the majority of the states, or the majority within the state. Such a use of the doctrine also does not serve the goals that the doctrine is supposed to protect, as it undermines cultural diversity within the states, and does not correct systematic deficiencies of democratic processes.

This does not mean that the doctrine of the margin of appreciation should not have a place in the international supervisory system of human rights, but only that it should

70 By minority I mean not only traditional minorities, such as ethnic or religious, but also 'political outcasts' and less powerful members of the society, whether or not they constitute a minority in terms of numbers.

71 S Fredman, 'Human Rights Transformed: Positives Duties and Positive Rights' [2006] Public Law 498.

72 Nowlin (supra note 69) 282.

73 Ibid, 286.

not be applied in a manner that shields the conduct of the state from supervision and justifies violation of the rights of minorities on the basis of majoritarian preferences. Hence, while states should enjoy the margin of appreciation in respect of choosing the means to secure the human rights standards imposed by the Court, they should not have discretion in respect of choosing whether or not to implement these standards in light of the interests of majority of states or within the state.⁷⁴ The Court should always undertake a review of a challenged action or omission and never simply defer to the state's judgment. Review should be heightened, rather than lenient, in cases which concern the conflict between majorities and minorities.⁷⁵ The Court's assessment should be guided by the values of autonomy, equality and human dignity, which presupposes searching for, and challenging, exclusion and disadvantage of vulnerable groups.

The diversity or uniformity of state practices, or the lack of uniform conception of morality, should not be a relevant consideration in enforcing (universal) human rights. Not enforcing human rights because of a lack of a consensus (because the majority does not lead the lifestyle of the applicant or does not suffer her problems) is contrary to the principle of equality on which human rights are based. Therefore, the Court should give less significance to the (non-)existence of a common approach among the member states and to the lack of a consensus on conception of morals, and look instead at the international human rights instruments or progressive developments in comparative jurisprudence on the issue in question, as the latter are usually more sensitive to disadvantage of vulnerable groups. This has been the approach of the Court more recently and it is to be hoped that the Court will continue to apply it in a consistent manner, including when rights are interfered with for the protection of morals.⁷⁶ Such an interpretation of the margin of appreciation would be in accordance with the principle of effectiveness and the evolutive approach to interpretation.

It could be argued that the shift of focus from the question of consensus (among member states) to the questions of exclusion and disadvantage, does not take into account the political constraints within which the Court operates, or that it would undermine representative democracy or the cultural diversity of Europe, or the authority of the Court (which, it has been argued, are served by the use of consensus as an interpretative principle). However, shifting the approach does not have these consequences. As the members of disadvantaged minorities or less powerful groups have not been given an effective voice in political processes, asking the 'question of exclusion and disadvantage' might enhance democratic ideals, by remedying systematic deficiencies of democratic processes in accordance with the role that international human rights bodies are supposed to serve. Moreover, cultural diversity might also be enhanced by asking the 'question of exclusion and disadvantage', as it

⁷⁴ Hence, while the state could choose means to secure recognition in law of the post-operative transsexual, it cannot choose whether or not to do so.

⁷⁵ Benvenisti (supra note 1).

⁷⁶ *Christine Goodwin v UK* (supra note 47); *I v UK* (supra note 47); *MC v Bulgaria* (supra note 36); *Siliadin v France* (supra note 34).

would promote respect for the cultural values of minorities (provided that they do not result in violation of rights of others). Furthermore, the authority of the Court might be served by having consistent decision-making tools (asking ‘the question of exclusion and disadvantage’), rather than deferring to the state’s will. Asking the ‘question of exclusion and disadvantage’ is not an impossible task: the marginalisation and disadvantage of certain groups have long been documented in international human rights discourse, and group-specific human rights law can elucidate many of the issues.

Summary

THE MARGIN OF APPRECIATION, CONSENSUS, MORALITY AND THE RIGHTS OF VULNERABLE GROUPS

The doctrine of the margin of appreciation is one of the most controversial developments of the European Court of Human Rights, which, in view of many scholars, impedes the development of universal standards of human rights. The Court has most often used it to defer to the state's judgment on what the protection of Convention rights requires if there is no consensus on this issue, or if the government invokes the protection of morality as the reason for interference with Convention rights.

The author criticises such a use of the doctrine examining the ways consensus and morals have been interpreted in the case-law. The author argues that deference to the state's judgment in case there is a lack of a common approach among the member states on the relevant issue, or when the issue concerning the (sexual) 'morality', presents an obstacle for the effective protection of the rights of vulnerable groups, due to the fact that it conditions their protection with the acceptance by the majority of the states or the majority within the state. It is maintained that the Court should never allow to the states a margin of appreciation to decide what standards the Convention imposes except in cases when the states decide on implementation of these standards. In determining the standard, the Court should be guided by the values of autonomy, equality and human dignity, rather than by the issue of consensus, which presupposes searching for and challenging the exclusion and disadvantage of vulnerable groups.

Key words: *margin of appreciation, consensus, morals, rights of vulnerable groups.*

Zusammenfassung

ERMESSENS- ODER BEURTEILUNGSSPIELRAUM, KONSENS, MORAL UND DIE RECHTE DER SCHUTZBEDÜRFTIGEN PERSONENGRUPPEN

Die Ermessensdoktrin zählt zu den meist bestrittenen Entwicklungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Nach Ansicht einiger Autoren, beeinträchtigt dies auch die Entwicklung der allgemeinen Normen der Menschenrechte. Diese Doktrin wird vom Gerichtshof meistens dann angewandt, wenn kein Konsens darüber besteht, was der Schutz der Konventionsrechte benötigt, oder wenn die Regierung als Grund des Eingriffs in die Konventionsrechte den Moralschutz geltend macht. In der vorliegenden Arbeit übt die Autorin Kritik über eine solche Anwendung der genannten Doktrin, indem sie die Auslegung von Konsens und Moral in der Rechtsprechung ausarbeitet. Wie sie behauptet, im Falle dass kein Konsens erreicht wird, und keine gemeinsame Einstellung der Mitgliedstaaten besteht, oder wenn es um (sexuelle) Moral geht, sei das Ermessen der Mitgliedstaaten ein Hindernis für den effizienten Schutz der Rechte von schutzbedürftigen Personengruppen, weil dafür entweder eine Mehrheit von Staaten, oder eine Mehrheit innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaates erforderlich ist. Aus diesem Grunde sollte es der Gerichtshof nicht den Mitgliedstaaten überlassen, über die von der Konvention verhängten Normen Entscheidungen zu treffen, mit der Ausnahme der Implementierung dieser Normen. Darüber hinaus sollte der Gerichtshof bei der Feststellung dieser Normen von Werten wie Autonomie, Gleichheit und menschliche Würde, statt von Konsens geleitet werden, weil dieser Fragen der Ausschließung und Benachteiligung schutzbedürftiger Personengruppen mit sich bringt.

Schlüsselwörter: Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, Konsens, Moral, Rechte der schutzbedürftigen Personengruppen.

Riassunto

I MARGINI DI APPREZZAMENTO, CONSENSO, MORALITÀ E DIRITTI DEI GRUPPI VULNERABILI

La dottrina relativa al concetto del libero apprezzamento rappresenta una delle creazioni più controverse della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale secondo l'opinione di numerosi studiosi ostacola lo sviluppo di *standards* universali dei diritti dell'uomo. Il più frequente uso che ne fa la Corte è volto a richiamare i pareri delle autorità statali sul contenuto della tutela dei diritti convenzionali, laddove manchi un consenso oppure qualora le autorità invochino la protezione di valori morali al fine di interferire nei diritti convenzionali.

Nel presente lavoro, mediante un'analisi dell'interpretazione del consenso e della morale nella giurisprudenza della Corte, viene criticato siffatto uso della dottrina.

L'autrice sostiene come il richiamo al parere dello Stato, nei casi in cui non esista un approccio comune agli Stati membri, oppure quando la questione rilevante concerne la «morale» (sessuale), rappresenti un impedimento ai fini di un'efficace tutela dei diritti dei gruppi vulnerabili; giacché la stessa viene condizionata dal suo accoglimento da parte della maggioranza degli Stati ovvero da parte della maggioranza all'interno dello Stato. L'autrice ritiene che la Corte non dovrebbe dare agli stati margini di libero apprezzamento per stabilire quali *standards* siano imposti dalla Convenzione, bensì permettere di stabilire unicamente le modalità di recepimento di tali *standards*. Nel determinare gli *standards*, la Corte dovrebbe seguire i valori dell'eguaglianza, dell'autonomia e della dignità, anziché del consenso, il che presuppone la ricerca e la resistenza all'emarginazione ed all'inadeguatezza.

Parole chiave: *margini di libero apprezzamento, consenso, morale, diritti dei gruppi vulnerabili.*

NEFINANCIJSKI SEKTOR I SAMOSTALNE PROFESIJE U KONTEKSTU SPRJEČAVANJA PRANJA NOVCA

Mr. sc. Žana Pedić
Ministarstvo financija
Zagreb

UDK: 343.359
Ur.: 27 studenog 2009.
Pr.: 1. ožujka 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Rad je izrađen sa svrhom ukazivanja na potrebu pojačanog fokusa na sprječavanje pranja novca kod pripadnika nefinancijskog sektora i samostalnih profesija. U radu se prezentira sustav sprječavanja pranja novca u ovom sektoru, definiraju se temeljni pojmovi, analizira međunarodni i domaći pravni okvir, navode tipologije i učinci pranja novca, objašnjava pristup temeljen na procjeni rizika u navedenim sektorima te se navode razlozi povećane izloženosti ovoga sektora aktivnostima osoba uključenih u pranje novca i zaključno moguće mjere za smanjivanje interesa kriminalnog miljea za navedeni sektor.

Ključne riječi: *nefinancijski sektor, samostalne profesije, pranje novca, financiranje terorizma, procjena rizika.*

1. UVOD

Pranje novca je fenomen koji danas zaslužuje pojačanu pažnju. To je rastuća industrija u čije su suzbijanje uključene državne institucije i tijela progona širom svijeta, kao i velik broj ne-vladinih, međuvladinih, multilateralnih i supranacionalnih organizacija.¹

Ovu tvrdnju potvrđuju i empirijske analize kojima se pokušalo utvrditi relativne i apsolutne brojke opranog novca. Procjene Svjetske banke i Međunarodnog monetarnog fonda, pokazuju da razina opranog novca danas doseže 2-5% svjetskog bruto društvenog proizvoda.²

1 Prema Brigitte Unger, *The Scale and Impacts of Money Laundering*, Cheltenham, UK-Northampton, Ma, USA, 2007., str. 6.

2 Camdessus, Michael, *Money Laundering: the Importance of International Countermeasures*, International Monetary Fund, Plenary meeting of the FATF, Paris, February 10, 1998. (www.imf.org/external/np/speeches/1998/021098.htm).

Australski ekonomist, John Walker,³ pokušao je kvantificirati relativne brojke te je došao do podatka od 2,85 bilijuna USD opranih diljem svijeta.^{4,5} Sve su to, međutim, samo procjene jer se radi o tajnovitom fenomenu i njegove je dosege teško mjeriti, osobito stoga što su najuspješnije metode i dalje nepoznate. Odnosno, stvaran i egzaktan broj „perača“, *modusa operandi* koje oni primjenjuju te zemalja i sektora koji su uključeni u te aktivnosti i dalje je nepoznat.

Dodatni problem predstavlja činjenica da je pranje novca poput živog organizma. Odnosno ono nije jednoznačno i nepromjenjivo, nego izrazito podložno promjenama u društvu izazvanim zakonodavnim i regulatornim okvirom i ukupnim gospodarskim, političkim i inim kretanjima. Kao posljedica takvih promjena i kretanja, mijenja se i fokus „perača“ novca. Tako se kao posljedica jačanja zakonodavnog i regulatornog okvira u financijskom sektoru, pojavila dodatna atraktivnost nefinancijskog sektora i samostalnih profesija za aktivnosti pranja novca⁶ te su kriminalne skupine razvile nove, prilagođene sheme i moduse koji se koriste u ovom specifičnom sektoru. Dakle, kada su financijske institucije diljem svijeta manje-više ozbiljno definirale pravila ponašanja te primijenile mjere i radnje za sprječavanje pranja novca/financiranja terorizma, interes „perača“ usmjerio se prema nefinancijskom sektoru i samostalnim profesijama budući da je taj sektor sve do donošenja Treće direktive Europskog parlamenta i Vijeća⁷, praktički bio ne regulirano područje.

Zbog čega je pranje novca toliko zanimljiv i neizostavan dio „poslovanja“ kriminalnog miljea? Razlog tomu je logičan, ono „daje život“ kriminalno stečenom prihodu omogućavajući njegovo daljnje korištenje. Bez ubacivanja prljavog novca u legalne financijske tijekove, on bi i dalje ostao izvan granica funkcioniranja legalne ekonomije i time bio manje vrijedan i upotrebljiv.⁸ Dodatnu težinu i važnost pranju novca daje činjenica da se gotovo sve nezakonite transakcije vrše u gotovom novcu pa je pod svaku cijenu potrebno prikriti izvor i promijeniti oblik tako stečenog novca te ga „umetnuti“ u sustav. Zbog prethodno navedenih činjenica, DNFBP⁹ sektor postao je izrazito atraktivan u ostvarenju ambicija trgovaca drogom, terorista, pripadnika

3 Walker, John, How big is Global Money Laundering, MCB UP Ltd, 1999., str. 25-35.

4 Problem prisutan u analizi Johna Walkera jest u činjenici što je u svom izračunu jednakim smatrao zemlje s vrlo različitom ekonomskom strukturom, stoga su Walkerovom pokušaju potrebne brojne dopune.

5 The Economist; Money launderers on the line (international efforts to reduce money laundering), June 25, 1994.

6 FATF-ova definicija nefinancijskog sektora i profesija (DNFBP sektora) dana je u nastavku.

7 Treća direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o sprječavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca i financiranja terorizma 2005/60/EC od 26. listopada 2005.

8 I domaći autori naglašavaju ovu činjenicu, npr. Maros, I.(1999), Uloga i ovlasti Ureda za sprječavanje pranja novca, Policija i sigurnost, Ministarstvo unutarnjih poslova, br. 3-4/1999., str. 241. navodi da je glavni cilj kriminalaca ubaciti novac u financijske tijekove i to po mogućnosti izvan zemlje.

9 Nefinancijski sektor i samostalne profesije.

organiziranog kriminala, „insidera“, onih koji izbjegavaju plaćanje poreza itd.^{10, 11}

Uvodno treba naglasiti i karakteristiku koja pranje novca razlikuje od bilo koje druge aktivnosti motivirane stjecanjem imovinske koristi, a to je da glavni cilj kriminalnih skupina koje se bave pranjem novca nije postizanje što je moguće većeg profita, nego postizanje što je moguće veće iskoristivosti prljavog novca (pretvaranjem u legalni), a time i veće mase za daljnje neometano korištenje u legalnim aktivnostima (bankovnim, trgovačkim kupoprodajnim, investicijskim, poduzetničkim i dr.). Novac, koji se ne uspije „oprati“ i ubaciti u legalne novčane tijekove, vrijedi puno manje.¹² Zbog svega toga, države trebaju shvatiti poruke FATF-a, UN-a, Europskog parlamenta i Vijeća te drugih međunarodnih institucija uključenih u borbu protiv pranja novca/financiranja terorizma o potrebi pojačane pažnje u pogledu DNFBP sektora kao pogodnog medija za pranje novca/financiranja terorizma.

Ovaj se rad u nastavku detaljnije bavi svim uvodnim napomenama, a pri pisanju rada korištene su sljedeće metode: metoda deskripcije, apstrakcije i konkretizacije, usporedna metoda te metoda indukcije i dedukcije.

2. POJAM I FAZE PRANJA NOVCA

2.1. Pojam i koncept pranja novca

Supranacionalna definicija pranja novca dana je Konvencijom UN-a protiv ilegalne trgovine drogama i psihoaktivnim tvarima iz 1988. godine i Direktivama Europskog parlamenta i Vijeća počevši s Direktivom 91/308/EEC o sprječavanju uporabe financijskog sustava u svrhu pranja novca, iz lipnja 1991. godine (u daljnjem tekstu Prva direktiva).

Prema Konvenciji radi se o „konverziji ili prijenosu vlasništva, poznajući činjenicu da je to vlasništvo proisteklo iz kaznenog djela trgovine drogama ili čina kojim se sudjeluje u takvom kaznenom djelu u cilju skrivanja ili prikrivanja protupravnog porijekla vlasništva koje proizlazi iz takvog kaznenog djela, a kako bi se izbjegle pravne posljedice takvog čina“.

U pogledu definicija danih direktivama, danas je aktualna definicija iz Direktive 2005/60/EC Europskog parlamenta i Vijeća o sprječavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca i financiranja terorizma, (u daljnjem tekstu Treće direktive) prema kojoj proces pranja novca obuhvaća prikrivanje prave prirode i izvora

10 Kehoe, Mark, *The Threat of Money Laundering*, Irska, 1994., str. 2.

11 U prilogu tezi da se ne radi o zanemarivoj djelatnosti, govore mnogi autori, koji danas smještaju fenomen pranja novca u najjače industrije svijeta. Tako Beare, Margaret i Schneider, Stephen u knjizi: *Money Laundering in Canada, chasing dirty and dangerous dollars*, University of Toronto, Toronto, Canada, kažu da se radi o značajnoj industriji, (str. 65), isto naglašava i Gilmore, William; *Dirty Money, The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, Francuska, str. 91, 44.

12 Gilmore W, *Dirty Money, The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, Francuska, 2004., str. 20-44.

novca, pretvorbu i prijenos imovine u smislu prikrivanja njezina protuzakonitog podrijetla, odnosno nabavu, posjedovanje ili upotrebu imovine proizašle iz kaznenoga djela odnosno sudjelovanje, povezanost, pokušaj pomaganja, poticanja te omogućavanje izvršenja bilo koje od navedenih radnji.

Brojni domaći (Bejaković¹³, 1997., Giunio¹⁴, 1998., Cindori¹⁵, 2007, 2009.), kao i strani autori daju također cijeli niz definicija pranja novca.

Tako npr. prema Grahamu¹⁶ pranje novca predstavlja proces koji kriminalcima omogućava kontroliranje sredstava proizašlih iz njihovih aktivnosti, sigurnu potrošnju, tj. investiranje tih sredstava, izbjegavanje sumnje i otkrivanja, kao i konfiskacije ili oduzimanja.

S obzirom na današnje trendove i definicija treba biti osuvremenjena budući da prema Hoptonu¹⁷ proces pranja novca ne uključuje više nužno „stvaran“ novac, i „pojavljuje se svaki put kada se obavlja transakcija ili uspostavlja poslovni odnos koji uključuje bilo kakvu imovinu deriviranu iz kriminalnih aktivnosti.“

2.2. Faze pranja novca

Pranje novca je proces, a taj proces je “često, vrlo kompleksan, prije nego jedinstven čin”¹⁸. Njegova složenost ovisi o stupnju složenosti organizacijske strukture kriminalne organizacije kao takve, vrsti aktivnosti u koje su kriminalci uključeni, volumenu novčanih sredstava, mogućnostima sklapanja poslovnih odnosa između kriminalaca i sl.¹⁹ Isto tako, više se ne radi o slučaju gdje su mali izolirani otoci i pojedinačni slučajevi uključeni u proces pranja novca. Suprotno tomu, i vrlo napredni i kompleksni ekonomski sustavi imaju svoje mjesto u tom procesu, odnosno “giganti peru i više.”²⁰

Mnogi domaći i strani autori pisali su o poznate tri etape za koje se vjerovalo da su sastavni i obvezni dio kroz koji svaka aktivnost pranja novca prolazi, a to su polaganje, prikrivanje i integracija.

13 Bejaković, Predrag, Pojmovnik javnih financija, Financijska praksa, 21 (3), 1997., str. 461-466.

14 Giunio, Miljenko (1998), Mjere za sprječavanje pranja novca, Slobodno poduzetništvo, 8; str. 44.

15 Cindori, Sonja, Sustav sprječavanja pranja novca, Financijska teorija i praksa, 31 (3), 2007., str. 58-60.

16 Graham, Toby, Series Money Laundering, Butterworths, 2003., Trowbridge, Wiltshire, UK, str. 3-4.

17 Hopton, Doug, Money laundering a Concise Guide for all Business. Gower Publishing Ltd, Hampshire, England, 2006., str. 2.

18 Gilmore, William, C., Dirty Money, The Evolution of Money Laundering Counter Measures, Council of Europe Publishing, Strasbourg, Francuska, 2004., str. 29-44.

19 Savona, E.U., Mafia Money Laundering versus Italian Legislation, European Journal of Criminal Policy and Research, vol. 1, br. 3., rujan 1993., str. 35.

20 Unger, Brigitte, The Scale and Impacts of Money Laundering, Cheltenham, Northampton, Ujedinjeno Kraljevstvo i Massachusetts, SAD, 2007., str. 14, 79, 81.

