

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 31

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 31,  
Br. 2, str. XII+671-1066, 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, 51000 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., dr. sc. Loris Belanić

*Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:*

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), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento/I)

*Lektura/Language Editing:* Dejana Golenko, prof. (za hrvatski), Martina Bajčić, prof. (za engleski), dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

*Korektura/Proofreading:* Tanja Kruneš (za hrvatski), dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

*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, 51000 Rijeka, Hrvatska, tel.: (051) 359-555, fax.: (051) 675-113

*e-mail:* zbornik@pravri.hr

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

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 2

RIJEKA, 2010.



## SADRŽAJ

### Članci:

*Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,*

Industrijske akcije kao sindikalna prava i slobode  
(izvorni znanstveni rad) ..... 671

*Romana Pacia,*

L'obbligazione alimentare nell'ordinamento giuridico italiano  
(izvorni znanstveni rad) ..... 703

*Mirela Šarac, Irena Stanić,*

Mandatum pecuniae credendae (izvorni znanstveni rad) ..... 753

*Maja Bukovac Puvača,*

Zahtjev pravičnosti kao temelj obveze naknade štete bez odgovornosti  
(izvorni znanstveni rad) ..... 789

*Sonja Cindori,*

Procjena stupnja rizika poreznih savjetnika u sustavu sprječavanja  
pranja novca (izvorni znanstveni rad) ..... 809

*Iva Radačić,*

Addressing the Sex/Gender Difference: An Inclusive Approach  
to Human Rights (izvorni znanstveni rad) ..... 829

*Vicko Prančić,*

Opasnost od rušenja zgrade (izvorni znanstveni rad) ..... 845

*Robert Blažević, Amina Alijagić,*

Rasno zakonodavstvo u fašističkoj Italiji, nacističkoj Njemačkoj  
i ustaškoj NDH (prethodno priopćenje) ..... 879

*Dorotea Ćorić,*

Treba li Republika Hrvatska ratificirati Atensku konvenciju  
iz 2002. godine? (pregledni znanstveni rad) ..... 917

*Tadija Bubalović,*

Postupanje višeg suda o žalbi protiv prvostupajnske kaznene presude  
(pregledni znanstveni rad) ..... 935

*Jasminka Pecotić Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić,*

Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu  
koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnog natjecanja  
(pregledni znanstveni rad) ..... 969

*Loris Belanić,*

Smjernica o osiguranju pravne zaštite i njezina implementacija  
u hrvatsko pravo (pregledni znanstveni rad) ..... 1019

## TABLE OF CONTENTS

### *Articles:*

<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Industrial Actions as Trade Union Rights and Freedoms .....	671
<i>Romana Pacia,</i> Alimentary Obligation in the Italian Legal Order .....	703
<i>Mirela Šarac, Irena Stanić,</i> Mandatum pecuniae credendae .....	753
<i>Maja Bukovac Puvača,</i> The Principle of Equity as a Basis for Obligation to Compensate the Damage Without Being Liable to Do So .....	789
<i>Sonja Cindori,</i> The Assessment of the Degree of Risk Attached to Tax Consultants in the Money Laundering Prevention System .....	809
<i>Iva Radačić,</i> Addressing the Sex/Gender Difference: An Inclusive Approach to Human Rights .....	829
<i>Vicko Prančić,</i> A Danger of Collapse of the Building .....	845
<i>Robert Blažević, Amina Alijagić,</i> Racial Legislation in the Fascist Italy, Nazi Germany and Ustasha Independent State of Croatia .....	879
<i>Dorotea Ćorić,</i> Is There a Need for the Republic of Croatia to Adopt the 2002 Athens Convention? .....	917
<i>Tadija Bubalović,</i> Procedural Actions of the Higher Court Following the Appeal against the First-Instance Judgment in Criminal Matters .....	935

*Jasminka Pecotić Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić,*

Structural and Behavioural Measures as a Condition  
for Implementation of Concentrations in the European  
and Croatian Competition Law ..... 969

*Loris Belanić,*

Directive on Legal Expenses Insurance and its Implementation  
in Croatian Law ..... 1019