Međutim, u novije vrijeme smatra se da se u tom kompleksnom procesu koristi čitav raspon tehnika i metoda u pokušaju što boljeg prikriivanja traga inicijalno prljavog novca. To znači da granice između navedene tri etape pranja novca više nisu jasno definirane i omeđene. Dakle, danas se više ne može govoriti o isključivom postojanju ove tri faze, jer unutar njih postoji još i velik broj podetapa (mikro faza) koje ovise o kompleksnosti pojedinačnog slučaja, odnosno procesa pranja novca.^{21,22}

Njihova jasna podjela danas bi bila samo ograničen pristup problemu u kojemu je moguće koristiti neograničen broj tehnika i metoda ovisno o volumenu sredstava te veličini i opasnosti rizika od otkrivanja.

Različitost i kompleksnost procesa pranja novca može tako rezultirati u pojavljivanju samo jedne od gore spomenutih etapa ili simultanom pojavljivanju dvije ili čak sve tri etape („preklapanje faza“),²³ uključujući i različite podetape. I domaći autori također naglašavaju ovu činjenicu. Tako Katusić-Jergović²⁴ navodi da etape u stvarnosti nisu jasno odvojene i prepoznatljive te se u svakoj od njih miješa prljavi novac s legalnim.

3. POJAM FINANCIRANJA TERORIZMA

Nakon terorističkog napada na Sjedinjene Američke Države, 11. rujna 2001. godine, pojam financiranja terorizma počeo se intenzivno koristiti uz pojam pranja novca te ga je i u ovom radu nužno spomenuti i definirati. Kao posljedica spomenutih terorističkih napada, FATF²⁵, međunarodno tijelo za uspostavu standarda u području borbe protiv pranja novca/financiranja terorizma, koji je razvio 40 preporuka za borbu protiv pranja novca, proširio je svoje djelovanje i na borbu protiv financiranja terorizma, te donio posebne preporuke za to područje. Ukupno je doneseno 9 posebnih preporuka za borbu protiv financiranja terorizma.

Vezano uz definiciju terorizma, kao i kod pranja novca, ne postoji jedna jedinstvena definicija globalno primijenjiva. Države članice UN-a, pitanje definicije terorizma raspravljale su desetljećima. Prvu definiciju UN je dao 1937. godine navodeći da se radi o „kriminalnom činu usmjerenom protiv države s namjerom stvaranja straha kod ljudi, grupa ljudi ili društva u cjelini.“

Većina definicija ipak se može podvesti pod zajednički nazivnik te terorizam možemo definirati kao korištenje nezakonitog nasilja ili prijetnje nasiljem protiv

21 Kehoe, Mark, *The Threat of Money Laundering*, Trinity College Dublin, Irska, 1994., str. 1.

22 Problem nemogućnosti razgraničavanja pojedinih faza pranja novca naglašava i Bejaković, Predrag, *Pojmovnik javnih financija*, Financijska praksa, 21 (3), 1997.

23 Gilmore, W.C., *Dirty Money; The Evolution of Money Laundering Counter Measures*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, Francuska, 2004., str. 30-33.

24 Katusić-Jergović, S. (2007), *Pranje novca (pojam, karakteristike, pravna regulativa i praktični problemi)* *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 14, br. 2., str. 623.

25 FATF-Financial Action Task Force= Radna skupina za financijske aktivnosti.

civilnog stanovništva kako bi se ostvarili politički, religiozni, ideološki ili drugi ciljevi, (lat. terror = plašiti).²⁶

Što se pak tiče financiranja terorizma, ono je „pružanje bilo kojeg oblika financijske potpore teroristima ili onima koji potiču, planiraju ili su uključeni u terorističke aktivnosti.”²⁷

Definicija financiranja terorizma dana Trećom direktivom²⁸ glasi: „financiranje terorizma“ je osiguravanje ili prikupljanje sredstava, na bilo koji način, izravno ili neizravno, s namjerom da se ona upotrijebe ili sa znanjem da će se upotrijebiti, u cjelini ili dijelom, u svrhe kaznenog djela terorizma.²⁹

4. NEFINANCIJSKI SEKTOR I SAMOSTALNE PROFESIJE - DNFBP SEKTOR

4.1. Definicija

Sukladno definiciji FATF-a³⁰, DNFBP sektor uključuje sljedeće profesije:

- a) kasina (uključujući „internet kasina“),
- b) posrednike u prodaji nekretnina,
- c) trgovce plemenitim metalima,
- d) trgovce dragim kamenjem,
- e) odvjetnike, bilježnike, druge neovisne pravne profesije i računovođe,
- f) trustove (povjerenička društva) - odnosno sve osobe ili poslovne subjekte koji pružaju bilo koju od sljedećih usluga trećim stranama:
 - igraju ulogu formacijskog agenta za pravne osobe,
 - predstavljaju direktore ili tajnike tvrtki, partnere u partnerstvu ili obnašaju druge slične dužnosti,
 - pružaju uslugu registriranog ureda,
 - obnašaju ulogu povjerenika u trustu te

26 Prema rječniku stranih riječi (Klaić, 1985) teror označava izazivanje straha i trepeta, užasa, strave, jeze, primjena fizičkog nasilja do uništenja protivnika, dok terorizam označava provođenje terora, vladanje zastrašivanjem, tiranija; uništavanje protivnika najokrutnijim sredstvima (progoni, ugnjetavanja, ubijanja).

27 An Advisory Guideline on Preventing the Misuse of Charities for Terrorist Financing, Narcotics Division, Security Bureau, Hong Kong, 2007., <http://www.nd.gov.hk/pdf/guideline-e.pdf>, str. 3.

28 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2005/60/EC o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca i financiranja terorizma, od 9. kolovoza 2005.

29 Definicija dana člankom 2. hrvatskog Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma (NN 87/08) glasi: „financiranje terorizma podrazumijeva osiguravanje ili prikupljanje sredstava, odnosno pokušaj osiguravanja ili prikupljanja sredstava, zakonitih ili nezakonitih, na bilo koji način, izravno ili neizravno, s namjerom da se upotrijebe ili sa znanjem da će biti upotrijebljena, u cijelosti ili dijelom, za počinjenje terorističkoga kaznenog djela, od strane terorista ili terorističke organizacije”.

30 FATF Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40+9 Recommendation, Glossary, 2004., ažurirano 2009., str. 66.

- igraju ulogu imenovanog dioničara za drugu osobu.

4.2. Atraktivnost DNFBP sektora za pranje novca

Neki od razloga povećane atraktivnosti ovoga sektora dani su uvodno, a još jedan razlog svakako predstavlja to što se ovaj sektor bavi stavkama visoke vrijednosti i to u poslovnim okružjima gdje se u većini slučajeva koristi gotovina. Također, radi se i o tradicionalno vrlo nereguliranom području. Isto tako, neki dijelovi ovoga sektora trguju robom visoke vrijednosti, a vrlo maloga volumena što također predstavlja dobar preduvjet za „uspješnu“ manipulaciju i zlouporabu. Tu je i čitav niz profesionalnih djelatnosti poput odvjetnika, javnih bilježnika, računovođa, revizora, koji su zbog specifičnosti svojih usluga, također prepoznati kao osjetljivi i ranjivi sektori.

Zbog uočene pojavnosti povećanog interesa kriminalnog miljea za DNFBP sektor, što je uvodno razrađeno, danas je ovaj sektor postao dodatno zanimljivo područje i za regulatore, nadzorna tijela i tijela za provedbu zakona. Međunarodna tijela su uvidjela da je DNFBP sektor do sada bio slabo reguliran, te jako rijetko i slabo nadziran upravo iz razloga što tijela progona „preferiraju“ lov na „prave“ kriminalce; trgovce drogom i sl. u odnosu na sofisticiraniji lov na „bijeće ovratnike“ koji također danas nerijetko čine kaznena djela pranja novca.³¹

Tako dok su neke zemlje relativno rano shvatile ove potencijalne opasnosti i regulirale DNFBP sektor na sličan način kao i financijski sektor te usvojile mjere s ciljem preveniranja njegove zlouporabe u procesu pranja novca/financiranja terorizma, za sve zemlje članice EU isto je postalo obvezno tek nakon donošenja Treće direktive (2005/60/EC) Europskog parlamenta i Vijeća 26.10.2005. godine.³² Radna grupa FATF-a, provela je tipološko istraživanje s ciljem definiranja rizika koji prati aktivnosti DNFBP sektora. Kao rezultat istraživanja, FATF je proširio zahtjeve u svezi s režimom sprječavanja pranja novca/financiranja terorizma i na ovaj sektor te je amandmanima na 40 FATF-ovih preporuka u 2003. godini, uvedeno da se preporuke 12, 16, 24 i 25, koje se odnose na preventivne mjere koje treba provoditi, odnose i na DNFBP sektor.³³

31 Unger B. i dr. *The Amount and the Effects of Money Laundering*, Report for the Ministry of Finance, Utrecht School of Economics, The Netherlands, 2006., str. 9.

32 Prva direktiva samo je spomenula ovaj sektor, dok je Druga direktiva uvela tek mali dio obveza za ovaj sektor, međutim Treća direktiva uvela je obvezne mjere i za ovaj sektor pa tako u članku 2. navodi da su mjere primjenjive također i na pravne ili fizičke osobe koje se bave svojim profesionalnim djelatnostima i to; revizore, računovođe i porezne savjetnike; javne bilježnike i druge neovisne pravne profesije (kada kupuju ili prodaju nekretnine ili poslovne subjekte, upravljaju klijentovim novcem, vrijednosnim papirima ili drugom imovinom, otvaraju ili upravljaju bankovnim, štednim računima ili računima vrijednosnica, sudjeluju i doprinose u kreiranju, djelovanju ili upravljanju tvrtkama, kreiraju, posluju ili upravljaju trustovima ili sličnim poslovnim strukturama); trustove (nepokrivene u prethodnom nabranjanju), agente u posredovanju pri kupoprodaji nekretnina; druge fizičke ili pravne osobe koje trguju robom (samo ukoliko plaćanja izvršena u gotovini iznose 15000 EUR ili više) te kasina.

33 MENA FATF: DNFBP in relation to the AML/CFT, November 2008, str. 4.

5. MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR ZA SPRJEČAVANJE PRANJA NOVCA

5.1. Ujedinjeni narodi (UN)

Povijest zakonskih propisa za sprečavanje pranja novca započela je kriminalizacijom sredstava proizašlih iz kaznenih djela povezanih s trgovanjem drogom, odnosno donošenjem Konvencije protiv nezakonitog trgovanja narkoticima i psihotropnim supstancama 1988. godine (Bečka konvencija).³⁴ Godine 2000. donesene su dvije konvencije, Konvencija protiv međunarodnog organiziranog kriminaliteta (Konvencija iz Palerma)³⁵ i Konvencija o sprečavanju financiranja terorizma te 2003. Konvencija protiv korupcije. Međutim, UN se nije detaljnije bavio specifičnostima DNFBP sektora.

5.2. FATF

Godine 1990. FATF³⁶ je usvojio 40 preporuka za sprečavanje pranja novca. Preporuke su donijele sveobuhvatan plan aktivnosti neophodnih za borbu protiv pranja novca, a odnosile su se na financijske i nebankarske financijske institucije. Preporuke su revidirane 1996. godine te je njihov doseg proširen i na druge profesije. Godine 2001., kao što je prethodno navedeno, FATF-ova misija postaje i borba protiv financiranja terorizma te je iste godine usvojeno i 8 posebnih preporuka za borbu protiv financiranja terorizma. Međutim, u lipnju 2003. godine preporuke su ponovno revidirane – uvedeno je da se preporuke 12, 16, 24 i 25, odnose i na DNFBP sektor. U listopadu 2004. godine FATF je usvojio i objavio 9. posebnu preporuku za borbu protiv financiranja terorizma tako da je današnji standard FATF-a, 40+9 preporuka za borbu protiv pranja novca i financiranja terorizma.

34 Ovo je bila prva konvencija s definicijom pranja novca, međutim ograničena samo na kaznena djela povezana s trgovanjem drogom. Usprkos tomu, radilo se o značajnom iskoraku u međunarodnoj borbi protiv pranja novca.

35 Konvencija iz Palerma sadrži sličnu definiciju pranja novca kao i prethodne konvencije, ali je proširuje s kaznenih djela trgovine drogama na cijeli spektar kaznenih djela te kriminalizira udruživanje ili urotu s ciljem počinjenja takvih kaznenih djela. Ovo je prva međunarodna konvencija koja govori i o ulozi FIU-a.

36 FATF - Financial Action Task Force je međuvladino tijelo, utemeljeno 1989. godine na forumu zemalja G7 u Parizu. Svrha je ovog tijela razvoj i promocija politika (na nacionalnom i internacionalnom nivou) za borbu protiv pranja novca i financiranja terorizma. FATF je tijelo koje donosi politike i procedure s ciljem generiranja potrebne političke volje za provođenje nacionalnih zakonodavnih i regulatornih reformi u ovim područjima. FATF nadzire napredak svojih zemalja članica u implementaciji potrebnih mjera, vrši reviziju tehnika pranja novca i financiranja terorizma te mjera za borbu protiv istih te promiče donošenje i implementaciju prikladnih mjera na globalnoj razini. Pri tomu surađuje s različitim međunarodnim tijelima uključenim u borbu protiv PN/FT. Danas u svom članstvu ima 31 državu i dvije međunarodne regionalne organizacije te Europsku komisiju.

5.3. *Europska unija*

Direktiva Vijeća br. 91/308/EEC o prevenciji korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca, Prva direktiva, donesena je 1991. godine.

Ova je Direktiva bila vezana uz financijski sektor te je imala samo ograničen opseg primjene jer se isključivo koncentrirala na pranje novca proisteklo iz specifičnih kriminalnih aktivnosti (trgovanje drogom). Usprkos tomu, države članice bile su ovom Direktivom potaknute na proširenje zahtjeva i na druge sektore pa je već tada DNFBP sektor označen kao „zvanja i određene vrste poslova posebno pogodne za pranje novca“.³⁷ Međutim, ovom Direktivom, DNFBP sektor spomenut je samo općenito bez navođenja konkretnih zvanja i poslova te je ostao izvan njenog stvarnog dosega.

Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2001/97/EC o dopuni Direktive **br. 91/308/EC, Druga direktiva, usvojena je 2001. godine.**

Druga direktiva proširila je obuhvat i primjenu na više kažnjivih radnji³⁸ (ne samo trgovanje drogom) te po prvi put i na DNFBP sektor. Time su pripadnici ovoga sektora postali subjekt primjene pravila za sprječavanje pranja novca.

Razlog za aktivnije uključivanje ovih profesija jest iskustvo na međunarodnom nivou koje je pokazalo povećanu zlouporabu ovih zanimanja za davanje savjeta i pomoć pri pranju novca. Međutim za ove profesije predviđeni su izuzetci od primjene Direktive³⁹. Stoga se može reći da je Druga direktiva nešto detaljnije razradila obveze pojedinih profesija, ali su se njene odredbe u slučaju odvjetnika i javnih bilježnika primjenjivale samo u slučaju kada strankama pomažu u planiranju ili izvršenju transakcija ili nastupaju u ime i za račun stranke u financijskim transakcijama ili transakcijama vezanim uz promet nekretninama.

Uskoro je postalo vidljivo da je opseg prvih dviju direktiva nedovoljan za prevenciju korištenja financijskog sustava u svrhu financiranja terorizma.

Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o sprječavanju korištenja financijskog sustava za pranje novca i financiranje terorizma, 2005/60/EC, **Treća direktiva,**

37 Hopton, D., *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, Gower Publishing Company, Hampshire, England, 2006, str. 26-30.

38 Mitsilegas, Valsamis, *Money laundering Counter-Measures in the European Union, A New Paradigm of Security Governance versus Fundamental Legal Principles*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003., str. 176-180.

39 Druga direktiva donesena je uz izuzetke od primjene za javne bilježnike, samostalne pravne savjetnike, revizore, računovođe i porezne savjetnike u smislu informacije koju dobiju od klijenata tijekom utvrđivanja pravnog položaja stranke ili tijekom obrane ili predstavljanja stranke u sudskom postupku ili pravnom zastupanju, uključujući i davanje savjeta o podnošenju ili suzdržavanju od tužbe, kada je takva informacija pribavljena prije, tijekom ili poslije sudskog postupka.

usvojena je 2005. godine.⁴⁰

Ona je uključila revidirane i dopunjene FATF-ove preporuke iz 2003. godine te je proširila svoju primjenu i na sve transakcije koje se mogu povezati s terorističkim aktivnostima. Međutim, za dio obveznika DNFBP sektora kao što su neovisne profesije (posebice odvjetnici) usvajanje ove Direktive prema Radnom dokumentu Europske komisije⁴¹ donijelo je značajne promjene u smislu organizacije njihovih profesionalnih aktivnosti. Posebno treba naglasiti tri područja; način stupanja u poslovni odnos s klijentom (potreba identifikacije prilikom sklapanja poslovnog odnosa), nužnost identificiranja sumnjivih transakcija i izvješćivanje o njima (čime odvjetnici više nisu „sigurne luke“ za klijente i informacije koje dobiju od klijenata mogu biti prosljeđene nadležnom tijelu u slučaju sumnje na pranje novca/financiranje terorizma) te potrebu prilagodbe njihove unutarnje organizacije, kako bi bili u stanju ispunjavati obveze iz Direktive (nužna uspostava procedura interne kontrole u svrhu prevencije pranja novca te organizacija edukacije i vođenje evidencija).

Međutim, i dalje su na snazi ostali isti izuzetci koje je dopuštala i Druga direktiva (izuzetak od prijave transakcija u slučaju pružanja pravne pomoći prilikom utvrđivanja pravnog položaja stranke i zastupanja stranke u sudskom postupku uključujući savjetovanje o podnošenju/nepodnošenju tužbe (isto se primjenjuje i na revizore, samostalne računovođe i pravne savjetnike). Dakle, pravne profesije nisu dužne provoditi dubinsku analizu stranke i obavješćivati nadležno tijelo o sumnji na pranje novca / financiranje terorizma pri obavljanju gore navedenih poslova, čime je djelomično i dalje zadržana obveza čuvanja profesionalne tajne. Također, Treća direktiva dopušta zemljama članicama iznimku da kada se radi o obavješćivanju od strane samostalnih profesija, određivanje prikladnog samoregulatornog tijela (najčešće su to komore) prema kojemu će pripadnici profesija slati obavijesti, a onda će samoregulatorno tijelo, nakon filtriranja istih, obavijesti slati financijsko obavještajnoj jedinici.

Neke od daljnjih novosti koje je donijela Treća direktiva jesu proširenje opsega i na one entitete koji su do tada bili ne regulirani (sadržani su u članku Druge direktive), definicija stvarnog vlasnika („*beneficial owner*“)⁴², politički izložene osobe (*PEP*)⁴³

40 Usvajanjem Treće direktive, opozvane su Prva i Druga direktiva.

41 Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document; The application to the legal profession of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, Brussels, 19.12.2006.

42 Sukladno definiciji FATF-a, danj u FATF Methodology for assessing compliance with the FATF 40 Recommendations and 9 Special Recommendations, beneficial owner, odnosno stvarni vlasnik je fizička osoba (ili osobe) koja je krajnji vlasnik ili kontrolira klijenta i/ili osoba u čije ime se transakcije provode. Ovo također uključuje i one osobe koje vrše krajnju djelotvornu kontrolu nad pravnim osobama ili sporazumima.

43 Sukladno definiciji FATF-ove Methodology for assessing compliance with the FATF 40 Recommendations and 9 Special Recommendations, politički izložena osoba je pojedinac koji je na istaknutoj dužnosti ili mu je povjerena istaknuta dužnost u stranoj zemlji, npr. šefovi država ili vlada, viši politički dužnosnici, viši vladini dužnosnici, sudski ili vojni dužnosnici, viši management državnih korporacija, važni politički dužnosnici. Poslovne veze s obiteljima članova ili bliskih suradnika politički izloženih osoba uključuju reputacijski rizik sličan onome kada se radi o samim

te uvođenje principa temeljenog na procjeni rizika („*risk-based approach*“) sukladno kojemu su obveznici dužni prilagoditi svoju praksu i procedure procjenjenom nivou rizika od pranja novca / financiranja terorizma.⁴⁴ Uvođenje pristupa temeljenog na procjeni rizika donijelo je elastičnost u primjeni Treće direktive.⁴⁵

U pogledu aktivnosti Vijeća Europe u području sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma, treba istaknuti Konvenciju br. 141 o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih kaznenim djelom (Strasbourška konvencija)⁴⁶ usvojenu 1990. godine, po čijem su usvajanju mnoge zemlje uvele kriminalizaciju pranja novca. Cilj donošenja ove Konvencije bio je jačanje međunarodne suradnje u istražnim radnjama, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda proisteklih iz bilo kojeg oblika kriminaliteta, posebice, težih kaznenih djela i to osobito, trgovanja drogom, oružjem, terorističkih kaznenih djela, krijumčarenja djece i žena te drugih kaznenih djela koja generiraju velike profite.⁴⁷

Nakon toga, 2005. godine donesena je Konvencija Vijeća Europe br. 198 o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga kaznenim djelom i o financiranju terorizma (Varšavska konvencija). Ova je Konvencija predstavljala pravni okvir za daljnju nadogradnju zakonodavnog okvira za učinkovitu borbu protiv pranja novca i financiranja terorizma.

Prethodno navedena međunarodna legislativa, poslužila je kao osnova za uvođenje odvjetnika, odvjetničkih društava, javnih bilježnika, revizorskih tvrtki, ovlaštenih revizora te pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju računovodstvene poslove ili poslove poreznog savjetovanja, kao i ostalih subjekata koji pripadaju, tzv. DNFBP sektoru i u zakonodavstvo Republike Hrvatske kao obveznika provođenja mjera sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma.

politički izloženim osobama. Namjera ove definicije nije bila uključivanje srednje rangiranih ili niže rangiranih individua u ovu navedenu kategoriju.

44 O primjeni Treće direktive na DNFBP sektor piše i Fernandez Salas, Mariano, *The third anti money laundering directive and the legal profession*, 2005., str. 1-17, te Goldstein, H. W., *Debate Over Lawyers Role in Anti Money Laundering Enforcement*, *Business Crimes Bulletin*, 2008. str. 1-2 te Shaughnessy, P., *New EU Money Laundering Directive: Lawyers as a Gatekeepers and Whistleblowers*, *Law and Policy in International Business*, vol. 34, afl. 1, 2002., str. 1-16.

45 Cindori, Sonja, *Unapređenje sustava sprječavanja pranja novca Republike Hrvatske i usklađivanje s međunarodnim standardima*, disertacija, Pravni fakultet, Zagreb, 4. 5. 2009., str. 129.

46 Republika Hrvatska potpisala je ovu Konvenciju 1996. godine, ratificirala 1997., a stupila je na snagu 1998. godine.

47 Ovu činjenicu ističe i Cindori, S., *Sustav sprječavanja pranja novca*, *Financijska teorija i praksa*, Zagreb, 2007., str. 5.

6. PRIKAZ NACIONALNIH ZAKONODAVSTAVA HRVATSKE, SLOVENIJE TE BOSNE I HERCEGOVINE U PODRUČJU SPRJEČAVANJA PRANJA NOVCA

6.1. Pravni okvir Republike Hrvatske za sprečavanje pranja novca

U Republici Hrvatskoj, kazneno djelo pranja novca kriminalizirano je člankom 279. Kaznenog zakona, kojim je propisano da kazneno djelo pranja novca čini osoba koja u bankarskom, novčarskom ili drugom poslovanju uloži, preuzme, prenese, zamijeni, pretvori ili na drugi način prikrije pravi izvor novca, predmeta, prava ili imovinske koristi za koju se zna da je nastala ili pribavljena kaznenim djelom. Do izmjena Kaznenog zakona iz prosinca 2008. godine, članak 279. imao je naslov „Prikriivanje protuzakonito stečenog novca“ što je izazivalo određene dvojbe s obzirom na postojanje članka 236. istog Zakona (Prikriivanje).⁴⁸

Izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz prosinca 2008. ove su dvojbe rješene na način da je kazneno djelo „prikriivanja protuzakonito stečenog novca“ preimenovano u djelo „pranja novca“ te je promijenjeno nazivlje u tom smislu, kako u Kaznenom zakonu, tako i u Zakonu o kaznenom postupku (Izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku iz 2009. godine).

Izmjene i dopune Kaznenog zakona iz 2008. godine (NN 152/08) unaprijedile su sustav na način da su omogućile oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, a provođenje postupka oduzimanja je olakšano. Članak 82. dopušta oduzimanje imovine kada se „učini vjerojatnim da je ista po bilo kojem pravnom temelju kod počiniteljevog bračnog ili izvanbračnog druga, rođaka u uspravnoj lozi, pobočnoj lozi do trećeg stupnja zaključno te srodnika po tzbini do drugog stupnja zaključno, posvojenika i posvojitelja“.

U stavku 2. istog članka navodi se da se u slučaju počinjenja kaznenog djela, za koje je nadležan Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (USKOK), pretpostavlja da je ukupna imovina počinitelja stečena kao imovinska korist od kaznenog djela osim ako počinitelj ne učini vjerojatnim da je njezino podrijetlo zakonito (teret dokazivanja je na počinitelju).

Prvi Zakon o sprječavanju pranja novca u Republici Hrvatskoj i Pravilnik o načinu i rokovima obavješćivanja Ureda za sprječavanje pranja novca te načinu vođenja popisa prikupljenih podataka, doneseni su 1997. godine. Zakon i Pravilnik bili su usklađeni s odredbama Prve direktive⁴⁹ i 40 preporuka FATF-a. Izmjene i dopune ovoga Zakona usvojene su 2001. i 2003. godine, kada je donesen i novi

48 Novoselec, P. (2007), Aktualni problemi hrvatskog gospodarskog kaznenog prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 14, razjašnjava moguće nejasnoće izazvane spominjanjem prikriivanja u definiciji kaznenog djela pranja novca u čl. 279. Kaznenog zakona, a također i u čl. 236 KZ-a, te navodi da razgraničenje s *kaznenim djelom prikriivanja* iz članka 236. KZ ne bi smjelo predstavljati problem zbog toga što je pravno dobro koje se povređuje prikriivanjem - imovina, dok se pranjem novca povređuje gospodarski i financijski sustav zemlje.

49 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća br. 91/308/EEC o prevenciji korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca – Prva direktiva, donesena 1991. godine.

Pravilnik o provedbi Zakona o sprječavanju pranja novca s ciljem usklađivanja domaćeg zakonodavstva s Drugom direktivom⁵⁰ i 40+8 preporuka FATF-a⁵¹. Ove izmjene donijele su primjenu odredaba direktiva EU na nefinancijski sektor i profesije pri čemu je za njih uvedena obveza obavješćivanja Ureda o sumnji na pranje novca u svim slučajevima kada stranka od njih zatraži savjet vezan uz pranje novca uz izuzetke kada odvjetnik i odvjetničko društvo zastupaju stranku u sudskim i upravnim postupcima.

Kasnije, zbog donošenja Treće direktive 2005. godine⁵², kao i zbog zaostatka za revidiranim Preporukama FATF-a te sukladno preporukama danim evaluacijskim Izvješćem Moneyvala⁵³ iz trećeg kruga evaluacije Moneyvala održanog 2006. godine, RH je u srpnju 2008. godine donijela novi Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma - ZSPNFT⁵⁴ u potpunosti usklađen s odredbama Treće direktive i ostalim relevantnim međunarodnim standardima.

Novi ZSPNFT proširio je listu obveznika na sve pripadnike DNFBP sektora te propisao mjere i radnje koje moraju poduzimati (obuhvat dubinske analize, obavješćivanje FIU u slučaju postojanja razloga za sumnju na pranje novca/ financiranje terorizma ili u slučaju traženja savjeta u svezi s pranjem novca / FT), kao i izuzetke od primjene Zakona za osobe koje obavljaju profesionalne djelatnosti⁵⁵. Kao izuzetci od obavješćivanja navedeni su slučajevi u kojima se radi o podacima dobivenim od stranke ili prikupljenim o stranci tijekom utvrđivanja pravnog položaja ili zastupanja stranke u vezi sa sudskim postupkom, uključujući savjetovanje za predlaganje ili izbjegavanje sudskih postupaka, bez obzira jesu li podaci prikupljeni prije, tijekom ili nakon sudskih postupaka.

ZSPNFT propisuje također i slučajeve u kojima su odvjetnik, odvjetničko društvo i javni bilježnik dužni provoditi mjere i radnje propisane ZSPNFT. Radi se

50 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2001/97/EC o dopuni Direktive br. 91/308/EC - Druga direktiva, donesena 2001. godine.

51 FATF je 2003. godine, a nakon terorističkih napada na USA, 11. rujna 2001. donio 8 posebnih preporuka za sprječavanje financiranja terorizma. 2004. godine donesena je i deveta preporuka za sprječavanje financiranja terorizma.

52 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o sprječavanju korištenja financijskog sustava za pranje novca i financiranje terorizma, 2005/60/EC- Treća direktiva.

53 MONEYVAL (prethodno ime PC-R-EV) posebni je odbor Vijeća Europe osnovan 1997. godine kao mehanizam za evaluaciju i monitoring mjera za sprječavanje pranja novca i financiranja terorizma pri Vijeću Europe. Članice ovog odbora su sve zemlje članice Vijeća Europe (kao i zemlje kandidati za članstvo), a koje nisu članice FATF-a. Moneyval ima 28 stalnih i dvije privremene članice. Cilj je Moneyvala osigurati da zemlje članice imaju efikasan sustav za borbu protiv pranja novca i financiranja terorizma te da su usklađene s međunarodnim standardima u ovom području. Standardi uključuju, npr. Preporuke FATF-a, konvencije UN-a i Direktive Europskog parlamenta i Vijeća.

54 Zakon donesen 15. srpnja 2008., objavljen u Narodnim novinama br. 87/08., a stupio na snagu 1. siječnja 2009.

55 Zadaće DNFBP sektora navedene su u posebnoj Glavi III. ZSPNFT, a članak 52. predviđa za njih poseban status jer su dužni postupati prema odredbama istog Zakona *samo* kada pomažu u planiranju ili provođenju specifičnih transakcija za stranku.

o slučajevima kada: (i) u ime i za račun stranke provode financijsku transakciju ili transakciju u vezi s nekretninama, (ii) pomažu u planiranju ili provođenju transakcije za stranku u vezi s kupnjom ili prodajom nekretnina ili udjela, odnosno dionica trgovačkog društva, (iii) upravljaju novčanim sredstvima, vrijednosnim papirima ili drugom imovinom u vlasništvu stranke, (iv) otvaraju ili upravljaju bankovnim računima, štednim ulozima ili računima za poslovanje vrijednosnim papirima, (v) prikupljaju sredstva potrebna za osnivanje, djelovanje ili upravljanje trgovačkim društvom, (vi) osnivaju, djeluju kao ili upravljaju ustanovom, fondom, trgovačkim društvom ili drugim sličnim pravno-organizacijskim oblikom.

Tijekom 2009. godine, u Republici Hrvatskoj, doneseno je i ukupno 9 pravilnika za provođenje ZSPNFT, a također su donesene i objavljene na internet stranici Ministarstva financija, Smjernice Financijskog inspektorata za provođenje ZSPNFT za odvjetnike i javne bilježnike, te za revizorska društva, samostalne revizore, fizičke i pravne osobe koje pružaju računovodstvene usluge i usluge poreznog savjetovanja.⁵⁶

Usporedno s donošenjem ZSPNFT, 2008. godine, donesen je i Zakon o Financijskom inspektoratu Republike Hrvatske.⁵⁷ ZSPNFT je imenovao konkretna nadzorna tijela za nadzor nad pojedinim kategorijama obveznika, a Financijski inspektorat imenovan je glavnim nadzornikom za nadzor nad primjenom i provedbom mjera ZSPNFT kod onih obveznika primjene Zakona koji nemaju svog primarnog nadzornika (obveznici iz DNFBP sektora, odnosno, odvjetnici, javni bilježnici, revizori, računovođe, porezni savjetnici i dr.) sukladno provedenoj analizi i procjeni rizika. Financijski inspektorat također ima mogućnost nadzora i kod svih ostalih obveznika sukladno provedenoj analizi i procjeni rizika te sukladno ciljanim zahtjevima Ureda za sprječavanje pranja novca i državnog odvjetništva.

Osnivanje jednog ovakvog tijela, također je i rezultat preporuka evaluacijskog Izvješća 3. kruga evaluacije Odbora Vijeća Europe za sprječavanje pranja novca i financiranja terorizma (Moneyval).

6.2. Pravni okvir Republike Slovenije za sprječavanje pranja novca

U Republici Sloveniji, kazneno djelo pranja novca kriminalizirano je još 1994. godine, člankom 252. Kaznenog zakona. Danas je ovo kazneno djelo kriminalizirano člankom 245. Kaznenog zakona Republike Slovenije iz 2008. godine, međutim, nije došlo do izmjena u samom tekstu članka. Godine 2007., donesen je i novi Zakon o kaznenom postupku kojim je kazneno postupanje u istražnoj fazi usklađeno s postupanjem većine zemalja članica EU.

Prvi Zakon o sprječavanju pranja novca donesen je 1994. godine (iste godine osnovana je i financijsko obavještajna jedinica). Zakon je doživio izmjene i dopune

⁵⁶ Izvor: internetska stranica Ministarstva financija RH, <http://www.mfin.hr/hr/financijski-inspektorat-zakoni-i-smjernice>.

⁵⁷ Financijski inspektorat je nadzorno tijelo u sastavu Ministarstva financija.

već 1995. Godine, međutim, one nisu utjecale na osnovno značenje Zakona nego su predstavljale samo nadogradnju i poboljšanje nekih odredbi. Godine 2001. donesen je novi Zakon o sprječavanju pranja novca zbog potrebe ugradnje novosti u području sprječavanja pranja novca sukladno Drugoj direktivi. Proširen je krug obveznika, uvodi se princip poznavanja klijenta itd. Izmjene i dopune doživio je 2002. godine.

Godine 2007. donesen je današnji Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma potpuno usklađen s odredbama Treće direktive. Prema ovom Zakonu, pripadnici DNFBP sektora obveznici su primjene i provedbe Zakona sukladno Trećoj direktivi uz navedene izuzetke.

Glava III. ovoga Zakona, čl. 47. propisuje slučajeve kada su odvjetnik, odvjetničko društvo i javni bilježnik dužni postupati u skladu sa Zakonom. To su slučajevi koje propisuje i Treća direktiva (a isti su navedeni također i u hrvatskom Zakonu), odnosno kada: (i) u ime i za račun stranke provode financijsku transakciju ili transakciju u vezi s nekretninama, (ii) pomažu u planiranju ili provođenju transakcije za stranku u vezi s kupnjom ili prodajom nekretnina ili udjela, odnosno dionica trgovačkog društva, (iii) upravljaju novčanim sredstvima, vrijednosnim papirima ili drugom imovinom u vlasništvu stranke, (iv) otvaraju ili upravljaju bankovnim računima, štednim ulozima ili računima za poslovanje vrijednosnim papirima, (v) prikupljaju sredstva potrebna za osnivanje, djelovanje ili upravljanje trgovačkim društvom, (vi) osnivaju, djeluju kao ili upravljaju ustanovom, fondom, trgovačkim društvom ili drugim sličnim pravno-organizacijskim oblikom.

Izuzetci od primjene Zakona za pripadnike DNFBP sektora također su u skladu s Trećom direktivom kao i u slučaju Republike Hrvatske. Zakon je doživio i dvije izmjene tijekom 2009. godine.

6.3. Pravni okvir Republike Bosne i Hercegovine za sprječavanje pranja novca

Pranje novca u BiH kriminalizirano Krivičnim zakonom BiH, čl. 209.⁵⁸ i kaznenim zakonima dvaju entiteta (FBiH (čl. 272.) i RS (čl. 280.)) i Distrikta Brčko (čl. 265.), odnosno na svim nivoima kaznenog zakonodavstva BiH. Sva četiri zakona stupila su na snagu u ljeto 2003. godine. Tekst kaznenih djela u sva četiri zakona je identičan i nema razlike u pravnoj terminologiji odredbi.

Razliku, međutim, predstavlja činjenica da je u KZ-BiH ovo kazneno djelo ograničeno u svom opsegu nekim dodatnim čimbenicima kao što je prag vrijednosti.

58 Stavak 1. čl. 209: (1) *Ko novac ili imovinu za koju zna da su pribavljeni učinjenjem krivičnog djela primi, zamijeni, drži, njima raspolože, upotrijebi u privrednom ili drugom poslovanju, ili na drugi način prikrije ili pokuša prikriti, a takav je novac ili imovina veće vrijednosti ili to djelo ugrožava zajednički ekonomski prostor Bosne i Hercegovine ili ima štetne posljedice za djelatnosti ili finansiranje institucija Bosne i Hercegovine, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.*

Izješće trećeg kruga evaluacije Moneyvala, dalo je primjedbe ovakvom načinu reguliranja kaznenog djela pranja novca jer nema jasnog razgraničenja u opsegu primjene svakog od ovih zakona te dolazi do preklapanja i konfuzije u nadležnosti.

Godine 2004., BiH je donijela Zakon o sprječavanju pranja novca koji već u naslovu ukazuje na činjenicu da nije pokrivaio područje sprječavanja financiranja terorizma te time nije bio usklađen s Trećom direktivom (ovaj Zakon bio je na snazi sve do 2009. godine).

Zakon je obuhvaćao odredbe Prve i Druge direktive te Preporuke FATF-a, međutim, preporuke koje se odnose na sprječavanje financiranja terorizma u većini nisu bile obuhvaćene niti razrađene Zakonom.

Obveznike provedbe ovoga Zakona činili su pripadnici financijskog sektora te također i pripadnici DNFBP sektora. Zakon je detaljno specificirao djelokrug rada financijsko obavještajne jedinice.

S obzirom na to da je ovaj Zakon bio samo djelomično usklađen s međunarodnim standardima, odnosno s Trećom direktivom i Preporukama FATF-a, donesen je novi „Zakon o sprečavanju pranja novca i financiranja terorističkih aktivnosti“, koji je stupio na snagu 15. srpnja 2009. Također, doneseni su Pravilnici o podacima, informacijama, dokumentima, identifikacijskim metodama i minimalnim ostalim indikatorima potrebnim za učinkovito provođenje odredbi Zakona.

7. TIPOLOGIJE I UČINCI PRANJA NOVCA

7.1. Tipologije pranja novca

Tehnike pranja novca su mnogobrojne i neograničene, kompleksne i različite te vrlo suptilne. Međutim, tri su zajedničke karakteristike koje su u većini slučajeva ispunjene, bez obzira na tipologiju pranja novca:

- „perači“ moraju zadržati kontrolu nad sredstvima,
- „perači“ moraju prikriti stvarno vlasništvo i podrijetlo sredstava i
- „perači“ moraju promijeniti oblik sredstava.

U nastavku je dan pregled onih tehnika i tipologija pranja novca koje su povezane s DNFBP sektorom. Budući da je ovaj sektor relativno nedavno reguliran u području sprječavanja pranja novca, tehnike i tipologije, i koje su u stalnom procesu razvoja i nadogradnje, obuhvaćene presjekom radova nekoliko stranih autora.

Svaki od ovih sektora unutar DNFBP sektora nosi svoje osobitosti zbog kojih je atraktivan za perače novca.

7.1.1. Odvjetnička i javnobilježnička profesija

Odvjetnička i javnobilježnička profesija potencijalno su vrlo atraktivne u smislu pranja novca kroz najrazličitije vrste usluga te stoga ovaj podsektor zaslužuje pažnju.

Beare i Schneider⁵⁹ smatraju da, iako će u lancu pranja novca, sredstva najčešće završiti u bankarskom sektoru, investicijskim fondovima i sl., ne može se zanemariti uloga samostalnih profesija, osobito u prvoj fazi, odnosno fazi polaganja. Na ovu činjenicu upozorava i Katušić-Jergović⁶⁰ koja navodi da su se ti ugledni pojedinci, pa čak i pojedine države prihvatile pružanja usluga kriminalnom miljeu u svezi s pranjem novca. Međutim, ove profesije potencijalno su „atraktivne“ za sve tri faze pranja novca zbog širine i različitosti usluga koje pružaju.

Odvjetnička profesija najčešće je zloupotrijebljena pri prikriivanju identiteta stvarnih vlasnika koji stoji iza transakcije provedene posredstvom njih i pri samom provođenju transakcija.⁶¹ Primjerice osnivanja tvrtki, trastova (povjereničkih društava), upravljanja njima, kupnje i prodaje nekretnina, izvršavanja financijskih transakcija (deponiranje ili podizanje gotovine), transakcija mijenjanja valute, kupnje ili prodaje dionica, iznajmljivanja poslovne, poštanske ili upravne adrese, kao i kod izrade lažnih ugovora i dokumenata i sl.⁶² Dodatna osobitost odvjetničke (a i javno bilježničke) profesije jest da su one, također, prisutne i u procesima pranja novca koji se odvijaju unutar drugih tipova profesija koje također koriste usluge odvjetnika i javnih bilježnika.

Ove se profesije dakle često koriste kao „gatekeeperi“ za osnivanje tvrtki i povjereničkih društava ili djeluju kao zastupnici, dioničari, direktori ili povjerenici takvih društava.⁶³ **Stoga je podizanje razine svijesti u ovom sektoru o opasnosti da budu zloupotrijebljeni u svrhu pranja novca iznimno važna te takvi potencijalni postupci ugrožavaju financijsku stabilnost, ali i njihov osobni poslovni ugled.**

7.1.2. Revizori, računovođe i porezni savjetnici

Ovaj podsektor DNFBP sektora izložen je riziku iskorištavanja u svrhu pranja novca kroz zahtjeve njihovih stranaka za provođenjem pojedinih transakcija, pružanja savjeta i izrade izvješća, kao i drugih sličnih radnji.