## INHALT

### *Aufsätze:*

<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Der Arbeitskampf als Gewerkschaftrechte und Freiheiten .....	671
<i>Romana Pacia,</i> Unterhaltszahlungspflicht im italienischen Recht .....	703
<i>Mirela Šarac, Irena Stanić</i> Mandatum pecuniae credendae .....	753
<i>Maja Bukovac Puvača,</i> Der Billigkeitsanspruch als Grundlage der Schadensersatzpflicht ohne Haftung .....	789
<i>Sonja Cindori,</i> Risikobewertung von Steuerberatern im System der Geldwäschereiprävention .....	809
<i>Iva Radačić,</i> Sex - und Geschlechtsunterschiede überprüft: inklusive Ansatz zu Menschenrechte .....	829
<i>Vicko Prančić,</i> Einsturzgefahr von Gebäuden .....	845
<i>Robert Blažević, Amina Alijagić,</i> Rassengesetzgebung im faschistischen Italien, nazistischen Deutschland und im Ustascha-NDH .....	879
<i>Dorotea Ćorić,</i> Sollte das Athener Übereinkommen aus dem Jahre 2002 von der Republik Kroatien genehmigt werden? .....	917
<i>Tadija Bubalović,</i> Vorgehen des oberen Gerichtes in Berufung gegen ein erstinstanzliches Strafurteil .....	935

<i>Jasminka Pecotić Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić,</i> Strukturelle Massnahmen und verhaltensorientierte Lösungen als Bedingung für die Durchführung von Zusammenschlüssen im europäischen und kroatischen Wettbewerbsrecht .....	969
<i>Loris Belanić,</i> Richtlinie zur Rechtsschutzversicherung und ihre Umsetzung in das kroatische Recht .....	1019

## INDICE

### *Articoli:*

<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Le azioni industriali quali diritti e liberta' sindacali .....	671
<i>Romana Pacia,</i> L'obbligazione alimentare nell'ordinamento giuridico italiano .....	703
<i>Mirela Šarac, Irena Stanić</i> Mandatum pecuniae credendae .....	753
<i>Maja Bukovac Puvača,</i> Requisito di equità quale fondamento dell'obbligazione di risarcimento del danno senza responsabilità .....	789
<i>Sonja Cindori,</i> La valutazione del livello di rischio dei consulenti fiscali nel processo di prevenzione del riciclaggio di denaro .....	809
<i>Iva Radačić,</i> Risoluzione della questione delle diversita' connesse al sesso/genere: approccio inclusivo ai diritti umani .....	829
<i>Vicko Prančić,</i> Pericolo di rovina di edificio .....	845
<i>Robert Blažević, Amina Alijagić,</i> La legislazione razziale nell'Italia fascista, nella Germania nazista e nello Stato Indipendente di Croazia ustascia .....	879
<i>Dorotea Ćorić,</i> E' necessario che la Repubblica di Croazia ratifichi la Convenzione di Atene del 2002? .....	917
<i>Tadija Bubalović,</i> Il modo di procedere della Corte di più alto grado con riguardo all'impugnazione della sentenza penale di primo grado .....	935

---

*Jasminka Pecotić Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić,*

Misure strutturali e misure di monitoraggio dei comportamenti futuri  
quali condizioni per l'attuazione della concentrazione nel diritto  
della concorrenza europeo e croato ..... 969

*Loris Belanić,*

La direttiva sull'assicurazione della tutela legale  
e sua attuazione nel diritto croato ..... 1019

***Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)***



## INDUSTRIJSKE AKCIJE KAO SINDIKALNA PRAVA I SLOBODE

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor  
Vanja Smokvina, mag. iur., asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.109.32  
331.105.4.4  
Ur.: 17. rujna 2010.  
Pr.: 24. studenoga 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu autori razmatraju i analiziraju industrijske akcije kroz prizmu sindikalnih prava i sloboda, s posebnim osvrtom na štrajk kao najčešću vrstu industrijskih akcija sindikata, odnosno radnika.*

*Komparativnom metodom nastoji se analizirati i usporediti hrvatsko radnopravno zakonodavstvo s drugim pravnim sustavima, s naglaskom na njihove specifičnosti. Cilj je rada približiti i pobliže proanalizirati institut industrijskih akcija. U prvom dijelu rada dan je obiman uvod u sindikalna prava i slobode iz kojih se izvodi i pravo na industrijske akcije. U posljednjem dijelu rada razrađuju se pojedine industrijske akcije različite od štrajka, poput bojkota, detaljno ispunjavanje radnih obveza (eng. work to rule), usporavanja procesa rada (eng. go slow) te odbijanje prekovremenog rada.*