59 Beare M. E. Schneider, S., (2007), *Money Laundering in Canada: Chasing Dirty Money and Dangerous Dollars*, University of Toronto, Press, Toronto, str. 140 i 235.

60 Katušić-Jergović, S., (2007), *Pranje novca (pojam, karakteristike, pravna regulativa i praktični problemi)*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, br. 2, str. 623.

61 Masciandaro, D., *Global Financial Crime, Terrorism, Money Laundering and Offshore Centres*, Asgate, Aldershot, 2004., str. 15-57.

62 I domaći autori navode tipologije pranja novca, tako npr. Masnjak, B., (2000), *Metode i tehnike pranja novca*, *Računovodstvo i financije* 46(2000), str. 46-52, navodi primjer pranja novca plaćanjem na temelju lažnih računa pri čemu, za razliku od podfakturiranja ili prefakturiranja, cijeli iznos uplaćenog novca obuhvaća oprani novac, a s obzirom na to da plaćanja zahtijevaju papirnati trag prelaska državne granice i ostale evidencije, ova se tehnika češće koristi za obračun obavljenih usluga čiju je stvarnu vrijednost puno teže nadzirati (u usporedbi s vrijednošću isporučene robe).

63 FATF Report, 2000-2001, str. 12-20.

7.1.3. Posrednici u kupoprodaji nekretnina

Osobitu pozornost zaslužuje i profesija posrednika u kupoprodaji nekretnina, posebice u zemljama u kojima se transakcije kupoprodaje nekretnina tradicionalno provode u gotovom novcu. Posrednici su izloženi procesima pranja novca kroz sve faze pranja novca i na više načina, npr. u slučaju kupnje nekretnina na fiktivna imena ili ulaganja u izgradnju nekretnina za prodaju putem posrednika (faza polaganja), posredovanja u kupoprodaji nekretnina na nelogično visoke ili niske iznose i sl. (faza oplemenjivanja).⁶⁴ Atraktivnost ovoga sektora proizlazi također iz činjenice da je nedovoljno transparentan u odnosu na financijski sektor. Stoga agenti za posredovanje pri kupoprodaji nekretnina trebaju biti svjesni rizika koji prati njihovo poslovanje. Podizanje razine svijesti također je bitno jer „perači“ upravo i traže agente za prodaju nekretnina koji su voljni previdjeti činjenicu da vrlo vrijednu nekretninu plaćaju gotovinom, da su voljni kupiti nekretninu nerazumno visoke cijene ili prodati nekretninu po nerazumno niskoj cijeni. Nakon kupnje, nekretnine se prodaju, a „perač“ dobiva dokaz o legitimnosti izvora tako dobivenog novca (faza integracije).

7.1.4. Usluge ostalog DNFBP sektora

Kasina, internetsko klađenje, trgovci plemenitim metalima i drugi trgovci visoko vrijednom robom, također se koriste u procesu pranja novca, prvenstveno iz razloga što se njihovo poslovanje vrlo često odvija u gotovom novcu. Tako se npr. u kasinu koristi gotovi novac kojim se kupuju i naknadno vraćaju žetoni čime se omogućuje dobivanje potvrde o legitimnosti novca. Isto tako, sami vlasnici kasina zbog ovakvog načina poslovanja raspoložu velikim iznosima gotovine koja im pruža pokriće za njihove ilegalne aktivnosti.⁶⁵ Kasina su dakle uobičajeno korištena za prvu i treću fazu pranja novca, gdje „perači“ mogu „očistiti“ gotovinu kroz njeno konvertiranje u žetone te ponovno unovčavanje, nakon čega takav novac mogu položiti u banku koristeći potvrdu kasina o dobitku.⁶⁶

Trgovci dragim kamenjem i plemenitim metalima - privlače „perače novca“ jer se ovdje radi o robi visoke vrijednosti i relativno malih dimenzija što omogućuje lak prijevoz, kupnju i prodaju te jednostavan i učinkovit način za završavanje procesa pranja novca. Plemeniti metali mogu se jednostavno pribaviti i kupiti, a zbog malog volumena i kompaktnog oblika i sama manipulacija takvim proizvodima je olakšana. U gotovo svim dijelovima svijeta, plemeniti metali se mogu kupiti i prodati za gotov novac. Također, nije nebitno da plemeniti metali zadržavaju svoju vrijednost bez

64 MENA FATF 2008, DNFBPs in relation to AML/CFT.

65 Unger B. i dr. The Amount and the Effects of Money Laundering, Report for the Ministry of Finance, Utrecht School of Economics, The Netherlands, 2006., str. 12-19.

66 Masnjak, B. (2000) u članku Metode i tehnike pranja novca, Računovodstvo i financije, 46 također navodi da su neke od tehnika za korištenje kasina u svrhu pranja novca kupnja i naknadno vraćanje žetona (na svoje ili ime treće osobe) čime će prljavi novac prikazati kao dobitak te *osnivanje* kasina kao „front“ ili „shell“ tvrtki kojim će se zasigurno moći provesti pranje puno veće količine novca s manjim rizikom detekcije.

obzira na oblik u kojemu se nalaze pa su dobar medij za transferiranje (imaju manje-više stalnu vrijednost). Zbog svega navedenog, plemeniti metali su vrlo atraktivan medij za pranje novca. Dakle zbog svoje intrinzične vrijednosti, konvertibilnosti i potencijalne anonimnosti u transferu se koriste u oba pravca, odnosno i kao izvor ilegalnih sredstava koja će biti oprana, krijumčarenjem ili ilegalnom trgovinom i kao stvarno sredstvo pranja (kroz nabavku ilegalnim sredstvima). Aktivnost pranja novca kupoprodajom plemenitih metala najčešće je povezana s ilegalnom trgovinom drogom, organiziranim kriminalom i sl.⁶⁷

Što se tiče trgovine dragim kamenjem, ona pruža čak i više u odnosu na trgovinu plemenitim metalima budući da se radi o izrazito visokoj intrinzičnoj vrijednosti u kompaktnom obliku, kupoprodaja se obavlja bez poteškoća, a transport i skrivanje vrlo lako.⁶⁸

Nabavljena luksuzna roba može se koristiti za privatne svrhe ili prodati. Na taj način, veliki iznosi gotovog novca, mogu se transformirati u manje sumnjive oblike.

7.2. Učinci pranja novca

Učinke pranja novca detaljno obrađuju izvješća međunarodnih organizacija poput Svjetske banke, MMF-a, OECD-a i FATF-a.

Mogu se promatrati kao dugoročni ili kratkoročni. U kratkoročne učinke mogu se ubrojiti gubitci direktnih žrtava i društva, tj. zajednice nastali kao posljedica pranja novca i s njim povezanih kriminalnih radnji. Prema tablici utjecaja autorice Brigitte Unger⁶⁹ kratkoročni učinci pranja novca jesu: gubitci žrtava i dobitci počinitelja, deformacija potrošnje i štednje, deformacija investicija, "umjetni" porast cijena, neloyalna konkurencija, promjene u uvozu i izvozu, utjecaj na output, prihod i zaposlenost, niži ili viši prihod javnog sektora itd.

Dugoročni učinci pranja novca su poremećaji u direktnim stranim ulaganjima, promjene u likvidnosti, solventnosti, reputaciji financijskog sektora, pojavnostima mita i korupcije i sl.⁷⁰ Dugoročni efekti pranja novca mogu imati izrazito negativne ekonomske i socijalne posljedice, osobito za države u razvoju, koje su lakše pogođene utjecajem kriminalaca i terorista. U državama s krhkim financijskim sustavima može biti ugroženo gospodarstvo, društvo i konačno, sigurnost takvih zemalja korištenih kao platforme za pranje novca.

Prema Brigitte Unger, proces pranja novca doprinosi i nepoštenoj alokaciji bogatstva te omogućavanju da kriminalci neometano uživaju plodove svojih kriminalnih aktivnosti.

67 FATF Report on Money Laundering Typologies, 2002.-2003., France, June 2003, str. 23-32.

68 FATF Report on Money Laundering Typologies, 2002.-2003., France, June 2003., str. 21-28.

69 Unger, B., *The Scale and Impacts of Money Laundering*, Cheltenham, UK-Northampton, Ma, USA, 2007, str. 113.

70 Unger, B., *The Scale and Impacts of Money Laundering*, Cheltenham, UK-Northampton, Ma, USA, 2007., str. 7-14.

8. PRISTUP TEMELJEN NA PROCJENI RIZIKA I DNFBP SEKTOR

Pristup temeljen na procjeni rizika alat je koji se koristi od strane obveznika i od strane regulatora i supervizora u svrhu procjenjivanja rizika od pranja novca/ financiranja terorizma koji prati klijente, proizvode (transakcije), geografsko područje i sl. s namjerom identificiranja onih proizvoda, usluga, geografskih lokacija i klijenata koji su potencijalno sumnjivi u smislu pranja novca/ financiranja terorizma.⁷¹

Osnovu za uvođenje pristupa temeljenog na procjeni rizika dale su Preporuke FATF-a i Treća direktiva Europskog parlamenta i Vijeća za sprječavanje pranja novca. Treća direktiva, a osobito preporuke FATF-a traže osiguravanje uvjeta da je i DNFBP sektor subjekt provedbe mjera za sprječavanje pranja novca i financiranja terorizma sukladno uvjetima navedenim u Direktivi i Preporukama FATF-a pa tako i primjene pristupa temeljenog na procjeni rizika.

Svrha je uvođenja ovoga pristupa racionalizacija troškova te maksimizacija koristi postizanjem proporcionalnosti između identificiranog rizika i mjera koje se poduzimaju radi prevencije ili smanjivanja istog. Temeljni preduvjet je da procjena mora biti realna jer u protivnom sustav postiže suprotne učinke⁷². To znači da treba dobro razumjeti rizik za donošenje pravilne prosudbe. U slučaju nerealne procjene rizika, odnosno precijenjenog ili podcijenjenog stupnja rizika, sustav postaje slab i ranjiv.⁷³

Koristi koje donosi primjena analize i procjene rizika su pravilno korištenje i alokacija resursa koji se mogu usmjeriti sukladno prioritetima (veći rizik - veća pozornost). Treba imati na umu da pogrešna prosudba izloženosti riziku može uzrokovati gore rezultate nego nekorištenje ovog pristupa uopće.

Stoga sustav temeljen na procjeni rizika treba biti dobro dizajniran i obrađen, a osoblje uključeno u procjenu rizika dobro educirano i iskusno.⁷⁴

Ukoliko nije tako, zbog činjenice nepostojanja univerzalne metodologije procjenjivanja prirode i stupnja rizika, bolje je rješenje, primjerice primjena standardnih metoda dubinske analize nego pojednostavljenih u pogrešnim okolnostima. Precijenjenost, dakle izaziva pogrešno i neekonomično korištenje resursa, a podcijenjivanje ranjivost sustava.

Kod DNFBP sektora, nužno je da pripadnici istog sektora razviju principe analize i procjene rizika koje će primjenjivati u praksi. Različite podsektore DNFBP sektora prate različiti rizici te principe treba razvijati odvojeno. Međutim, tamo gdje postoje dodirne točke (npr. pružanje sličnih usluga) poveznice je moguće iskoristiti i u izradi analize i procjene rizika. Nadalje, važno je da zemlje pružaju pomoć i informacije kako bi pomogle DNFBP sektoru identificirati visokorizične klijente i

71 FATF (2009) Risk Based Approach-Guidance for Money Service Business.

72 Preuzeto iz Pedić, Ž., (2010.), Sprječavanje pranja novca i pristup temeljen na procjeni rizika, *Financije i računovodstvo*, Zagreb, br. 1, str. 155, siječanj 2010.

73 MENA FATF: DNFBPs in relation to AML/CFT, November 2008., str. 8.

74 O pristupu temeljenom na procjeni rizika pišu i Pellegrina, L. D., Masciandaro, D., *The Risk Based Approach in the New European Anti Money Laundering Legislation*, str. 1-24.

usluge, kanale pružanja takvih usluga te geografske lokacije koje su promijenjive tijekom vremena ovisno o okolnostima koje se mogu pojaviti.⁷⁵

9. ZAKLJUČAK

S obzirom na ranjivost DNFBP sektora u smislu pranja novca i financiranja terorizma, relativno nizak stupanj reguliranosti i nadzora nad ovim sektorom globalno, kao i uvažavajući specifičnost položaja ovih obveznika sukladno Trećoj direktivi, preporukama FATF-a a time i nacionalnim zakonodavstvima, obveznicima primjene i provedbe mjera za sprječavanje pranja novca / financiranja terorizma iz ovog sektora nužno je posvetiti posebnu pozornost.

Ipak, može se reći da je supranacionalno zakonodavstvo u posljednje vrijeme postrožilo mjere prema ovoj vrsti obveznika te su zbog toga vidljivi i pomaci i na nacionalnoj razini, prvenstveno u nešto većoj osvještenosti ovih profesija o postojanju samog problema.

Međutim, osvještenost se u većini slučajeva svodi na nastojanje provođenja zadanih mjera i radnji (više na formalnoj razini i u minimalnom opsegu), zbog straha od posljedica koje neispunjavanje mjera sa sobom donosi te sankcija koje im u svezi toga mogu biti nametnute.

Još uvijek se ne radi o osvještenosti u pravom smislu te riječi, odnosno svjesnosti veličine samoga problema i posljedice naoko male uloge pojedinca, tvrtke i sl. u tom kotaču zla što pranje novca jest, pri čemu su naravno potaknuti i motivirani potencijalnim stjecanjem nemalog profita.

Stoga je nužno što više inzistirati na daljnjoj edukaciji ovoga sektora i intenzivnim kampanjama koje će ukazati na sve potencijalne opasnosti koje vrebaju u slučaju bilo kakve njihove povezanosti s aktivnostima pranja novca, a isto tako, ukazivati i na štetu koju svaka umješanst u ovakve aktivnosti donosi, posebice samostalnim profesijama.

Dakle, potrebno je osvijestiti da se ne radi samo o kaznenim djelima koja proizvode sankcije, niti samo o urušavanju i narušavanju njihovog profesionalnog digniteta, nego i o dalekosežnim posljedicama na društvo i zajednicu u kojoj i oni egzistiraju, a za čije su funkcioniranje suodgovorni čimbenici. Poslovanje na marginama legalnog sustava proizvodi učinke ne samo na ekonomiju zemlje u kojoj djeluju, čime posredno ugrožavaju i položaj svoje djelatnosti, nego se ti koncentrični krugovi šire na svjetski nivo, jer se kod pranja novca obično radi o međunarodnoj aktivnosti. Radi se o podriivanju globalnog ekonomskog sustava. Dakle, izrazito sebični porivi i motivi za sudjelovanje u ovakvim aktivnostima, dugoročno ne donose dobro ni samim sudionicima.

Isto tako, potrebno je raditi na podizanju razine svijesti o mogućnosti da i protiv svoje volje, ove profesije budu, na ovaj ili onaj način, dionici procesa pranja novca. U tom smislu, edukacija i obuka igraju značajnu ulogu, i to kako za obveznike iz

75 FATF RBA Guidance for legal professionals, October, 2008, str. 8-25.

profesionalnih djelatnosti, tako i za nadzorna tijela uključena u nadzor nad primjenom i provedbom mjera za sprječavanje pranja novca i financiranja terorizma. Posebice za lakše prepoznavanje, uočavanje i otkrivanje takvih djela za što su svakako potrebna specijalizirana znanja i vještine jer se često radi o vrlo kompliciranim shemama. Ukoliko će ove profesije biti iskorištene za samo jedan mali segment iz te komplicirane šire slike, ponekad je objema stranama teško prepoznati i uočiti da se radi o toj vrsti zlouporabe.

Pri edukaciji i podizanju razine svijesti, potrebno je voditi računa i uvažavati sve specifičnosti pojedinih podsektora unutar DNFBP sektora. U provođenju edukacije sudjeluju financijsko obavještajne jedinice, nadzorna tijela, komore te druga tijela uključena u prevenciju i borbu protiv pranja novca / financiranja terorizma.

Osim toga, kada je riječ o profesionalnim djelatnostima, njihova specifičnost je povjerljivost odnosa s klijentom i velik strah za njih predstavlja potencijalno narušavanje toga odnosa međusobnog povjerenja ukoliko će primjenjivati mjere i radnje propisane za sprječavanje pranja novca. Međutim, sprječavanje pranja novca je opća i globalno bitna činjenica koja nadilazi pojedinačne odnose. Radi se o zaštiti društva kao cjeline i odnos između pojedinaca ne bi smio predstavljati prepreku u tom smislu. S obzirom na to da postoji i zakonsko uporište koje im nalaže kada i u kojim situacijama treba provesti pojedinu mjeru i radnju, unatoč životnoj važnosti toga odnosa za profesionalne djelatnosti, odnos s klijentom dolazi ipak u drugi plan.

Isto tako, osim „apeliranja na savjest“ unutar sektora, potrebno je, dodatno ojačati i nadzor nad primjenom i provedbom sada već (u većini slučajeva) postojećih mjera i radnji koje su pripadnici DNFBP sektora dužni provoditi. Pri tomu, nadzorni mehanizmi trebaju imati striktno definiran pravni okvir i nadležnosti u nadzoru pojedinih sektora.

Također, treba naglasiti kako Preporuke FATF-a, Treća direktiva, a time i nacionalni propisi, inzistiraju na izdavanju i ažuriranju smjernica za što kvalitetniju primjenu i provedbu nacionalnih zakonodavstava koje mogu biti dobar alat koji obveznicima rješava nedoumice i olakšava primjenu i provedbu mjera za sprječavanje pranja novca.

FATF u svom dokumentu o DNFBP sektoru iz 2008. godine (DNFBPs in relation to AML/CFT, November 2008) naglašava da je cilj donošenja smjernica „eliminiranje bilo kakve konfuzije ili nerazumijevanja koje određeni dio DNFBP sektora može imati, posebno odvjetnici, računovođe, bilježnici i druge neovisne profesije u pogledu kontradikcija između profesionalne tajne i obveze obavješćivanja o sumnjivim transakcijama/osobama.⁷⁶

S ciljem pomoći zemljama pri izradi smjernica, FATF je u 2008. godine objavio (poštujući pozicije privatnog sektora) svoje Smjernice za primjenu principa teme-

⁷⁶ Brlić još 2005. godine u članku „Obveze, ovlasti i sankcije u propisima o sprječavanju pranja novca“, Računovodstvo i financije 51(2005), 6; str. 31-32. zauzima stav da Zakon o sprječavanju pranja novca ne kolidira sa zakonima koji propisuju osnovne odrednice djelovanja samostalnih profesija i struka, prvenstveno misleći na odvjetnike, bilježnike i porezne savjetnike, jer oni „isključivo u granicama zakona smiju poduzimati radnje u korist svoje stranke“.

ljenog na procjeni rizika u borbi protiv pranja novca i financiranja terorizma, za gotovo sve sektore unutar DNFBP (odvjetnike i bilježnike⁷⁷, kasina⁷⁸, računovođe⁷⁹, trgovce plemenitim metalima i dragim kamenjem⁸⁰, posrednike u kupoprodaji nekretnina⁸¹ i trastove⁸²) koje su dobra osnova tijelima na nacionalnim nivoima za donošenje istih.

Također, važno je da, i sami obveznici za svoje klijente, i nadzorna tijela za obveznike, razviju metode procjene i ocjene rizika koji je specifičan za određenu vrstu DNFBP sektora, kao i da razumiju sam pristup temeljen na procjeni rizika što će pomoći u uspješnijoj borbi protiv pranja novca i financiranja terorizma.

Bitan čimbenik je i suradnja svih uključenih u borbu protiv pranja novca koji streme istom cilju na nacionalnom i međunarodnom nivou uspostavom zajedničkih standarda, pružanjem pravne i druge pomoći te razmjenom informacija i iskustava i praćenjem trendova u području pranja novca.

77 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/5/58/41584211.pdf>, str. 1-41.

78 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/5/61/41584370.pdf>, str. 1-39.

79 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/19/40/41091859.pdf>, str. 1-37.

80 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/19/42/41012021.pdf>, str. 1-40.

81 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/18/54/41090722.pdf>, str. 1-35.

82 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/19/44/41092947.pdf>, str. 1-35.

Summary

NON-FINANCIAL SECTOR AND INDEPENDENT PROFESSIONS IN THE CONTEXT OF MONEY LAUNDERING PREVENTION

The main purpose of the paper is to point out on the importance of enhanced focus on the non-financial sector and independent professions in terms of preventing money laundering activities. The methods used in preparing this paper are: description, abstraction and concretization, comparison, induction and deduction. In this paper, the system of money laundering prevention within the Designated Non-Financial Business and Professions (DNFBP) has been presented. The basic concepts have been defined, international and domestic legal framework has been analyzed, typologies and effects of money laundering stated and the risk based approach in these sectors explained. Furthermore, the reasons that make the DNFBP sector highly exposed to activities of money launderers have been explained and possible measures for diminishing of interest of criminals for the DNFBP sector have been set forth.

Key words: non-financial sector, independent professions, money laundering, terrorism financing, risk based approach.

Zusammenfassung

NICHTFINANZIELLER SEKTOR UND FREIBERUFE IM KONTEXT DER GELDWÄSCHEREI

Diese Arbeit macht auf die Notwendigkeit der Verhinderung von Geldwäscherei seitens der Angehörigen der nichtfinanziellen Sektoren und der selbstständigen Berufe aufmerksam. In der Ausarbeitung wurden folgende Methoden verwendet: Deskription, Abstraktion, Konkretisierung, Vergleich, Induktion und Deduktion. Diese Arbeit stellt ein System der Verhinderung von Geldwäscherei in nichtfinanziellen Sektoren dar. Außerdem werden Grundbegriffe definiert, der internationale und nationale rechtliche Rahmen analysiert, Typologien und Auswirkungen der Geldwäscherei genannt und einer auf Risikobewertung basierter Zugang in den gegebenen Sektoren erklärt. Ferner werden auch Gründe für größere Anfälligkeit dieser Sektoren für Geldwäscherei angegeben, und Maßnahmen für die Reduzierung von kriminellen Aktivitäten in diesem Sektor dargestellt.

Schlüsselwörter: nichtfinanzieller Sektor, Freiberufe, Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung, Risikobewertung.

Riassunto

IL SETTORE NON FINANZIARIO E LE LIBERE PROFESSIONI NEL CONTESTO DELL'ANTIRICICLAGGIO

Riassunto: Il lavoro è stato scritto con l'intenzione di sottolineare la necessità di prestare maggiore attenzione all'antiriciclaggio con riguardo agli appartenenti al settore non finanziario ed alle libere professioni. Ai fini della redazione del contributo sono state usate le metodologie della descrizione, dell'astrazione e della concretizzazione; il metodo comparato, come pure la metodologia dell'induzione e della deduzione. Nel contributo viene esposto il sistema di antiriciclaggio per gli appartenenti al settore non finanziario e delle libere professioni. Vengono definite le nozioni elementari, si analizza il quadro giuridico internazionale ed interno, si indicano le tipologie e gli effetti del riciclaggio, come pure viene spiegato l'approccio fondato sulla valutazione del rischio nei settori in esame e si indicano le ragioni della maggiore esposizione di detto settore alle attività di coloro che riciclano denaro, ma anche le possibili misure ai fini di diminuire l'interesse dell'ambiente criminale nei confronti di questo settore.

Parole chiave: settore non finanziario, libere professioni, riciclaggio di denaro, finanziamento del terrorismo, valutazione del rischio.

USKLAĐENOST KAZNENOPRAVNE ZAŠTITE PRAVA INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA U REPUBLICI HRVATSKOJ S TENDENCIJAMA ZAŠTITE U EUROPSKOJ UNIJI

Mr. sc. Marko Verović
Šibenik

UDK: 343.533(497.5)
343.533::061.1EU
Ur.: 22. siječnja 2010.
Pr.: 22. ožujka 2010.
Stručni rad

Sažetak

Sve češće povrede, s velikim štetama za nositelje prava industrijskog vlasništva, utjecale su na pojačani angažman Europske unije na usklađivanju kaznenopravne zaštite na području prava industrijskog vlasništva. Slijedom toga donesen je niz mjera i akata. U ovom radu uz analizu postojećih mjera i akata posebno se sagledava i usklađenost hrvatskog zakonodavstva s novim tendencijama koje se provode u Europskoj uniji. Unatoč činjenici da je hrvatsko zakonodavstvo na ovom području značajno usklađeno, u radu se ističe potreba „za sitnim promjenama“ koje bi u potpunosti uskladile kaznenopravnu zaštitu industrijskoga vlasništva Republike Hrvatske s novijim razvojem u Europskoj uniji.

Ključne riječi: *kaznenopravna zaštita, industrijsko vlasništvo, povrede prava, kazne, sigurnosne mjere.*

I. Uvod

Kako postupak pridruživanja Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije (dalje: EU) nameće potrebu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom, cilj je ovog rada sagledati stanje kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva¹ u Republici Hrvatskoj u odnosu na nove tendencije u

¹ Iako se u pravu EU redovito govori o provedbi prava intelektualnog vlasništva kojem uz industrijsko vlasništvo pripadaju i autorsko pravo i njemu srodna prava, u ovom radu zbog određenih posebnosti izučavaju se samo povrede prava industrijskog vlasništva, odnosno po ranijem Zakonu o industrijskom vlasništvu (Narodne novine 53/91, dalje: ZIV) znakovi razlikovanja (žig, industrijski

zaštiti tih prava u EU. U radu se definira pojam prava industrijskog vlasništva kao dijela intelektualnog vlasništva, uz isticanje najnovijih kretanja u povredama prava industrijskog vlasništva uvjetovanih suvremenim tehničkim dostignućima.

U drugom dijelu rada analiziraju se aktivnosti institucija EU usmjerenih na onemogućavanje i sprječavanje povreda prava industrijskog vlasništva. Analizom najznačajnijih propisa na tom području, stavlja se naglasak na nove tendencije u zaštiti prava industrijskoga vlasništva koje imaju za cilj ojačati utjecaj privatnog interesa u cjelokupnoj zaštiti prava industrijskoga vlasništva.

U trećem dijelu ovog rada, u cilju boljeg razumijevanja trenutnoga stanja kaznenopravne zaštite industrijskoga vlasništva u Republici Hrvatskoj, sagledava se i kaznenopravna zaštita prava industrijskoga vlasništva u „značajnijim“ državama članicama EU. Uz analizu postojeće razine zakonodavne zaštite prava, analiziraju se i pojedine sudske odluke koje bi mogle imati utjecaja na daljnji razvoj kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva.

II. Pojmovno određenje i značaj prava industrijskog vlasništva

Još od samih početaka gospodarskog razvoja društvo je izumu kao važnom faktoru društvenog napretka posvećivalo osobitu pozornost, tako da počeci zaštite izuma imaju dugotrajnu povijesnu tradiciju. Zanimanje za zaštitu prava industrijskog vlasništva seže u daleku povijest, u antičko doba, pa i ranije,² odnosno u vrijeme prvog organiziranog gospodarskog djelovanja. Unatoč ovakvim pojavama o organiziranoj i kvalitetnoj zaštiti prava industrijskog vlasništva možemo govoriti tek od 18. stoljeća kada se donose prvi nacionalni zakoni kojima se štite pojedini oblici industrijskog vlasništva.³ Nedugo nakon donošenja nacionalnih zakona uvidjele su se znatne razlike u zakonima raznih zemalja koji iziskuju rješavanje mnogih pitanja na međunarodnom planu, osobito iz razloga što su već tada prava industrijskog vlasništva postala važan predmet međunarodnog pravnog prometa. Uviđavanje određenih nedostataka, kao i neki konkretni događaji⁴ utjecali su na donošenje Pariške konvencije za zaštitu

dizajn i oznake podrijetla proizvoda) opisani članak 285. Kaznenog zakona RH, (Narodne novine, br. 110/97, 27/98 – ispr., 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 – Odluka USRH, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07 i 152/08; dalje: Kazneni zakon). Tijekom analize postojećeg stanja zaštite poseban naglasak se stavlja na zaštitu prava žiga, jer su povrede prava na žig najčešće povrede prava industrijskog vlasništva. O razini povreda prava industrijskog vlasništva vidjeti više na mrežnoj stranici www.dziv.hr/vebcontent/, posjećeno 2. ožujka 2010. godine.

2 O nekim ranijim oblicima zaštite industrijskog vlasništva vidjeti više Zlatović, D., *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008., str. 105.

3 Tako je Francuska 1791. godine donijela Patentni zakon, a 1806. godine Zakon o zaštiti tekstilnih uzoraka, dok je Engleska prvi propis o zaštiti uzoraka tekstilne industrije donjela 1787. g. i sl. O tome vidjeti više Manigodić, M., *Industrijski dizajn: zaštita modela u zemlji i inostranstvu*, Pronalazaštvo, Beograd, 1988., str. 16-18.

4 Vidjeti više Verona, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 22-23.

industrijskog vlasništva 1883. godine (dalje: Pariška konvencija),⁵ koja predstavlja jedan od najznačajnijih međunarodnih dokumenata na području zaštite industrijskog vlasništva. Njezinim donošenjem započinje stvarni napredak zaštite industrijskog vlasništva u svijetu, odnosno udaraju se temelji suvremene međunarodne zaštite industrijskog vlasništva.⁶ Nakon usvajanja Pariške konvencije, prateći cjelokupni gospodarski razvoj, razvija se i pravo industrijskog vlasništva „modernizacijom“ nacionalnih zakona, ali i stvaranjem nove međunarodne regulative.

Sadržaj pojma industrijskog vlasništva najopširnije je određen odredbom članka 1. točaka 2. i 3. Pariške konvencije. Po Pariškoj konvenciji predmet zaštite industrijskog vlasništva su patenti, modeli za iskorištavanje, industrijski uzorci ili modeli, tvornički ili trgovački žigovi, uslužni žigovi, trgovačko ime ili oznake ili imena podrijetla te suzbijanje nepoštenog tržišnog natjecanja. Industrijsko vlasništvo podrazumijeva se u najširem značenju i odnosi se ne samo na industriju i trgovinu u pravnom smislu te riječi već i na granu poljoprivrednih i ekstraktivnih industrija i na sve proizvode, npr. vina, cerealije, listove duhana, voće, stoku, rude, mineralne vode, piva, cvijeće i brašna.

Pravo industrijskog vlasništva predstavlja nadgradnju ekonomskih odnosa tržišnog načina gospodarenja, pri čemu je naglasak na ekonomskom iskorištavanju rezultata inventivnog rada i njihovoj individualizaciji u prometu, kao funkcijama konkretne sposobnosti gospodarskih subjekata. Zaštita industrijskog vlasništva od velike je važnosti za nositelja prava i svaku državu, jer predstavlja značajnu komponentu nacionalnog bogatstva i nacionalne kulture. Zato je razumljivo da uživa višestruku pravnu i institucionalnu zaštitu. Unatoč zaštiti, koju uživa u svakodnevnom gospodarskom prometu i suvremenim tržišnim uvjetima, česte su povrede i neovlaštena uporaba zaštićenih prava industrijskog vlasništva, u ostvarivanja imovinske koristi na štetu nositelja prava.⁷

Poseban problem u zaštiti prava industrijskog vlasništva javlja se početkom osamdesetih i devedesetih godina prošlog stoljeća kada u svjetskim okvirima dolazi do značajnih političkih i ekonomskih promjena. Odnosno, od ranih osamdesetih godina prošlog stoljeća krivotvorine i piratstvo postali su raširen fenomen s globalnim utjecajem. Ovaj fenomen se širio s ekonomskim i političkim razvitkom, a karakterizirao ga je stalan rast međunarodne trgovine, internacionalizacija ekonomije, ekspanzija sredstava komunikacije te kolaps političkih sustava u Srednjoj i Istočnoj Europi i bivšem Sovjetskom Savezu, gdje su niknula nova iznimno potentna tržišta

5 Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva (1883.) – Tekst Konvencije nije objavljen u Narodnim novinama – Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji objavljena u Narodnim novinama – Međunarodni ugovori, br. 12/93 i 3/99.

6 O značaju Pariške konvencije vidjeti više, Čizmić, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva – knjiga prva*, Tehnološki centar, Rijeka, Maslina, Split, 1998.

7 O tome više Čizmić, J., *Tužbe zbog povrede i osporavanja prava iz područja industrijskog vlasništva*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 34/5-46, Split, 1997., str. 155.; kao i Zlatović, D., *Imovinskopravna zaštita prava na žig u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski patentni glasnik, Zagreb, 1996., br. 5., str. 1357.

za proizvodnju i konzumiranje krivotvorenih i piratskih roba. To se zatim naslanja na razvoj informatičkog društva te na pojavu modernih sofisticiranih tehnologija koje su prikladne za upotrebu u svrhu kopiranja roba.⁸ Iako su mjerodavne institucije pravodobno uočile ove tendencije glede povreda prava industrijskog vlasništva poduzele su određene mjere s ciljem sprječavanja i onemogućavanja takvih aktivnosti, ali nije došlo do zaustavljanja i smanjenja povreda prava industrijskog vlasništva. Odnosno, može se reći da su u nekim segmentima i povećane, u prvom redu zahvaljujući razvoju suvremene tehnologije, ali i „sporosti“ prilagodbe državnih tijela novim oblicima povreda.⁹

Zabrinjavajući statistički podaci, koji su slijedili, navedene tendencije u povredama prava industrijskog vlasništva nametnuli su nove izazove pred međunarodnu zajednicu, nakon čega su uslijedile određene reakcije. Reakcije koje su uslijedile u prvom redu su se odnosile na stvaranje kvalitetnijeg i učinkovitijeg zakonodavnog okvira s posebnim naglaskom na međunarodno ujednačavanje pravnog okvira za borbu protiv povreda prava industrijskog vlasništva.¹⁰

III. Kaznenopravna zaštita industrijskog vlasništva u Europskoj uniji

Ranije izneseni podaci o gubicima u radnim mjestima te financijski pokazatelji oštećenja gospodarskih subjekata, a time i nacionalnih gospodarstava uvjetovali su posljednjih nekoliko godina jači angažman institucija EU na području zaštite prava industrijskog vlasništva. Tako se počelo govoriti o tzv. provedbi prava industrijskog vlasništva, s tim da se pod tim pojmom misli na sva pravna sredstva, sve mjere i postupke koji se mogu ili trebaju moći poduzimati u zaštiti prava industrijskog

8 Prema podacima Counterfitting Intelligence Bureaua pokrenutim od strane International Chamber of Commerce (ICC – Međunarodne trgovinske komore) krivotvorine čine između 5 - 7 % svjetske trgovine. O tome više vidjeti Čizmić, J. – Zlatović, D., *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 386 – 386.

9 Prema nekim procjenama Komisije EU u proteklih desetak godina zbog krivotvorenja žigova, na tržištu EU izgubljeno je oko 300 000 radnih mjesta, uz industrijski gubitak u iznosu od 300 milijardi eura, dok je prema istim podacima Njemačka imala gubitak od oko 70 000 radnih mjesta. Navedeni podaci su izneseni u dnevnom listu Jutarnji list pod naslovom *Gubici lani zbog krivotvorina u EU najmanje 300 milijardi eura* od 12.07.2006., str. 11.

10 U tom smislu potrebno je spomenuti donošenje *Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva – TRIPS*, te s posebnim naglaskom na činjenicu da je na ovom području značajan iskorak učinjen u pravu EU, usvajanjem, ali i pripremom prijedloga direktiva, kako na području građanskopravne tako i na području kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva. Što se tiče Republike Hrvatske u proteklom razdoblju uz donošenje *Nacionalne strategije razvoja sustava intelektualnog vlasništva Republike Hrvatske 2005. – 2010.*, te usklađivanja zakona s područja industrijskog vlasništva, primjetno je da još uvijek nismo u potpunosti posvećeni ozbiljnim pristupu navedenim problemima. O poduzetim aktivnostima, kao i određenim nedostacima u daljnjem dijelu ovog rada.

vlasništva od povrede.¹¹ Danas se zaštita prava industrijskog vlasništva u suvremenim državama pruža kroz tri vida zaštite: građanskopravnu zaštitu,¹² upravno-pravnu zaštitu¹³ te kaznenopravnu zaštitu koja je prvenstveni predmet zanimanja ovog rada. Iz navedenoga proizlazi kako je kaznenopravna zaštita samo jedan segment zaštite prava industrijskog vlasništva koji u posljednje vrijeme dobiva sve veći značaj u cjelokupnoj zaštiti ovih prava.

Razlog pojačanom angažmanu EU-a oko pitanja provedbe prava intelektualnog vlasništva u kaznenim postupcima identičan je razlozima zbog kojih se i na međunarodnoj razini poziva na primjenu učinkovitih mjera i sredstava u kaznenim postupcima. Naime, radi se o povredama takvog intenziteta da prijete ravnoteži globalnog tržišta, ali u značajnom dijelu i zdravlju i sigurnosti potrošača. Te su povrede masovnih razmjera za koje se najčešće koriste termini piratstvo i krivotvorenje. Pod piratskim proizvodima danas se pretežito misli na predmete kojima se povrjeđuju autorska i srodna prava, dok se kod krivotvorenja povrjeđuju prava industrijskog vlasništva. Stoga je krivotvorenje industrijskog vlasništva kao kazneno dijelo prioritetni predmet izučavanja u daljnjem dijelu ovog rada. Jedno od glavnih obilježja kaznenih djela vezanih uz krivotvorenje je da se obavlja u obliku organizirane kriminalne djelatnosti u kojima redovito sudjeluju organizirane skupine na području više država.¹⁴ Intenzitet povreda, kao i obilježja ovih kaznenih djela,

11 O tome vidjeti više Josipović, I., Matanovac, R., *Zaštita prava intelektualnog vlasništva u hrvatskom kaznenom i prekršajnom pravu i prilagodba europskom pravu*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 174.

12 Donošenjem Direktive 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva (*Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April on the enforcement of intellectual property rights* Dalje: Direktiva 2004/48/EZ) kojom se propisuju mjere, postupci i sredstva za zaštitu prava intelektualnog vlasništva u građanskim postupcima može se smatrati zaokruženom građanskopravna zaštita industrijskog vlasništva u EU. O nekim nedostacima u građanskopravnoj zaštiti industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj vidjeti više Matanovac, R., *Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaj promjena*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 115 -169; kao i Verović, M., *Novosti u građanskopravnoj zaštiti industrijskog dizajna*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 2008., vol. 47, br. 1, 1-188, str. 78 -108.

13 Ovaj vid zaštite obuhvaća izricanje zakonom određenih upravno-pravnih administrativnih mjera protiv osoba koje su počinile djelo povrede prava industrijskog vlasništva. Nadzor nad provedbom odredbi zakona s područja industrijskog vlasništva obavljaju Državni inspektorat te druge inspekcije i carinska tijela sukladno ovlaštenjima utvrđenim posebnim zakonima. O navedenoj zaštiti vidjeti više Stipičić, M., *Inspeksijski nadzor i zaštita potrošača*, Informator male stranice, br. 5251-5252, od 3. i 7. 07. 2004., kao i Zlatović, D., *Carinska kontrola u cilju sprječavanja povreda prava intelektualnog vlasništva*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 2004, vol. 43, br. 3, str. 65 -87.

14 Danas postoje i povrede industrijskog vlasništva koje nisu tako intenzivne i društveno opasne poput krivotvorenja. Međutim one, zbog određenih posebnih okolnosti i određenog stupnja društvene opasnosti ipak zaslužuju angažman državnog aparata. To su povrede prava industrijskog vlasništva za koje je predviđena prekršajna odgovornost. Kako prekršajnopravna zaštita nije predmet interesa na razini Zajednice, države članice su slobodne samostalno i u skladu sa svojim pravnim sustavom urediti i druge mjere, postupke i sankcije zbog povreda prava

nametnula su potrebu daljnjeg usklađivanja prava industrijskog vlasništva na području EU. Ako se danas izvrši analiza postojećeg zakonodavnog okvira u pravu EU može se zaključiti kako su materijalna pravila prava industrijskog vlasništva u državama članicama usklađena. Pored toga, pristupilo se i stvaranju sustava jedinstvenih prava industrijskog vlasništva, s učinkom na području EU-a, kao što su pravila kojima se regulira jedinstvena zaštita žiga i industrijskog dizajna. U cilju daljnjeg ujednačavanja donesena je i Uredba 1383/2003 o carinskim mjerama u vezi s robom za koju se sumnja da se njome povrjeđuju prava intelektualnog vlasništva i mjerama u vezi s robom za koju se ustanovi da se njome povrjeđuju ta prava¹⁵ te Direktiva 2004/48 o provedbi prava intelektualnog vlasništva.¹⁶ Taj proces usklađivanja slijedio je i na području kaznenopravne zaštite, pa je u tom pravcu doneseno, ili je u procesu donošenja, nekoliko akata za koje možemo ustvrditi da predstavljaju temelje kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva na području EU.

3.1. Zelena knjiga EZ-a o borbi protiv krivotvorenja i piratstva na jedinstvenom tržištu¹⁷

Pojačane kriminalne aktivnosti na području povrede prava industrijskog vlasništva, već su početkom devedesetih godina prošlog stoljeća izazvale određene reakcije Komisije. Uviđajući kako tada postojeći sustav kaznenopravne zaštite koji je državama članicama ostavio da nacionalnim propisima urede kaznenu odgovornost, nije bio zadovoljavajući. U praksi se pokazalo da težina i strogost kazni za takva djela prilično variraju među državama članicama. Iz tih razloga javila se potreba za dodatnom harmonizacijom ovih rješenja. U tom smislu nametnuta je potreba implementacije europskog zakonodavstva u državama članicama, ali i praćenje stanja u zaštiti i kažnjavanju povreda prava industrijskog vlasništva. Slijedom toga Komisija EU je u Priopćenju Vijeću iz 1995. godine,¹⁸ ukazala na potrebu korištenja

industrijskog vlasništva, pa tako i one u prekršajnim ili sličnim postupcima. U prekršajnoj zaštiti industrijskog vlasništva vidjeti više Šuperina, M. i dr., *Zaštita industrijskog vlasništva – prava žiga u hrvatskom kaznenom pravu i praksi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol 14, 2/2007, str. 969 – 997; kao i Josipović, I., Matanovac, R., op. cit. u bilj. 11, str. 208 -217.