**Ključne riječi:** *industrijske akcije, sindikalna prava, sindikalne slobode, štrajk.*

### **1. UVOD**

U doba sveopće ekonomske krize u kojoj ni Republika Hrvatska nije izolirani primjer, dolazi do oštih sukoba u odnosu poslodavci - radnici, a u čemu veliku ulogu igra i Vlada, odnosno država. Radnopravni odnosi mogu se kvalitetno izučavati upravo u ovakvim situacijama društvenog sukoba i borbe za svoja prava. Uloga je sindikata u tome presudna. Pravo na industrijsku akciju, kao jedno od temeljnih prava radnika za zaštitu njihovih interesa od velikog je značaja i za sindikate i za društvo u cjelini.

U radu će se komparativnom metodom nastojati usporediti razni pravni sustavi i način njihova reguliranja pitanja sindikalnih prava i industrijskih akcija s posebnim naglaskom na štrajk kao najčešćoj industrijskoj akciji sindikata – radnika. Proučavanjem bogatstva različitosti koja je prisutna u navedenoj problematici,

nastojat će se dati slika hrvatskoga radnopravnoga sustava i razine njegova razvoja po navedenom pitanju. U situaciji ekonomske krize i mnogobrojnih pritisaka na radnopravni sustav Republike Hrvatske, navedeni će rad pomoći u stvaranju jasnije slike.

## **2. SINDIKALNA PRAVA I SLOBODE**

Sindikalna prava i slobode dio su sustava temeljnih sloboda i prava čovjeka.<sup>1</sup> Ta sloboda i prava imaju svoje titulare i oni to mogu, a ne moraju koristiti, ili bolje rečeno subjekt donosi „konačnu odluku o tome“.<sup>2</sup>

Sloboda udruživanja i osnivanja sindikata spada u „prvu generaciju ljudskih prava“<sup>3</sup>. Detaljnije uređenje prava na sindikalno udruživanje i sindikalnih prava, kao i prava na štrajk svrstano je u „drugu generaciju ljudskih prava“.<sup>4</sup> Ne zahtijevaju „nikakve posebne materijalne uvjete“. Izvode se iz prava na udruživanje radnika u profesionalne udruge i da samostalno provode aktivnosti (akcije) autonomno i bez odobrenja javnih vlasti. Na prostoru Europske unije, najznačajnije je udruženje sindikata ETUC (*European Trade Union Confederation*).<sup>5</sup>

Pravo na štrajk i druge industrijske akcije izvodi se iz Konvencije Međunarodne organizacije rada (dalje u tekstu: MOR) br. 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava, te u Konvenciji MOR-a br. 98 o pravu na organiziranje i slobodno kolektivno pregovaranje.<sup>6</sup> Navedene dvije konvencije obvezuju države

1 „Svatko ima ljudska prava bez obzira jesu li ona priznata u pravnom sustavu države čiji je državljanin i one ne mogu biti predmetom političkog pogađanja“, MATULOVIC, Miomir, *Ljudska prava*, ICR, Rijeka, 1992., str. 9.

2 Ibid, str. 10.

3 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima čovjeka, od 16.12.1966. godine, NN – Međ. ugovori br. 12/1993 (Službeni list SFRJ, 7/71), čl. 22.: „Svatko ima pravo na slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo osnivati sindikate ili im pristupati radi zaštite svojih interesa“.

4 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima čovjeka, od 16.12.1966. godine, NN – Međ. ugovori br. 12/93 (Službeni list SFRJ, 7/71), čl. 8.: „obveza država članica je da osiguraju: a) pravo svakoga da, radi unapređenja i zaštite svojih ekonomskih i socijalnih interesa, osniva sindikate i stupa u sindikat po svojem izboru, zavisno jedino od pravila odnosno organizacije... d) pravo na štrajk uz uvjet da bude vršeno u skladu sa zakonima odnosno zemlje“; vidi još i Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje i Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, Protokola o izmjenama Europske socijalne povelje i Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, NN – Međ. ugovori br. 15/02, 8/03.