15 *Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 July 2003 concerning customs action against goods suspected of infringing certain intellectual property rights and the measures to be taken against goods to have infringed such rights* (OJ L 196 2.8.2003.) vidjeti na mrežnoj stranici <http://eur-lex.europa.eu/> posjećeno 08. prosinca 2009.

16 *Corrigendum to Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights* (OJ L 157, 30.04.2004.) vidjeti na mrežnoj stranici <http://eur-lex.europa.eu/> posjećeno 8. prosinca 2009.

17 *EC Green Paper Combating Counterfeiting and Piracy in the Single Market*, COM (1998) 569 final 15.10.1998. (dalje: Zelena knjiga EZ). vidjeti na mrežnoj stranici <http://europa.eu/documents/comm/pdf> posjećeno 8. prosinca 2009.

18 *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the role of penalties in implementing Community Internal market legislation*. COM (95) 162 of 3 May 1995. vidjeti na mrežnoj stranici <http://eur-lex.europa.eu/> posjećeno 9. prosinca 2009.

određenih mjera, osobito onih u vidu kazni, radi osiguranja pravilnog funkcioniranja zajedničkog tržišta. Slijedeći to priopćenje, Vijeće EZ-a prihvatilo je Rezoluciju od 29. lipnja 1995. godine, pozivajući države članice da kažnjavaju kršenja europskog prava s istom strogošću kao kod povrede nacionalnih propisa, dajući tako podršku Komisiji EZ glede daljnje rasprave ove problematike.¹⁹

Unatoč navedenim aktivnostima pokazalo se kako u kaznenim slučajevima, teritorijalno načelo kaznenog prava, sukladno kojem se kazneni zakoni države članice primjenjuju na kaznena djela počinjena na njenom teritoriju, može, gdje egzistira takav sustav, ponekad se pokazati neprimjerenim u određenim situacijama. Tako i gledišta da se ostvari mogućnost primjene nacionalnog prava na određene slučajeve povrede prava industrijskog vlasništva u drugim državama članicama, gdje se vrše radnje povrede prava zaštićenih u prvoj državi članici predstavljaju pokušaje da se učinkovito spriječava pojava povreda prava industrijskog vlasništva, s obzirom na postojeće poteškoće u određivanju sudske nadležnosti i mjerodavnog prava u slučajevima transnacionalne prirode povrede nekog zaštićenog prava.²⁰

Slijedom navedenog Europska komisija je u borbi protiv krivotvorenja i piratstva 1998. godine predstavila *Zelenu knjigu* EZ koja predstavlja polazišni dokument za daljnje aktivnosti u kaznenopravnoj zaštiti prava industrijskog vlasništva. Kao najznačajniji dijelovi navedenog akta mogu se istaći određivanje pojmova krivotvorina i piratstva, s obzirom na to da se u zemljama članicama ti pojmovi koriste u različitom kontekstu te mjere koje se predlažu u borbi protiv istih.²¹ Za potrebe *Zelene knjige* EZ,

19 Council resolution on the effective uniform application of Community law and the penalties applicable for breaches of Community law in the internal market, OJ C 188, 22.07.1995; vidjeti na mrežnoj kartici <http://eur-lex.europa.eu/Notic> posjećenoj 9. prosinca 2009.

20 O istom vidjeti više *Final Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy*, str. 18.

21 Ilustracije radi u hrvatskom pravu pojam krivotvorenja i piratstva slično je riješen Uredbom o provedbi carinskih mjera u vezi s robom za koju postoji sumnja da povrjeđuje pravo intelektualnog vlasništva (Narodne novine, br. 50/06) prema čl. 2. st. 1., označava:

1. krivotvorenu robu, kojom se smatra:

a) roba, uključujući i njezino pakiranje, koja je bez odobrenja obilježena znakom koji je istovjetan žigu valjano registriranom za istu vrstu proizvoda, ili koji se u bitnim obilježjima ne može razlikovati od takvog žiga, i koja time povrjeđuje pravo nositelja tog žiga u Republici Hrvatskoj;

b) svaki simbol žiga (logotip, etiketu, naljepnicu, brošuru, uputstvo za uporabu, jamstveni list i sl.), neovisno je li podnesen zajedno s robom ili odvojeno, pod istim okolnostima kao i roba navedena u podtočki a) ove točke;

c) pakiranje obilježeno žigom krivotvorene robe, a koje se podnosi odvojeno u istim okolnostima kao i roba iz podtočke 1) ove točke.

2. piratsku robu, to jest robu koja je izrađena ili sadrži primjerke koji su izrađeni bez odobrenja nositelja autorskog prava ili srodnih prava ili nositelja industrijskog dizajna ili bez odobrenja osobe koju je ovlastio nositelj prava, bez obzira jesu li navedena prava registrirana sukladno Zakonu, ako se izradom tih primjeraka povrjeđuje autorsko pravo ili srodna prava ili prava iz industrijskog dizajna koja vrijede u Republici Hrvatskoj,

3. robu kojom se povrjeđuje:

a) prema važećim propisima u Republici Hrvatskoj;

b) svjedodžba o dodatnoj zaštiti, prema važećim propisima u Republici Hrvatskoj;

piratstvo i krivotvorenje odnose se na sve proizvode, postupke i usluge koji su objekt ili rezultat povrede prava industrijskog vlasništva, (što uključuje: žig ili trgovački naziv, industrijski dizajn ili model, patent, korisni model i oznaku zemljopisnog podrijetla). Osim navedenog upozorava da ovako širok opseg označavanja piratskih i krivotvorenih proizvoda pokriva ne samo one proizvode koji su identične kopije. On obuhvaća ne samo slučajeve u kojima su piratski i krivotvoreni proizvodi istovjetni s originalnim proizvodom proizvedeni prijevorno (engl. fraudelently), već i one proizvode koji predstavljaju kopije, izrađene bez odobrenja nositelja prava kada je odobrenje dano u ugovoru ranije postojalo, ali su proizvodi napravljeni kada je ugovor istekao ili prestao važiti, ili je prekoračena odredba o količini primjeraka koji se po ugovoru smiju izraditi, i sl.²² Kaznena djela krivotvorenja i piratstva mogu se počinuti nezakonitom proizvodnjom, distribucijom, posjedovanjem ili nuđenjem takvih proizvoda, odnosno davanjem ili nuđenjem takvih usluga,²³ što ukazuje na mogućnost širokog kruga počinitelja ovih kaznenih djela.

Uz određivanje pojmova krivotvorenja i piratstva Zelena knjiga EZ-a predlaže i moguće mjere u borbi protiv krivotvorenja i piratstva, pri čemu se poseban naglasak stavlja na suradnju privatnog (nositelja prava) i državnog sektora.²⁴ U tom smislu Zelena knjiga EZ predlaže djelovanje kroz četiri usmjerenja:

1. Pojačano praćenje zainteresiranih subjekata čija su prava potencijalno ugrožena. Ovom mjerom privatni sektor kroz pravodobno uočavanje povreda može inicirati aktivnosti državnog sektora u suzbijanju navedenih kaznenih djela. Nisu rijetki slučajevi u praksi da trgovačka društva, koja su nositelji pojedinih registriranih

c) biljne sorte, prema važećim propisima u Republici Hrvatskoj;

d) oznake izvornosti ili oznake zemljopisnog podrijetla, prema važećim propisima u Republici Hrvatskoj.

Prema članak 2. st. 2. Uredbe robom kojom se povrjeđuje pravo intelektualnog vlasništva smatra se i bilo koji kalup ili matrica koji su posebno dizajnirani ili prilagođeni za izradu robe kojom se povrjeđuje pravo intelektualnog vlasništva, ako se uporabom takvog kalupa ili matrice povrjeđuje pravo intelektualnog vlasništva prema važećim propisima.

²² O ovim vrstama povrede vidjeti više Josipović, I., Matanovac, R., op. cit. u bilj. 11, str. 181; kao i Zelena knjiga EZ str. 6 -7.

²³ O načinu počinjenja navedenih djela vidjeti opširnije Zelena knjiga EZ, str. 7.

²⁴ Presuda Trgovačkog suda u Zagrebu P -3748/96 -1, od 4. srpnja 2002. godine (VS RH Revt 159/06 -2) vidi www.vsrh/index.php/ posjećena 3. ožujka 2010., izazvala je veliko zanimanje hrvatske javnosti zbog visine novčanog iznosa kojeg su tuženici trebali isplatiti. Obzirom da je navedena presuda izazvala medijsku pozornost u Republici Hrvatskoj jedan hrvatski tjednik je razgovarao s Larsom Skansom, menadžerom rizika, specijaliziranim za otkrivanje kriminala vezanog uz krivotvorenje u trgovačkom društvu V&S (tužitelju u predmetnom sporu). Iz navedenog razgovora vidljivo je da se prilikom prikupljanja dokaza o povredama prava iz industrijskog vlasništva Skans koristio raznim metodama, pri čemu je poseban naglasak stavljen na umijeće i sposobnost istražitelja, ali i logističku potporu koju je isti imao u institucijama matične države. Što je u duhu s mjerama Zelene knjige o suradnji državnog i privatnog sektora u borbi protiv krivotvorenja i piratstva.

prava industrijskog vlasništva, osnivaju vlastite timove čija je zadaća pravodobno i kvalitetno prikupljanje podataka o povredama njihovih prava.²⁵

2. Postavljanje različitih sredstava tehničke zaštite protiv umnožavanja, kao što su zaštitni hologrami, različite vrste optičke zaštite, čip kartice i sl. Zamjerke ovoj mjeri odnose se na činjenicu da bi bile učinkovite u borbi protiv manje vještih krivotvoritelja, dok ne bi bile učinkovite kod onih koji se obrtimice bave proizvodnjom i raspačavanjem piratskih i krivotvorenih proizvoda, jer oni u pravilu raspolažu sredstvima kojima se zaobilaze ili uklanjaju postavljena tehnička sredstva zaštite.²⁶ Uvažavajući navedene argumente, kao i činjenicu mogućnosti probijanja takve zaštite, ovu mjeru ne treba *a priori* odbaciti, jer uz ozbiljniji pristup u tehničkom smislu te uz adekvatan nadzor stručnjaka postoji mogućnost zaštite. Samo se u takvom slučaju postavlja pitanje bi li u svakom slučaju to bilo financijski isplativo s obzirom na potrebu dodatnih financijskih ulaganja.

3. Potreb uvođenja oštrijih i efikasnijih sankcija i drugih mjera za zaštitu prava industrijskog vlasništva, pri čemu se predlaže da se najmanje na razini Europske unije, a potom u zakonodavstvima država članica predvide konkretne, detaljnije uređene postupke i mjere za suzbijanje krivotvorenja i piratstva.

4. Uspostavljanje trajne administrativne suradnje između nadležnih tijela unutar jedinstvenog tržišta Europske unije.²⁷

U cilju daljnjeg razvoja kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva, krajem 2000. godine Europska komisija uputila je Europskom vijeću priopćenje nazvano *Nastavak na Zelenu knjigu*,²⁸ u kojem je uz statističke podatke predstavila i svoj plan djelovanja u borbi protiv piratstva i krivotvorenja. Plan djelovanja sadrži nužne, žurne, kratkoročne mjere te srednjoročne planove. Kao nužne, žurne, odnosno kratkoročne mjere Europska komisija je istakla:

- stvaranje prijedloga direktive usmjerene na jačanje sredstava za provedbu prava industrijskog vlasništva;
- stvaranje općeg sustava za razmjenu podataka i administrativnu suradnju u provedbi prava industrijskog vlasništva;
- izrada studije kojom će se formirati zajednička metodologija za prikupljanje, analizu i usporedbu podataka o krivotvorenju i piratstvu;

25 Tako je svojevremeno u hrvatskom dnevnom tisku iznesen podatak da je trgovačko društvo „Henkel“ okupilo tim oko 30 stručnjaka različitih zanimanja sa zadaćom da prate, upravljaju i kontroliraju vlasnička prava koja su vezana za žig trgovačkog društva Henkel. Vidjeti *Jutarnji list*, članak *Gubici lani zbog krivotvorina u EU najmanje 300 milijardi eura*, od 12. 07. 2006., str. 11.

26 O primjedbama na navedenu mjeru vidjeti više Josipović, I., Matanovac, R., op. cit. u bilj. 11, str. 182.

27 O mjerama koje spadaju u nadležnost Europske unije, opširnije vidjeti *Zelenu knjigu* EZ str. 18 -24.

28 *Communication from the Commission on the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Follow-up to the Green Paper on combating counterfeiting and piracy in the single market, COM (2000) 789 final*, nije objavljen u OJ, vidjeti na mrežnoj stranici <http://europa.eu/legislativ/> posjećenoj 9. prosinca 2009.

- organizacija usavršavanja te obrazovanje za tijela koja će provoditi predmetne mjere te

- usmjeravanje posebne pozornosti na rješavanje problema krivotvorenja i piratstva u zemljama kandidatima za članstvo u EU.

Srednjoročni planovi odnose se na „logističku potporu“ i jačanje institucija u procesu kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva. Tako se kao mjere predlažu:

- unaprijeđenje administrativne suradnje,
- harmonizacije minimalnih standarda za primjenu kaznenih sankcija,
- stvaranje baze podataka koja bi bila na raspolaganju nositeljima prava i tijelima provedbe,

- unaprjeđivanje suradnje između privatnog sektora i javnih tijela za provedbu zaštite industrijskog vlasništva te

- proširenje ovlasti javnih tijela (Europol i Eurojusta).²⁹

Naslanjajući se na zaključke *Zelene knjige* i *Nastavka na Zelenu knjigu* te prvu od žurnih mjera za unaprijeđenje zaštite prava industrijskog vlasništva od piratstva i krivotvorenja, Europska komisija je 2003. godine predstavila Prijedlog Direktive o mjerama i postupcima za osiguranje provedbe prava intelektualnog vlasništva.³⁰ Ovaj Prijedlog je sadržavao i mjere kaznenopravne zaštite ali su te odredbe zbog nedovoljno kvalitetnog teksta i brojnih kritika povučene, a postupak se nastavio samo u vezi s usklađivanjem mjera, postupaka i sredstava građanskopravne zaštite.

3.2. Prijedlog Direktive o kaznenim mjerama za provedbu prava intelektualnog vlasništva

Proces harmonizacije kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva na području EU nastavljen je Prijedlogom Direktive o kaznenim mjerama za provedbu prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva, koji je nadopunjen Izmijenjenim prijedlogom Direktive o kaznenim mjerama za provedbu prava intelektualnog vlasništva (dalje: Izmijenjeni prijedlog Direktive)³¹. Nastavlja se na *Zelenu knjigu* i *Nastavak na Zelenu knjigu*, usmjerenih na jačanje sustava kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u borbi protiv krivotvorenja i piratstva, a na koje se i poziva u preambuli prijedloga Direktive. Uz navedeno se u preambuli naglašava

²⁹ O ovlastima i zadaćama navedenih tijela vidjeti više na mrežnoj stranici www.europol.eu.int. te www.eurojust.eu.int.

³⁰ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property rights COM (2003) 46 final*, vidjeti više www.europarl.europa.eu/side posjećeno 10. prosinca 2009.

³¹ *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights COM (2006) 168 final, 26.04.2006.*, Prijedlog Direktive prošao je prvo čitanje u Parlamentu EU, ali je tijekom 2008. godine zaustavljen postupak usvajanja te je zatražena izrada studije o potrebi i učinkovitosti predloženih mjera, o tome kao i daljnjim komentarima vidjeti više na mrežnoj stranici *FFII- Press releases*, www.press.ffii.org. posjećeno 8. prosinca 2009.

kako su krivotvorenje i piratstvo stalno rastući fenomeni, koji imaju internacionalnu dimenziju te su ozbiljna prijetnja nacionalnim ekonomijama. Ukazuje se na razliku između nacionalnih sustava kazni što otežava učinkovitost borbe protiv krivotvorenja i piratstva. Stavlja se naglasak na povezanost s organiziranim kriminalom, uspoređujući učinke ove kriminalne aktivnosti s krijumčarenjem droga, s tim da kod krivotvorenja i piratstva nema tolikog rizika od ozbiljnih zakonskih kazni.

Među temeljima na kojima je Zajednica zasnovala svoju nadležnost u području koje uređuje ova Direktiva posebno se ističe u presudi u slučaju *C-176-03 Komisija protiv Vijeća* od 13.09.2005.³² godine. U presudi stoji da odredbe kaznenog zakona koje se traže za učinkovitu implementaciju zakona Zajednice potpadaju pod Ugovor o EZ. U preambuli se navodi i da su sve zemlje članice na međunarodnoj razini vezane i Sporazumom TRIPs, koji također sadrži odredbe o potrebi predviđanja efikasnih kaznenih mjera za suzbijanje povreda prava industrijskog vlasništva. Na kraju preambule se navodi da je visina predviđenih kazni određena prema stupnju povreda, odnosno da je visina zapriječene kazne adekvatna počinjenom kaznenom djelu.

Sadržajno gledajući, Izmijenjenim prijedlogom Direktive uređuje se cilj i opseg kaznenopravne zaštite, određivanje pojma pravne osobe za potrebe Direktive, određivanje bića kaznenog djela, priroda i visina kazni, oduzimanje predmeta, zajednički timovi, pokretanje kaznenih postupaka te odredbe o implementaciji Direktive u nacionalne zakone. Određujući cilj i opseg Direktive u članak 1., Izmijenjenog prijedloga navodi se kako će se ovom Direktivom propisati kaznene mjere potrebne za osiguranje provođenja prava industrijskog vlasništva, te da se ona primjenjuje na sva prava intelektualnog vlasništva kao što je određeno Direktivom 2004/48/EZ. Određujući pojam pravne osobe, navodi se da pravna osoba predstavlja takav subjekt u skladu s nacionalnim propisima koji joj priznaju pravni subjektivitet, s tim da se ovaj pojam ne odnosi na države i druga javna tijela koja djeluju u vršenju svojih javnih ovlasti, kao ni međunarodne organizacije. Prema Izmijenjenom prijedlogu članak 3., povredom prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva, za koju treba predvidjeti kaznenu odgovornost, smatra se ona povreda koja je učinjena namjerno i na komercijalnoj razini (engl. *on a commercial scale*), kao i pokušaj takve povrede te poticanje ili pomaganje. Iz navedenoga proizlazi da će kazneno djelo povrede prava industrijskog vlasništva postojati ako je postojala namjera povrede, bilo u slučaju izvršenja povrede, bilo u slučajevima pomaganja, nagovaranja ili poticanja na takvo djelo, s tim da su te aktivnosti poduzete u komercijalne svrhe, odnosno da su predmetne aktivnosti usmjerene stjecanju profita.

Što se tiče prirode kazni, člankom 4. Izmijenjenog prijedloga Direktive propisuje se niz kazni koje bi trebale biti izrečene u slučajevima počinjenja kaznenog djela povrede prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva. Uz kaznu zatvora, koja je predviđena za fizičke osobe, za pravne i fizičke osobe mogu se izreći novčane kazne (globe) i oduzimanje dobara koja pripadaju počinitelju, uključujući spornu robu

32 O sadržaju same presude više na mrežnoj stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSrev/> posjećenoj 8. prosinca 2009.

(predmete) i materijale, uređaje ili medije korištene za proizvodnju ili distribuciju spornih predmeta. Uz navedene kazne, stavkom 2. istog članka, od država članica se traži da u odgovarajućim slučajevima predvide mogućnost i sljedećih kazni:

- uništenje dobara kojima se povrijeđuju (krše) prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva;
- potpuno ili djelomično zatvaranje, stalno ili privremeno, objekta korištenog primarno za izvršenje kaznenog djela;
- stalnu ili privremenu zabranu sudjelovanja u trgovačkim aktivnostima;
- stavljanje pod sudski nadzor;
- sudsku likvidaciju trgovačkog društva;
- zabranu pristupa državnim fondovima i potporama i
- objavu presude.

U članku 5. Izmijenjenog prijedloga Direktive predlaže se visina pojedinih kazni. Tako je predviđeno izricanje kazne zatvora u trajanju od najmanje četiri godine³³ za ona kaznena djela koja su počinjena pod okriljem kriminalne organizacije (organizirani kriminal), kao i za ona kaznena djela koja u sebi nose rizik po zdravlje i sigurnost. Po obrazloženju ove odredbe opasnost je prisutna čak i kada opasni proizvod još nije uzrokovao nikakvu štetu. Opasnost po osobno zdravlje i sigurnost postoji u onim slučajevima kada krivotvoreni proizvod plasiran na tržište izravno izlaže osobe opasnosti od bolesti ili nezgode. Glede novčanih kazni predviđeno je da najviši iznosi novčanih kazni za slučajeve koji nisu najteži budu do 100.000 EUR, dok je kazna 300.000 EUR predviđena za teža kaznena djela, odnosno kaznena djela počinjena pod okriljem zločinačke organizacije ili kaznena djela koja u sebi nose rizik po zdravlje i sigurnost.³⁴

Člankom 6. Izmijenjenog prijedloga Direktive predviđa se „*proširena ovlast konfiskacije*“. Odnosno predviđa se mogućnost da države članice poduzmu potrebne mjere za konfiskaciju (oduzimanje) imovine u onim slučajevima kada je kazneno djelo počinjeno u okviru kriminalne organizacije ili kada su izvršenjem kaznenog djela ugroženi zdravlje ili sigurnost. Ove mjere mogu se poduzimati prema fizičkim, ali i pravnim osobama, predmet konfiskacije mogu biti prihodi nastali počinjenjem kaznenog djela, ali i druga imovina i sredstva čiji je nastanak povezan uz kazneno djelo.

Izmijenjenim prijedlogom Direktive (članak 7.) predlaže se mogućnost formiranja zajedničkih istražnih timova u kojima bi uz predstavnike nositelja prava

33 U obrazloženju članka 5., navodi se da je prag od četiri godine izabran jer uvelike odgovara kriteriju koji se koristi za određivanje teškog kaznenog djela. To je prag koji je određen u Joint action (987733/JAA) iz *Proposal for a Council Framework Decision on the fight against organised crime Com (2005) 6 final* 26. 05.2005. (Okvirne odluke Vijeća o borbi protiv organiziranog kriminala) vidjeti na mrežnoj kartici www.europarl.europa.eu/sides, posjećenoj 11. prosinca 2009. kao i *Konvencije UN protiv organiziranog prekograničnog kriminala (UNTOC)*. O obrazloženje članka 5. vidjeti više na mrežnoj stranici <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> posjećeno 16. prosinca 2009.

34 O prijedlogu zapriječenih kazni vidjeti i kod Besarović, V., *Nove tendencije u razvoju zaštite prava intelektualne svojine*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LV, 1/2007; str. 62.

industrijskog vlasništva, mogli sudjelovati i odgovarajući eksperti, koji bi surađivali s tijelima kaznenog progona u otkrivanju kaznenih djela kojima se teško povređuju prava industrijskog vlasništva. Ovakav prijedlog obrazložen je činjenicom kako je teško provoditi istrage na ovom području, te je često bitno imati aktivno sudjelovanje oštećenih ili eksperata kako bi se lakše utvrdilo jesu li proizvodi bili krivotvoreni. Posebno se naglašava da bi ovi timovi mogli imati značajnu ulogu u slučajevima kada se sumnja na moguća počinjenja kaznenog djela krivotvorenja. U takvim slučajevima bi nositelji prava ili eksperti vrlo brzo mogli potvrditi sumnje na počinjenje određenog dijela krivotvorenja. Iako je državama ostavljeno da slobodno reguliraju pitanje zajedničkih istražnih timova nameće se pitanje kako bi takvi timovi mogli funkcionirati u stvarnosti, odnosno postavlja se pitanje hoće li tijekom vođenja postupka doći u pitanje nepristranost državnih tijela koja „istražuju“ zajedno s oštećenikom, dakle zajedno sa strankom koja je zainteresirana za konačan ishod kaznenog postupka.³⁵ Mišljenja smo, a takvo je gledište izneseno u Izmišljenom prijedlogu Direktive, da je cilj djelovanja zajedničkih istražnih timova usmjeren na fazu postupka koji se odnosi na otkrivanje počinjenja kaznenog djela,³⁶ kada će, što je sasvim sigurno teže doći do povrede temeljnih načela kaznenog postupka.

Člankom 8. Izmišljenog prijedloga Direktive nameće se obveza državama članicama osigurati mogućnost pokretanja postupka po službenoj dužnosti. Obrazlažući ovaj članak ističe se kako je njegova svrha osiguranje kaznenog progona neovisno od zahtjeva oštećenika, te je kao takva neophodna u osiguranju kaznenog progona počinitelja kaznenog djela krivotvorenja i piratstva. Tako se navodi da je čest slučaj otkrivanja zaliha krivotvorenih proizvoda, ali je tada ponekad teško stupiti u kontakt ili čak brzo identificirati nositelja prava. U takvim slučajevima kada je potrebno brzo reagirati nedostatak prijave od strane oštećenika mogao bi ometati pa čak i zaustaviti, daljnji tijek postupka. U prilog navedenom pristupu treba istaknuti i činjenicu da se povrede prava industrijskog vlasništva redovito događaju bez znanja nositelja, pa je i to jedan od razloga za pokretanje postupka po službenoj dužnosti. Nametanje obveze državama članicama pokretanja kaznenog postupka po službenoj dužnosti treba sagledati i u činjenici da prava iz industrijskog vlasništva „nisu samo privatna prava“, već ona predstavljaju i javni interes, odnosno predstavljaju nacionalno (gospodarsko) bogatstvo određene države.³⁷ Preostala tri članka

35 Neki autori ističu mogućnost dovođenja u pitanje načelo pravičnog vođenja postupka, odnosno dovode u pitanje „jednakost oružja“, o tome više vidjeti Josipović, I., Matanovac, R., op. cit. u bilj. 11, str. 190.

36 U hrvatskoj praksi česti su slučajevi suradnje policije i Hrvatske diskografske udruge u otkrivanju piratskih nosača zvuka, pri čemu barem zasada nema podataka o mogućoj nepristranosti u ovakvoj suradnji.

37 O gospodarskom značenju prava industrijskog vlasništva u smislu zaštite javnog interesa, vidjeti više Haugg, N., *Zaštita industrijskog vlasništva danas. Značaj zaštite industrijskog vlasništva u Njemačkoj*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 4, 1997., br. 6., str. 2074; kao i Topić, Ž., *Primjena intelektualnog vlasništva kao razvojnog resursa – ekonimika i menadžment intelektualnog vlasništva*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji“, Narodne novine & DZIV, Zagreb, 2006., str. 249 -287.

Izmijenjenog prijedloga Direktive u stvari predstavljaju prijelazne i završne odredbe, odnosno određuje roкове implementacije Direktive u nacionalna zakonodavstva država članica.

Uspoređujući odredbe Izmijenjenog prijedloga Direktive s hrvatskim zakonodavstvom glede kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva, može se načelno ustvrditi kako naše zakonodavstvo već ima gotove sve predložene mjere iz prijedloga Direktive. Stoga se može zaključiti da je kaznenopravna zaštita industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj u potpunosti usklađena s tendencijama koje postoje u pravu EU, uz određene manje razlike o čemu će biti više riječi u daljnjem dijelu ovog rada.

IV. Kaznenopravna zaštita industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj – usklađenost s odredbama prijedloga direktive

4.1. Pristupi u usporednom pravu

Analizom postojeće kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva može se zaključiti kako u suvremenim uvjetima postoje tri pristupa kod uređenja ovog pitanja u nacionalnim zakonodavstvima:

a) sustav posebnog kaznenog prava – po kojem se inkriminacije u svezi s povredom prava industrijskog vlasništva u cijelosti propisuju samo u okviru posebnog kaznenog prava, odnosno u propisima prava industrijskog vlasništva, što se obrazlaže potrebom boljeg razumjevanja odnosnih kaznenih djela. Budući da je za pravilnu primjenu propisa koji sadrže inkriminacije s područja prava industrijskog vlasništva nužno poznavanje njegovih specifičnih pojmova. Stoga dobro je da propisivanje kaznenih djela bude u uskoj svezi s drugim normama koje uređuju ovo posebno pravno područje.³⁸

b) sustav općeg kaznenog prava – kao zakonodavni pristup koji uređuje kaznenopravnu zaštitu industrijskog vlasništva u kaznenim zakonicima.³⁹

c) mješoviti sustav – kao dobar kompromis dva navedena krajnje suprotstavljena rješenja, koji uređuju kaznenopravnu zaštitu i u kaznenim zakonima i u zakonima s područja prava industrijskog vlasništva, na način da su isti propisi usklađeni i da se nadopunjuju na način da se u kaznenim zakonima propisuju teži delikti povrede prava industrijskog vlasništva, dok se u zakonima s područja industrijskog vlasništva sankcioniraju lakši oblici povreda.⁴⁰

³⁸ O ovom pristupu vidjeti više Krapac, D., *Krivičnopravna zaštita autorskog prava*, Sudska praksa, Zagreb, 1/85, str. 74; ovakvo rješenje poznaju npr. prava Švicarske, Njemačke, Japana i dr.

³⁹ Ovakva rješenja poznaju prava SAD, Velike Britanije, Italije i dr., o tome vidjeti više Cornish, W.R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, 3rd edition, Swet & Maxwell, London, 1996., str. 49.

⁴⁰ Ovakav sustav kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva prisutan je u francuskom pravnom sustavu.

U Republici Hrvatskoj danas se primjenjuje sustav, tzv. općeg kaznenog prava, odnosno odredbama Kaznenog zakona se regulira kaznenopravna zaštita prava industrijskog vlasništva. Odredbe Kaznenog zakona kojima se uređuju kaznena djela protiv prava industrijskog vlasništva regulirana su članak 232, kazneno djelo protiv prava iz prijavljenog ili zaštićenog izuma⁴¹ te članak 285, kazneno djelo protiv prava industrijskog vlasništva i neovlaštene uporabe tuđe tvrtke. Činjenica da je kaznenopravna zaštita industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj regulirana samo s jednim člankom Kaznenog zakona ne znači i da je u bilo kojem pogledu manjkava u odnosu na kaznenopravnu zaštitu industrijskog vlasništva u drugim suvremenim državama. Kao što je već ranije zaključeno, hrvatsko kazneno pravo već sada udovoljava gotovo svim kriterijima iz dokumenata EU, čak i onima čije se usvajanje tek očekuje. Unatoč tomu smatramo potrebnim u daljnjem dijelu ovog rada komparativno sagledati „nedostatke“ u hrvatskom zakonodavstvu, usporedbom rješenja iz prijedloga Direktive s postojećim rješenjima u hrvatskom pravnom sustavu ali i usporedbom s nekim postojećim zakonskim rješenjima značajnijih članica EU.⁴² U cilju potpunog usklađivanja s tendencijama, koje postoje na području kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u europskom zakonodavstvu, mišljenja smo da bi u postojećim rješenjima kaznenoga zakona bilo potrebno izvršiti određene promjene.

4.2. Naziv i biće kaznenog djela

Postojeći naziv „*Povreda prava industrijskog vlasništva i neovlaštena uporaba tuđe tvrtke*“, trebao bi doživjeti određene izmjene, odnosno bilo bi prikladnije određenje naziva kaznenog djela „*Krivotvorenje i neovlaštena upotreba prava industrijskog vlasništva*“ ili „*Krivotvorenje i neovlaštena upotreba prava znakova razlikovanja*“,⁴³ što bi bilo u duhu europskih tendencija. Ovo kazneno djelo obuhvaćalo bi povrede,

41 Ovim člankom uređena su kaznena djela protiv prava izumitelja u pogledu njegovog prijavljenog izuma koji još nije zaštićen patentom kao i protiv prava koja proizlaze iz izuma zaštićenog patentom. Kaznenopravna zaštita prava iz prijave patenta kao niti prava iz priznatog patenta nije uobičajena, kako u Republici Hrvatskoj kao ni u drugim državama, stoga nije predmetom posebne analize u ovom radu. Također u Izmijenjenom prijedlogu Direktive, s kojom se komparira postojeće hrvatsko kazneno zakonodavstvo, ne spominje se povreda patenta, odnosno naglasak se stavlja na povrede, tzv. znakove razlikovanja, te je to još jedan razlog zašto navedeni predmet zaštite nije predmetom posebne analize u ovom radu.

42 Budući da u Republici Hrvatskoj trenutno nema niti jedne registrirane topografije poluvodičkih proizvoda, tek je nekoliko registriranih oznaka zemljopisnog podrijetla i oznaka izvornosti, tim se predmetima industrijskog vlasništva nećemo posebno baviti u ovom radu, kao ni s patentnom zaštitom iz razloga navedenih u prethodnoj točki. Odnosno prioritet interesa je na tzv. znakovima razlikovanja, povredama žiga i industrijskog dizajna (krivotvorenje i piratstvo).

43 Npr. tako je člankom 473. Kaznenog zakonika Italije predviđeno kazneno djelo koje nosi naziv „*Krivotvorenje, promjene ili uporaba znakova razlikovanja intelektualnih ili industrijskih proizvoda*“, koje obuhvaća radnje krivotvorenje ili mijenjanje zaštićenih znakova razlikovanja. O tome vidjeti više Vanzetti, A., di Cataldo, V., *Manuale di Diritto Industriale*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996., str. 123.

tzv. znakova razlikovanja⁴⁴, odnosno ovom bi se odredbom provodila kaznenopravna zaštita žiga, industrijskog dizajna i oznaka podrijetla proizvoda. U prilog promjeni naziva ovog kaznenog djela može se istaći nekoliko razloga. Prvo, pravo industrijskog vlasništva obuhvaća širok spektar predmeta zaštite, koji s obzirom na svoje različite karakteristike, kao i načine povrede ne bi trebali biti obuhvaćeni istom zakonskom odredbom. Drugi razlog je u činjenici što su već neka prava industrijskog vlasništva zaštićena zasebnim odredbama Kaznenog zakona, kao što je to slučaj s članak 232. (Povreda prava iz prijavljenog ili zaštićenog izuma, Patent) ili članak 295. (Izdavanje i neovlašteno prikupljanje poslovne tajne).⁴⁵

Uslijed promjene naziva kaznenog djela javila bi se i potreba za izmjenom st. 1. članak 285., odnosno trebalo bi izbaciti riječi „ili koje drugo pravo industrijskog vlasništva osim izuma“. U tom bi slučaju neovlaštena uporaba tuđe tvrtke mogla predstavljati zasebno regulirano kazneno djelo.⁴⁶

Glede samog bića kaznenog djela iz članka 285. Kaznenog zakona protiv prava industrijskog vlasništva mogle bi se javiti određene nedoumice. Iz navedene odredbe proizlazi da je za postojanje kaznenog djela potrebno da se dogodi povreda neke od materijalnih odredbi zakona kojima se reguliraju prava industrijskog vlasništva.⁴⁷ Za razliku od ranijih propisa s područja prava industrijskog vlasništva, koji su povredom prava smatrali svaku neovlaštenu uporabu u gospodarskom prometu te svako

44 Ranija hrvatska pravna doktrina prava iz industrijskog vlasništva dijelila je na:

1. rezultate izumiteljskog rada: patenti, tehničke inovacije i know-how (skup praktičnih znanja i iskustava koji se mogu primijeniti u industriji i obrtu)
2. znakove razlikovanja koji obuhvaćaju:
 - a) modele i uzorke (industrijski dizajn) – slike i crteže ili oblike tijela koja služe kao predlošci za proizvodnju,
 - b) robne i uslužne žigove – znakove po kojima se jedna roba ili usluga razlikuje od ostalih roba ili usluga iste ili slične vrste,
 - c) oznake podrijetla proizvoda kojima se štite zemljopisni nazivi

1. zaštita od neloyalne utakmice na tržištu:

O navedenoj podjeli kao i obilježjima pojedinih oblika vidjeti više Vedrina, D. i dr., *Pravna zaštita dizajnerskog stvaralaštva*, Prostor (5), Zagreb, 1997., str. 175, kao i Čizmić, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva – knjiga druga*, Mostar, 1999., str. 203-204.

45 O nekim pitanjima uz pravo poslovne tajne vidjeti više Verović, M., *Neka pitanja o zaštiti poslovne tajne u poslovnom procesu*, Hrvatska pravna revija, 2009., br. 9., str. 34-41.

46 Ovakav se pristup može opravdati činjenicom da i sada u Kaznenom zakonu postoje dva kaznena djela povrede prava industrijskog vlasništva članak 323., kao i članak 285., te nema razloga da se u Kaznenom zakonu ne bi izvršile izmjene u skladu s gore iznesenim.

47 Tako su npr. prava industrijskog vlasništva čija je zaštita predviđena članak 285. KZ regulirana sljedećim, s gledišta ovog rada, zanimljivim zakonima:

- Zakon o žigu (Narodne novine, br. 173/03, 76/07 i 30/09 dalje: ZoŽ),
- Zakon o industrijskom dizajnu (Narodne novine, 173/03, 76/07 i 30/09, dalje: ZoID)
- Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga (Narodne novine, br. 173/03, 186/03 - ispravak, 76/07),
- Zakon o oznakama izvornosti, oznakama zemljopisnog podrijetla i tradicionalnog ugleda poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda (Narodne novine, br. 84/08 i 75/09) i
- Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 52/00, 118/03 i 107/07, dalje: ZTD).

neovlašteno raspolaganje,⁴⁸ postojeći zakoni ne sadrže definiciju povrede. Sama povreda prava industrijskog vlasništva po postojećim zakonima predstavljala bi svaku aktivnost počinitelja povrede koja na bilo koji način krši isključiva prava nositelja.⁴⁹ Za razliku od našeg zakonodavstva, pojedine države članice EU zadržale su zakonske odredbe o povredama prava. Tako je npr. u Zakonu o žigovima Njemačke⁵⁰ člankom 14. st. 2. predviđena povreda žiga, kao i u britanskom Zakonu o žigovima⁵¹ u članak 10. st. 2. koji je gotovo identičan njemačkom rješenju. Stoga ostaje nejasno zašto naš zakonodavac nije zadržao zakonsko određenje povrede prava kao i ranije navedene države članice. Mišljenja smo da bi bilo puno bolje rješenje odrediti u jednom članku taksativnim nabrojanjem radnje koje bi predstavljale povredu prava, kako se ne bi dogodili problemi kao u jednoj odluci Vrhovnog suda Poljske, po kojoj kazneno djelo povrede žiga uz radnju krivotvorenja, predstavlja samo stavljanje krivotvorene robe u promet po prvi put. To znači da svatko tko kupuje krivotvorine, a kasnije ih prodaje ne podliježe kaznenoj odgovornosti.⁵² Što je u suprotnosti s osnovnim pristupima kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u suvremenom svijetu.

U novijoj hrvatskoj pravnoj doktrini postoje određeni prijepori glede kaznenog progona počinitelja kaznenog djela opisanog u članku 285. st. 1. Neki naši autori izražavaju bojazan da bi se iz odredbe članka 285. st. 1. Kaznenog zakona, „*tko protivno propisima o industrijskom vlasništvu povrijedi tuđi žig, model ili uzorak,⁵³ oznaku podrijetla proizvoda ili koje drugo pravo industrijskog vlasništva, osim izuma*“ mogao izvući neopravdan zaključak da je zapravo, svaka povreda prava industrijskog vlasništva podložna kaznenom progonu.⁵⁴ Nastavno na navedeno, pojedini autori⁵⁵ iznose gledišta kako je kaznenopravna zaštita ograničena samo na najteže povrede industrijskog vlasništva te da za razliku od EU u Republici Hrvatskoj problem predstavlja razgraničenje s prekršajnom pravnom zaštitom. Stoga isti autori predlažu kao mjerilo razgraničenja uvođenje imovinskog cenzusa prouzročene štete utvrđene po tržišnoj vrijednosti kao osnovu za kazneni progon. Uz komercijalnu osnovu aktivnosti kojim se vrši povreda prava iz industrijskog vlasništva, potreban je

48 Vidjeti članak 118. ranijeg ZIV.

49 O isključivim pravima nositelja vidjeti više npr. članak 7. ZoŽ, kao i članak 17. ZoID.

50 *Gesetz uber den Schutz von Marken und sonstigen kennzeichen - Markengesetz - MarkenG*, iz 1994. godine, posljednji put mijenjan 16. srpnja 1998., izmjene stupile na snagu 1. siječnja 1999. godine., vidjeti na mrežnoj stranici www.markengesetz.de/markeng.1/ posjećeno 2. ožujka 2010.

51 Trade Marks Act, 1994. godine, vidjeti <http://www.uk-legislation>, vidjeti više Marett, P., *Intellectual Property Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 175-177.

52 Navedeni primjer preuzet Krakowiak, B., Maracewicz, M., *Criminal measures against counterfeit goods in Poland*, vidjeti na mrežnoj stranici www.ipris.co.uk posjećenoj 3. ožujka 2010.

53 Radi se o zastarjeloj terminologiji koja je korištena do 1999. godine, stoga bi trebalo izvršiti usklađenje s aktualnom terminologijom – industrijski dizajn.