5 ETUC je udruženje nacionalnih sindikalnih udruženja sa sjedištem u Bruxellesu, osnovano 1973. godine i predstavlja više od 60 milijuna članova, koji su članovi 81 nacionalnog sindikalnog udruženja iz 36 država. Savez samostalnih sindikata Hrvatske član je ovoga udruženja., vidi opširnije u BLANPAIN, Roger, *European Labour Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008., str. 136.-146.

6 O tomu opširnije u UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, *Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i TIM press, Rijeka, 2007.



članice MOR-a bez obzira jesu li ih ratificirale.<sup>7</sup> Međunarodna organizacija rada u Deklaraciji o temeljnim načelima i pravima na radu iz 1998. godine utvrdila je četiri seta prava radnika sadržana u osam „temeljnih“ konvencija MOR-a, te ih je proklamirala „srcem radničkog standarda“. Ona uključuju radničke slobode od zabrane prisilnoga rada, dječjega rada, diskriminacije u zaposlenju i obavljanju rada, do slobode udruživanja radnika i kolektivnog pregovaranja.<sup>8</sup> S tim u svezi, svakako treba navesti da i Europska socijalna povelja u članku 6. stavku 4. zahtijeva od država stranaka da „priznaju pravo radnika i poslodavaca na kolektivne akcije, uključujući i pravo na štrajk, koje su predmetom obveza koje mogu proizići iz prethodno zaključenih kolektivnih ugovora“.<sup>9</sup>

U području prava Europske unije (dalje u tekstu: EU), za Republiku Hrvatsku kao buduću članicu EU-a, svakako treba istaknuti značaj Povelje o temeljnim pravima EU-a<sup>10</sup>. Ona je stupanjem na snagu reformskog ugovora iz Lisabona 01. prosinca 2009. godine stupila na snagu i ima značaj na razini osnivačkih ugovora, kao primarnog prava EU-a.<sup>11</sup> U članku 28. Povelje o temeljnim pravima EU-a uređeno je pravo na kolektivno pregovaranje i akcije, što naglašava značaj i instituta kolektivnog pregovaranja i instituta industrijskih akcija kao legitimnog sredstva za zaštitu radničkih prava.<sup>12</sup> U Ugovoru o EU (dalje: UEU) i Ugovoru o funkcioniranju EU (dalje: UFEU), kao osnivačkim ugovorima Europske Zajednice, a sada Europske unije, kao primarnim izvorima prava EU-a, nije uređeno pitanje štrajka i industrijskih akcija, odnosno prava na udruživanje u sindikate.<sup>13</sup> U članku 153. UEU-a (bivši članak 137. Ugovora o EZ-a), u stavku 5. izričito je navedeno da su prava

7 HILGERT, Jeff, Mapping the Boundaries of Human Rights at Work – Questioning How the ILO Defines Labor Rights and Social Justice, *Labour Studies Journal*, Vol. 34 (2009), br. 1., str. 25.

8 Ibid. str. 24.

9 Europska socijalna povelja, sastavljena u Torinu, 18. listopada 1961. godine i Dodatni protokol sastavljen u Strasbourgu 5. svibnja 1988. godine, objavljeni u NN – Međ. ugovori br. 15/02, stupili su na snagu za RH s danom 23. ožujka 2003. godine, te Drugi protokol kojim se uspostavlja sustav kolektivnih žalbi, sastavljen u Strasbourgu 9. studenog 1995. godine, također objavljen u NN – Međ. ugovori br. 15/02, stupio je na snagu za RH s danom 23. ožujka 2003. godine.

10 Charter of Fundamental Rights of EU, OJ C364, od 18.12.2000. godine, vidi opširnije u BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, BARIĆ, Sanja, Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom, Organizator, 2002.

11 O tome opširnije vidi u ČAPETA, Tamara et al., Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor, ur. Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Narodne novine, Zagreb, 2009.; ČAPETA, Tamara, RODIN, Siniša, Osnove prava Europske unije, Narodne novine, Zagreb, 2010.

12 Povelja o temeljnim pravima EU: čl. 27.: „Radnici i poslodavci, ili njihova udruženja, imaju, sukladno pravo Europske zajednice (danas EU) i nacionalnog prava i prakse, pravo na pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora na odgovarajućim razinama i u slučaju sukoba interesa, pravo na poduzimanje kolektivnih akcija za zaštitu svojih interesa, uključujući pravo na štrajk“

13 Pročišćeni tekst UEU-a i UFEU-a po stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, OJ C 83/114 od 30.03. 2010, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:EN:PDF>.

na udruživanje, na štrajk, ali i na lock-out, isključena iz nadležnosti tijela EU-a kojima ista provode socijalnu politiku EU-a<sup>14</sup>. No, ipak treba skrenuti pozornost da je u članku 156. UEU-a (bivši članak 140. UEZ-a) određeno da će Europska komisija poticati suradnju između država članica i nastojati olakšati koordiniranje njihovih mjera u svim poljima socijalne politike, a osobito pravo na udruživanje i kolektivno pregovaranje između poslodavaca i radnika. Inače, valja naglasiti da je u EU uobičajeno koristiti pojam socijalni dijalog kao dijalog socijalnih partnera – poslodavaca i radnika, a u što su uključene i institucije EU-a.<sup>15</sup> Pitanje kolektivnih radnih sporova također je uređeno i Socijalnom poveljom Zajednice iz 1989. godine. Povelja prepoznaje „pravo na posezanje za kolektivnim akcijama u slučaju sukoba interesa, a što uključuje i pravo na štrajk, pod ograničenjima predviđenim nacionalnim zakonodavstvom i kolektivnim ugovorima“.<sup>16</sup> Kada govorimo o štrajku kao najčešćoj industrijskoj akciji, moramo skrenuti pozornost da primjerice u Italiji, Portugalu, Španjolskoj, Švedskoj, Grčkoj i Francuskoj štrajk ima karakter prava radnika, dok je u Austriji, Danskoj ili Ujedinjenom Kraljevstvu štrajk sloboda koja pripada radnicima, što je, svakako, „slabijeg“ značaja i intenziteta.<sup>17</sup> S obzirom na zakonodavnu tradiciju u području radnog prava glede štrajka, svakako je zanimljivo definiranje istoga kao slobode, a ne kao prava u svjetlu Povelje o temeljnim pravima EU-a, koja je, ponavljamo, u razini s osnivačkim ugovorima, dakle primarnim pravom EU-a.

Radna borba je legitimna (svi oblici zakonitih industrijskih akcija i pritisaka). Sindikati ju moraju voditi izuzetno, korisno, profesionalno i organizirano. Kada je riječ o štrajku, a time i za druge oblike industrijskih akcija, bitno je naglasiti da sindikati moraju ostvariti „pozitivno učenje“ iz uspješno provedenih štrajkova, odnosno povući pouku iz onih koji nisu uspjeli kako bi mogli ostvariti bolje rezultate pri drugim industrijskim akcijama i kako bi znali izbjeći neželjene pojave i samim time povećale strateške mogućnosti sindikata u odnosu na poslodavca.<sup>18</sup> Uloga sindikata u borbi za radnička prava nije samo organiziranje i provođenje industrijskih akcije. Ona je mnogo šira i kompleksnija. Primjerice, u Belgiji sindikati sudjeluju u provođenju socijalne sigurnosti i mirovinskom osiguranju organiziranjem nezaposlenih osoba i umirovljenika i borbi za njihova prava; imaju izuzetnog utjecaja u poticanju za zapošljavanje i dodatka premijama osiguranja u pojedinim granama

14 Čl. 151. UEU-a (bivši čl. 136. UEZ-a) uređuje socijalnu politiku EU-a, te se poziva na temeljna socijalna prava sadržana u Europskoj socijalnoj povelji iz 1961. godine i Povelji zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika iz 1989. godine za unaprjeđenje zapošljavanja, životnih i radnih uvjeta, odgovarajuću socijalnu zaštitu, dijalog između uprave (menadžmenta) i radnika kod poslodavca, te razvoj ljudskih resursa.