54 Takav stav vidjeti više Josipović, I., Matanovac, R., op. cit. u bilj. 11., str. 191.

55 O tome vidjeti više Šuperina, M. i dr., op. cit. u bilj. 14, str. 977.

stupanj krivnje počinitelja, odnosno da je znao ili morao znati da čini povredu prava.⁵⁶ Glede gore iznesenog, mišljenja smo da bi uzimanje u obzir samo visine prouzročene štete samo po sebi bilo nedostatno za donošenje odluke o kaznenom progonu. Stoga bi prilikom povrede prava industrijskog vlasništva tijela kaznenog progona morala, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinog slučaja, odrediti opravdanost pokretanja kaznenog postupka. Činjenica da tijela kaznenog progona ne posjeduju dovoljno stručnog znanja vezano uz povredu prava industrijskog vlasništva, u ovom dijelu postupka bilo bi poželjno korištenje usluga zajedničkih istražnih timova.

U stavku 2. istog članka navodi se kako će se kaznom iz stavka 1. kazniti onaj tko neovlašteno izrađuje, uvozi, prenosi preko granične crte, nudi, stavlja u promet, skladišti ili rabi proizvod koji je predmet zaštite nekog od navedenih prava industrijskog vlasništva. Bez obzira na širinu radnji koje su obuhvaćene, postojeća odredba nije dovoljna da se predvide svi mogući oblici povrede prava industrijskog vlasništva.⁵⁷ Tako je njemački Savezni Vrhovni sud (njem. *Bundesgerichtshof*), unatoč široko zakonom definiranoj povredi prava žiga proširo mogućnost povrede i u slučaju „ukrašavanja“ proizvoda sličnim žigom.⁵⁸ U slučaju ako bi došlo do promjena u *lex specialis* odredbama definiranjem povreda prava industrijskog vlasništva tada bi postalo upitno postojanje ovog stavka.

U tom slučaju postojeća odredba iz stavka 2. mogla bi se zamijeniti na način da će se „kaznom iz stavka 1. ovog članka kazniti i pokušaj izvršenja djela povrede“. Unošenje ove odredbe potrebno je s obzirom na odredbu članka 33. Kaznenog zakona, po kojoj se za pokušaj izvršenja kaznenog djela može izreći kazna zatvora samo za ona kaznena djela za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. Temeljem iznesenog pokušaj je po našem Kaznenom zakonu kažnjiv samo za kvalificirani oblik kaznenog djela povrede prava industrijskog vlasništva, što nije u duhu Izmijenjenog prijedloga Direktive, ali ni postojeće prakse pojedinih promatranih pravnih sustava. Tako npr. za razliku od našeg sustava njemački Zakon o žigovima u članku 143. st. 3. izričito određuje kažnjavanje pokušaja kaznenog djela povrede žiga.

⁵⁶ U tom smislu upućujemo na presudu Županijskog suda u Koprivnici, broj Kž – 168/98 od 29. listopada 2003. godine, kao i na stavove iznesene u Mršić, G., *Kazneno djelo povrede prava industrijskog vlasništva i neovlaštene uporabe tuđe tvrtke – Poseban osvrt na slučajeve iz sudske prakse*, Novi informator, Zagreb 2007., broj 5578-5579, str. 6-8.

⁵⁷ U tom smislu upućujemo na *Areas of Overlap between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law*, (Izvješće njemačke udruge za zaštitu intelektualnog vlasništva), vidjeti na mrežnoj stranici www.grur.de/cms/ posjećenoj 3. ožujka 2010.

⁵⁸ BGH GRUR 2005., 584 - Lila Postkarte vetering, vidjeti Izvješće njemačke udruge za zaštitu intelektualnog vlasništva, op. cit. u bilj. 57., str. 4.

4.3. Kvalificirani oblici kaznenih djela zbog povrede prava industrijskog vlasništva

Stavkom 4. istog članka Kaznenog zakona predviđen je kvalificirani oblik kaznenog djela povrede prava industrijskog vlasništva, kojeg obilježava pribavljanje znatne imovinske koristi ili počinjenje znatne štete, s tim da se traži neposredni umišljaj: da je počinitelj postupao radi pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete.

Usporedbe radi, njemačkim Zakonom o žigovima u članak 143. st. 2., predviđen je kvalificirani oblik kaznenog djela povrede žiga. Kvalificirani je oblik kaznenog djela kada je djelo počinjeno na način da je počinitelj postupao kao gospodarski subjekt, na gospodarski način, obrtimice (njem: *gewerbsmaessig*). Prema ovom shvaćanju za kvalificirani oblik kaznenog djela je bitno postupanje koje uključuje ponovljene povrede koje se čine obrtimice, s namjerom da si višekratnim činjenjem tih radnji počinitelj pribavi trajan izvor prihoda. Odnosno da se obrtimice bavi kriminalnom djelatnošću.⁵⁹

Ranije talijansko kazneno pravo kao kvalificirani oblik kaznenog djela povrede prava industrijskog vlasništva u članku 514. Kaznenog zakonika, navodi nanošenje štete nacionalnoj industriji stavljanjem u promet na domaćem ili inozemnom tržištu proizvode s krivotvorenim ili promjenjenim žigom.⁶⁰ Posljednjim izmjenama Kaznenog zakona,⁶¹ Italija je uz postojeći kvalificirani oblik kaznenog djela iz članka 514. Kaznenog zakona, propisala još jedan kvalificirani oblik kaznenog djela. Radi se o dopunjenom članku 474. ter. po kojemu kvalificirani oblik kaznenog djela „Krivotvorenja, promjene ili uporabe znakova razlikovanja intelektualnih ili industrijskih proizvoda“, predstavlja počinjenje kaznenog djela kroz organizirani kriminal.⁶²

Iz gore iznesenih primjera vidljivo je kako nacionalna zakonodavstva različito određuju kvalificirani oblik kaznenog djela povrede prava industrijskog vlasništva. Gledište o visini štete, odnosno protupravno stečene imovinske koristi, kao i činjenica da se povreda vrši obrtimice nisu u duhu predloženih rješenja Direktive. Ako se sagleda osnovna misao vodilja u Izmijenjenom prijedlogu Direktive, tada bi se u nacionalnim zakonodavstvima kao kvalificirani oblik ovog kaznenog djela mogla okarakterizirati ona kaznena djela koja su počinjena u okviru kriminalne organizacije, kao i ona kaznena djela povrede prava industrijskog vlasništva koja

⁵⁹ Vidi članak 143. st. 2., kao i Giefers, H.W., *Markenschutz*, 4. Auflage, R. Haufe Verlag, Freiburg, 1995. str. 151-152.

⁶⁰ Vidjeti više Sena, G., *Il Nouvo Diritto Dei Marchi, Marchio nazionale e marchio comunitario*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1998., str. 227.

⁶¹ Vidjeti Zakon br. 99. od 23.07.2009. objavljen na mrežnoj stranici www.Gazzettaufficiale.it/ posjećenoj 7. ožujka 2010.

⁶² O posljednjim izmjenama u talijanskom pravnom sustavu vidjeti više Troiano, G., *Modifiche al Codice della proprieta industriale ed al Codice penale*, objavljeno na mrežnoj stranici www.troiano.org/ posjećenoj 7. ožujka 2010.

predstavljaju opasnost za zdravlje ili sigurnost. Mišljenja smo naime, da sama visina štete, odnosno protupravno pribavljene imovinske koristi nije dovoljan element za kvalifikaciju navedenog djela, ali bi mogao biti mjerodavan prilikom izricanja kaznenih sankcija. Stoga se daje zaključiti da bi *de lege ferenda* radi potpune jasnoće i izbjegavanja mogućih nedoumica, prilikom sljedećih izmjena Kaznenog zakona bilo potrebno izvršiti usklađivanje u duhu Izmijenjenog prijedloga Direktive.

4.4. *Propisane kazne*

U pogledu kazni i drugih sankcija, usporedbom odredbi Kaznenog zakona s odredbama Izmijenjenog prijedloga Direktive može se zaključiti kako hrvatsko kazneno zakonodavstvo ima odgovarajući spektar mjera koje se uglavnom nalaze u općem dijelu Kaznenog zakona. Visine zapriječene kazne zatvora do tri godine, te za kvalificirani oblik kaznenog djela kazne zatvora od šest mjeseci do pet godina blizu je rješenja koja se predlažu Izmijenjenim prijedlogom Direktive. Usporedbe radi, njemačkim Zakonom o žigovima zapriječena je kazna zatvora do tri godine, dok je za kvalificirani oblik kaznenog djela predviđena kazna zatvora u trajanju do pet godina.⁶³ Talijanskim Kaznenim zakonikom člankom 473. predviđena je kazna zatvora do tri godine, dok je za kazneno djelo iz članka 473. ter. zapriječena kazna zatvora od dvije do šest godina. Istim zakonom za kvalificirano kazneno djelo povrede prava industrijskog vlasništva iz članka 514. kazna zatvora od jedne do pet godina.⁶⁴ Usporedbom s rješenjima drugih nacionalnih zakona glede visine zapriječene kazne zatvora može se zaključiti kako Republika Hrvatska ne odstupa od postojećih rješenja značajnijih država članica EU.

Glede visine novčanih kazni u promatranim zakonodavnim rješenjima očigledno je kako su iste u velikom nesrazmjeru s predloženim novčanim kaznama iz Izmijenjenog prijedloga Direktive. Postojeće rješenje o određivanju visine novčane kazne u dnevnim dohodcima kako je predviđeno člankom 51. Kaznenog zakona (deset do tri stotine dnevnih dohodaka, odnosno do pet stotina dnevnih dohodaka za kaznena djela iz koristoljublja) ili iznosom od 2.500 do 25.000 EUR za osnovno kazneno djelo, odnosno od 5.000 do 50.000 EUR za kvalificirani oblik kaznenog djela po talijanskom Kaznenom zakoniku,⁶⁵ daleko je od predloženih rješenja iz Izmijenjenog prijedloga Direktive.

4.5. *Sigurnosne mjere*

Člankom 4. st. 2. Izmijenjenog prijedloga Direktive predložen je širok spektar sigurnosnih mjera koje se mogu izreći u slučajevima povrede prava industrijskog vlasništva. Mjera uništenja dobara kojima se povrijeđuju (krše) prava industrijskog

63 Tako i Giefers, H. W., op. cit. u bilj. 59, str. 159.

64 Vidjeti više Sena, G., op. cit. u bilj. 60, str. 228.

65 Vidjeti supra str. 18, bilj. 62.

vlasništva, predviđena je člankom 80. Kaznenog zakona, po kojoj se pored kazne, kao dopunske sigurnosne mjere izriču oduzimanje ili uništenje predmeta koji su bili namjenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili su nastali počinjenjem kaznenog djela. Uz navedenu mjeru može se primijeniti i mjera oduzimanja imovinske koristi iz članka 82. Kaznenog zakona. Slično je rješenje predviđeno člankom 474. bis. talijanskog Kaznenog zakona po kojem je predviđena mjera oduzimanja predmeta koji su bili namjenjeni za počinjenje kaznenog djela kao i oduzimanje ostvarene imovinske koristi. Slično je rješenje predviđeno člankom 143. st. 5. njemačkog Zakona o žigovima.

Što se pak tiče mjera potpunog ili djelomičnog zatvaranja, stalnog ili privremenog, objekta korištenog za izvršenje kaznenog djela, stalne ili privremene zabrane sudjelovanja u trgovačkim aktivnostima, sudske likvidacije i zabrane pristupa državnim fondovima i potporama, primjena istih u hrvatskom pravnom sustavu moguća je temeljem Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (tt 15. – 21.).⁶⁶

S obzirom na to da u hrvatskoj pravnoj doktrini postoje neki prijepori glede mogućnosti objavljivanja sudskih odluka,⁶⁷ mišljenja smo da temeljem članka 83. Kaznenog zakona kao i članka 21. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, nema zapreka da bilo koja osuđujuća sudska odluka ne bude javno objavljena. S obzirom na karakter kaznenog djela u nekim slučajevima bi bilo poželjno objavljivanje takvih odluka s ciljem odvracanja od mogućih daljnjih počinjenja kaznenih djela. To bi se posebno odnosilo na slučajeve u kojima bi se izrekle primjerene zatvorske i novčane kazne. U prilog tezi o potrebi javnog objavljivanja sudskih odluka u postupcima zbog povrede prava industrijskog vlasništva može se navesti i odredba članka 143. st. 6. njemačkog Zakona o žigovima koja predviđa mogućnost javnog objavljivanja osuđujućih sudskih odluka. Da bi se takva sudska odluka objavila potreban je zahtjev oštećenog te nepostojanje drugih zakonskih zapreka.

Iz gore iznesenog je vidljivo da što se tiče mogućnosti izricanja sigurnosnih mjera Republika Hrvatska udovoljava svim postavljenim uvjetima u Izmijenjenom prijedlogu Direktive. Odnosno Republika Hrvatska ima jasno izraženu mjeru oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom, dok takva mjera nije izričito navedena u Izmijenjenom prijedlogu Direktive.

4.6. Zajednički istražni timovi

Člankom 7. Izmijenjenog prijedloga Direktive predviđena je obveza državama članicama da nositeljima prava industrijskog vlasništva ili njihovim predstavnicima dopusti sudjelovanje pri istragama koje provode zajednički istražni timovi. Ovakvo sudjelovanje oštećenika nije predviđeno u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, kao

⁶⁶ Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (Narodne novine, 151/03 i 110/07).

⁶⁷ O navedenom vidjeti Zlatović, D., op. cit. u bilj. 2., str. 1040.

ni u drugim nacionalnim zakonodavstvima, ali kao što je ranije navedeno ⁶⁸ postoje slučajevi u hrvatskoj praksi koji u stvari predstavljaju djelovanje takvih timova. Stoga bi hrvatski zakonodavac u cilju usklađivanja zakonodavstva *de lege ferenda* trebao i pravno uobličiti djelovanje ovakvih zajedničkih timova vodeći računa da prilikom djelovanja i rada ne dođe do povrede načela pravičnog vođenja postupka.

V. Zaključak

Najnovije tendencije u kaznenopravnoj zaštiti prava industrijskog vlasništva ukazuju na činjenicu kako razvijene zemlje EU, industrijsko vlasništvo vide kao jednu od glavnih poluga gospodarskog razvoja te ga nastoje maksimalno zaštititi. U tom smislu može se zaključiti kako i Republika Hrvatska slijedi takve tendencije, barem što se tiče zakonodavnog okvira. Analizom odredbi o povredama prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj sa srodnim odredbama nacionalnih zakona značajnijih država članica EU, vidljivo je da Republika Hrvatska slijedi postojeće europske tokove, odnosno da hrvatsko zakonodavstvo ni u čemu ne zaostaje od drugih nacionalnih zakonodavstva što se tiče kaznenopravne zaštite industrijskog vlasništva.

Iz ranije iznesenog proizlazi da je Republika Hrvatska gotovo u potpunosti uskladila kaznenopravnu zaštitu prava industrijskog vlasništva s Izmijenjenim prijedlogom Direktive. Stoga je za očekivati da stupanjem na snagu Izmijenjenog prijedloga Direktive, Republika Hrvatska kao i većina promatranih država članica, mogu lako uskladiti svoje propise sa predloženim rješenjima. U cilju potpune prilagodbe predloženim rješenjima Republika Hrvatska bi trebala *de lege ferenda* u narednom periodu ispraviti i uočene sitne nedostatke. Sukladno tomu potrebno je uskladiti sam naziv kaznenog djela opisanog u članku 285. na način da se u nazivu istakne radnja *krivotvorenja*, jer krivotvorenje najčešće predstavlja povredu ovih prava industrijskog vlasništva. Radi izbjegavanja mogućih nejasnoća bilo bi dobro „pojednostavniti“ odredbe o povredama prava industrijskog vlasništva u *lex specialis* propisima taksativnim navođenjem radnji koje predstavljaju povrede prava. Također bi kod osnovnog kaznenog djela, u duhu novih europskih tendencija, bilo potrebno kažnjavanje *pokušaja*.

Kod kvalificiranog oblika kaznenog djela nužno je izvršiti usklađivanje na način da kvalificirani oblik kaznenog djela povrede prava industrijskog vlasništva predstavljaju povrede počinjene pod okriljem kriminalne organizacije, kao i ona kaznena djela koja u sebi sadrže opasnost po zdravlje i sigurnost. Što se, pak, tiče zapriječenih kazni zatvora za počinitelje kaznenih djela, za očekivati je ujednačavanje visine zapriječene kazne za kvalificirani oblik kaznenog djela. U Republici Hrvatskoj, kao i drugim promatranim državama članicama, potrebno je povećanje visine zapriječene novčane kazne.

68 Vidjeti supra, str. 13., bilj. 35.

Što se pak tiče sigurnosnih mjera možemo zaključiti kako Republika Hrvatska čak ima širi spektar od onog predviđenog Izmijenjenim prijedlogom Direktive. Glede implementacije odredbi o Zajedničkim istražnim timovima mišljenja smo da bi trebalo pričekati sa donošenjem rješenja, odnosno da se pričeka stvaranje prakse na razini EU. Iz svega navedenog proizlazi kako je i postojeći sustav kaznenopravne zaštite u Republici Hrvatskoj zadovoljavajući, ali i dalje ostaje problem provedbe propisa u praksi. Glavni razlog takvog stanja jest u činjenici da se kriminalitet usmjeren protiv industrijskog vlasništva ne tretira kao „pravi kriminalitet“. Tomu doprinosi i činjenica da još uvijek u široj društvenoj zajednici nije dovoljno razvijeno shvaćanje gospodarskog značaja industrijskog vlasništva. Stoga je za očekivati da će tijekom procesa uključivanja u EU uskladiti „sitni nedostaci“ u kaznenopravnoj zaštiti industrijskog vlasništva, ali i ojačati shvaćanje značaja zaštite prava industrijskog vlasništva.

Ako bi se usudili prognozirati daljnji razvoj cjelokupne zaštite prava industrijskog vlasništva, a na temelju dosad uočenih tendencija ne isključujemo mogućnost da se u dogleđno vrijeme, uvažavajući osobitosti prava industrijskog vlasništva, formira posebno postupovno pravo (i građanskopravno i kaznenopravno) industrijskog vlasništva, sa specijaliziranim sudovima prava industrijskog vlasništva.

Summary

COMPATIBILITY OF CRIMINAL LEGAL PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY IN THE REPUBLIC OF CROATIA WITH PROTECTING TENDENCIES IN THE EUROPEAN UNION

More frequent infringements causing high damages to persons holding industrial property rights have influenced the intensified actions within the European Union in regard to the harmonisation of criminal legal protection in the field of industrial property rights. Subsequently, there has been an enactment of numerous legal acts and measures. The author in this article analyses current measures and acts and pays a special attention to the compatibility of Croatian legislation with recent tendencies implemented in the European Union. No matter the fact that Croatian legislation is highly harmonised in this field, the author emphasises the need “to implement small changes” which would completely harmonised the criminal legal protection of industrial property in the Republic of Croatia with the European Union Law.

Key words: criminal legal protection, industrial property, infringement of law, punishments, security measure.

Zusammenfassung

ANGLEICHUNG DES STRAFRECHTLICHEN SCHUTZES DES GEWERBLICHEN RECHTES IN DER REPUBLIK KROATIEN UND SCHUTZTENDENZEN INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION

Häufige Verletzungen des gewerblichen Rechtsschutzes und dadurch entstandene Schäden für Rechtsinhaber bewirkten ein verstärktes Engagement der Europäischen Union im Rahmen der Harmonisierung des strafrechtlichen Schutzes auf dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. Diesbezüglich sind eine Reihe Maßnahmen und Akte erbracht worden. In der vorliegenden Arbeit wird neben den vorhandenen Maßnahmen und Akten, die Angleichung der kroatischen Gesetzgebung mit den neuen Tendenzen innerhalb der Europäischen Union genau betrachtet. Obwohl die kroatische Gesetzgebung in diesem Bereich im Wesentlichen mit der europäischen harmonisiert ist, besteht noch die Notwendigkeit „kleinere Änderungen“ vorzunehmen, damit der strafrechtliche gewerbliche Rechtsschutz der Republik Kroatien im Ganzen dem Recht der Europäischen Union angepasst wird.

Schlüsselwörter: strafrechtlicher Schutz, Gewerblicher Rechtsschutz, Verletzungen, Strafen, Sicherheitsmaßnahmen.

Riassunto

ADEGUAMENTO DELLA TUTELA PENALE DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE IN CROAZIA ALLE TENDENZE DI PROTEZIONE NELL'UNIONE EUROPEA

Le sempre più frequenti violazioni del diritto della proprietà industriale con conseguenti ingenti danni ai titolari del diritto medesimo, hanno contribuito all'intensificazione dell'impegno dell'Unione europea ai fini dell'adeguamento della tutela penale nell'ambito della proprietà industriale; di qui l'emanazione di numerose misure ed atti. In questo contributo, accanto all'esame delle misure e degli atti esistenti, viene dedicata particolare attenzione all'adeguamento della legislazione croata alle nuove tendenze dell'Unione europea. Sebbene in questo settore la legislazione croata sia già notevolmente adeguata, nel lavoro viene rilevata l'esigenza di apportare «minori» modifiche, le quali permetterebbero un pieno adeguamento della tutela penale della proprietà industriale in Croazia al diritto dell'Unione europea.

Parole chiave: tutela penale, proprietà industriale, violazioni del diritto, sanzioni, misure di sicurezza.