15 ŠOKČEVIĆ, Svetlana, Radni odnosi i uvjeti rada u pravu Europske Zajednice, IPROZ, Zagreb, 2008., str. 41

16 Europska socijalna povelja, op. cit., čl. 13.

17 BERCUSSON, Brian, European Labour Law, Cambridge University press, Cambridge, 2009., str. 328.

18 CHOI, Chung-II, Why and How are Some Strikes More Successful Than Others? Evidence From the Korean Banking Sector, Economic and Industrial Democracy, Vol. 29. br. 4., str. 472.

(poput graditeljstva); velika je njihova uključenost u društvena pitanja, primjerice u 80-im godinama prošlog stoljeća u mirovnom pokretu te 90-im godinama u borbi protiv rasne diskriminacije.<sup>19</sup> Sve je to samo dokaz, da uloga sindikata nije samo borba za prava radnika, već borba za dobrobit društva kao cjeline.

Socijalna država je država socijalne pravde i vladavine prava, kao najviših vrijednota ustavnog poretka. Pretpostavlja se poštivanje ustavom utvrđenih prava i sloboda. Sloboda i pravo na industrijsku akciju mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje.

Industrijske akcije i sporovi izravno su vezani uz sindikat i sindikalno pravo. Kolijevka prava na sindikalno organiziranje je Engleska gdje u drugoj polovici XIX. stoljeća sindikati stječu legitimitet posebnim zakonom (*Trade Union Act* – 1871. godine). Kao udruženja poslodavaca počinju se organizirati i jačati tek koncem XIX. i početkom XX. stoljeća u razvijenim kapitalističkim državama.<sup>20</sup> Kako bi industrijske akcije mogle biti organizirane, nužno je poštivanje određenog unaprijed propisanog postupka. Tako primjerice u pravu Ujedinjenog Kraljevstva (dalje u tekstu: UK) postoje stroga pravila koja uređuju organiziranje industrijskih akcija. Prvo sindikat koji namjerava organizirati neku industrijsku akciju mora sazvati skup radnika, a namjeravanu akciju mora podržati većina radnika. Drugo, poslodavci, kod kojih se organizira industrijska akcija, moraju biti obaviješteni o skupu radnika, njihovoj odluci i namjeravanoj industrijskoj akciji, jer u protivnom nema zakonske zaštite odgovornosti za članove sindikata.<sup>21</sup> Nažalost, iako se na prvi pogled navedena pravila čine jednostavnima, iz sudske prakse proizlazi da nije uvijek lako organizirati industrijsku akciju sukladno zakonskim odredbama i izbjeći negativne posljedice<sup>22</sup>. Potrebna je visoka razina znanja i vještina sindikalnih vođa, za uspjeh

19 MARTENS, Albert, PULIGNANO, Valeria, *Renewed Trade Union Militancy in Belgium? An Analysis Based on Expenditure from the Strike Fund (CWK/ACV) from the Period 1974-2004*, *Economic and Industrial Democracy*, Vol. 29, br. 4., 2008., str. 446.-447.

20 BUKLIJAŠ, Boris, BILIĆ, Andrijana, *Međunarodno radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta, Split, 2006., str. 66.

21 DUKES, Ruth, *The Right to Strike under UK Law: Not Much More than a Slogan?*, *Industrial Law Journal*, Vol. 39., br. 1., 2010., str. 83.

22 Vidi predmet *Metrobus Limited v. Unite the Union* pred UK Royal Court of Justice, presuda od 31.07.2009. godine, dostupna na: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/829.html>, posjećeno dana 17.06.2010.

U predmetnoj se pravnoj stvari radilo o situaciji u kojoj se sindikat trudio ispuniti svoje obveze o informiranju i obavještanju poslodavca *Metrobus Limited* o planiranju industrijske akcije, no u tomu nije uspio zbog nesporazuma vodećih ljudi u tom sindikatu koji nisu znali što im je točno činiti. Nakon što nisu uspjeli u kolektivnim pregovorima s poslodavcem u poboljšanju određenih odredaba ugovora i uvjeta za pojedine svoje članove, sindikat *Union* je putem jednog od svojih vođa obavijestio pismom odgovornu osobu – direktora poslodavca da će održati skup radnika radi mogućeg provođenja industrijske akcije. Po održavanju radničkog skupa, drugim pismom je o ishodu obaviješten opet direktor poslodavca i najavljen je štrajk koji će se održati devet dana kasnije. Po održavanju štrajka, *Metrobus Limited* nije popustio zahtjevima sindikata, te su oni pismom najavili održavanje drugog štrajka. No, kao odgovor na najavu štrajka, *Metrobus Limited* je podigao tužbu pred nadležnim sudom s obrazloženjem da je sindikat pozvao na nezakoniti štrajk i postavio je tužbeni zahtjev za naknadom štete.

tih akcija.

Značaj pitanja zaštite prava radnika nije izolirano pitanje. Kolektivnim se pregovaranjem nastoje riješiti postojeći problemi, na zadovoljstvo, koliko je to moguće, svih sudionika. Konačan ishod kolektivnog pregovaranja je kolektivni ugovor. Različitost interesa radnika i poslodavaca ne znači njihovu „nepomirljivu suprotnost“, odnosno trajno nerješavanje spora, jer novi gospodarsko-socijalni odnosi temelje se na „partnerstvu“, kod kojega temeljno značenje čine usklađivanje interesa i na taj način rješavanje sporova između nositelja rada i kapitala.<sup>23</sup> Svaki oblik industrijske akcije jeste kolektivni radni spor (spor između kolektivnih subjekata radnih odnosa), u pravilu poslodavca i sindikata, bez obzira kako su (ako su legalno) organizirani. Sadržaj industrijske akcije upućuje na kolektivni radni spor. Zakon o radu govori o „drugom obliku industrijske akcije“<sup>24</sup>, ako se ne radi o štrajku

---

Prvostupanjski je sud (*The High Court*) usvojio tužbeni zahtjev *Metrobus Limited*-a i dosudio naknadu štete. Na takvu presudu žalio se sindikat, te je drugostupanjski sud (*The Court of Appeal*) razmatrao argumente u žalbi sindikata da takvim postupanjem sindikat nije povrijedio zakon jer valja primijeniti statutarne norme, kao i odredbe *Human Rights Act* iz 1998. godine koje u čl. 3(1) traže da se odgovarajuće statutarne odredbe analiziraju u svjetlu čl. 11. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Koji su bili propusti sindikata i koje su odluke donijeli sudovi:

1) sindikat nije poštivao zakonsku obvezu da „u najkraćem razumnom praktičnom roku“ od održavanja radničkog skupa, održavanju i rezultatu skupa mora obavijestiti poslodavca, bez obzira je li donesena odluka da će se održati industrijska akcija ili ne. Prema mišljenju prvostupanjskog s kojim se složio i drugostupanjski sud, „trebalo je istoga dana obavijestiti poslodavca kada su rezultati bili poznati, te je to najkraći razumni praktični rok“;

2) sindikat je pogriješio u svojoj obvezi davanja potpunih podataka o radnicima koji su sudjelovali u radničkom skupu. Statutarne odredbe koje određuju obvezu sindikata da obavijeste poslodavca o skupu radnika, razlikuju obavijest u vidu liste radnika (kategorije radnika na koje se odnosi i njihova radna mjesta) i u obliku brojčanog iznosa (ukupnog broja radnika na koje se to odnosi, broj pojedine kategorije radnika i broj pojedinih radnih mjesta) ili samo u obliku obavijesti koja će poslodavcu omogućiti da zaključi koji je ukupan broj radnika koji su uključeni, njihovih kategorija, broj pojedinih kategorija i njihovih radnih mjesta, te broj pojedinih radnih mjesta. Navedene odredbe, nadalje razlikuju radnike od čije plaće poslodavac oduzima sredstva iz kojih se sindikat financira, od onih radnika kod kojih to nije slučaj. Sindikat je odredbe interpretirao na način da slobodno može odlučiti hoće li poslodavcu dati obavijest s listom i brojčanim iznosom ili samo u obliku općenite obavijesti. Sudovi su ustvrdili da sindikat ima pravo dati općenitu obavijest samo glede radnika od kojih se od plaće oduzimaju davanja za sindikat, ne i za druge radnike, jer za njih mora dati potpune podatke.

3) posljednji nedostatak se ogledao u pogreškama u broju radnika koji su sudjelovali u štrajku, ukupno zaposlenih radnika i radnika od kojih se od plaće oduzimaju davanja za sindikat. Prvostupanjski je sud presudio da je navedeni nedostatak bio ključan jer se zahtjeva točnost podataka. Drugostupanjski je sud preinačio odluku prvostupanjskog i ustvrdio da u pogledu radnika za koje je sindikat mogao dati općenitu obavijest, nije postojala obveza dati precizne podatke o radnicima. Precizne su podatke trebali dati o onim radnicima kojima se ne oduzimaju od plaće davanja za sindikat, a te su podatke sindikati dali precizno. Pogreška u broju radnika, prema mišljenju drugostupanjskog suda bila je slučajna pogreška, koja nikako nije bila odlučna činjenica.

23 VODOVNIK, *Zvone*, Poglavlja iz delovnega in socijalnega prava, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica, 2009., str. 97.

24 Zakon o radu, NN br. 149/09., čl. 270.

koji je, opet, jedan od oblika industrijske akcije.

U zakonodavstvu većina država članica Europske unije, kolektivni ugovori se definiraju kao formalni pisani sporazumi čije je obilježje reguliranje uvjeta rada posloprimaca.<sup>25</sup> Uz nužan zahtjev poštivanja načela zakonitosti, ali uvažavajući i potičući načelo slobode ugovaranja, u hrvatskom radnopravnom zakonodavstvu kolektivnim se ugovorima, po provedenom postupku kolektivnog pregovaranja, mogu ugovoriti i regulirati uvjeti rada, drugačiji od onoga zajamčenog ZOR-om. Iznimno je moguće ugovoriti i uvjete koji su nepovoljniji, ali samo ako ZOR ili drugi zakon na to izričito ovlašćuju. U slučaju neslaganja odredbi ZOR-a i odredbi kolektivnih ugovora ili pojedinačnih ugovora o radu, primjenjuje se ono što je za radnika povoljnije – načelo *in favorem laboratores*.<sup>26</sup> Situacija nije svugdje ista. U Francuskoj je, primjerice početkom 80-tih godina prošlog stoljeća opsežnim radnopravnim reformama, koje su poticale reguliranje radnopravnih pitanja na mikrorazini (pri pojedinom poslodavcu) između poslodavca i predstavnika radnika kod njega zaposlenih, dakle bez sudjelovanja nezavisnih sindikata kao udruženja šireg spektra radnika, došlo do situacija da su se sporazumima na razini poslodavca (*engl. firm-level agreement*) derogirala prava radnika sadržana u zakonu ili kolektivnim ugovorima više razine, i to na način koji je bio nepovoljniji za radnike, čime se narušilo načelo hijerarhije poštivanja prava radnika.<sup>27</sup>

Kada govorimo o kolektivnom pregovaranju, ono se može definirati u širem i užem smislu. U širem smislu kolektivno je pregovaranje postupak usuglašavanja koje uključuje svaku vrstu bipartitnih ili tripartitnih diskusija koje se odnose na radnopravna pitanja koja izravno ili neizravno pogađaju grupu radnika, a u čemu svoje mjesto može imati i država kao partner. U užem smislu kolektivno pregovaranje uključuje postupak pregovaranja između pojedinačnih poslodavaca ili predstavnika udruženja poslodavaca i predstavnika sindikata.<sup>28</sup> Treba istaknuti, da prema sadašnjem stupnju razvitka europsko kolektivno radno pravo je nedovoljno ujedinjeno i možemo govoriti o određenom stupnju partikularizma iz razloga što

25 BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, LALETA, Sandra, Posebnosti kolektivnog pregovaranja u europskome i hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka, Vol. 28., br. 1., 2007., str. 338.

26 Zakon o radu, cit.: Sloboda ugovaranja čl. 7.:

St. 1.: Poslodavac, radnik i radničko vijeće te sindikati i udruge poslodavaca, mogu ugovoriti uvjete rada koji su za radnika povoljniji od uvjeta određenih ovim ili drugim zakonom.

St. 2.: Poslodavac, udruge poslodavaca i sindikati mogu kolektivnim ugovorom ugovoriti uvjete rada nepovoljnije od uvjeta određenih ovim Zakonom, samo ako ih ovaj ili poseban zakon na to izričito ovlašćuje.

St. 3.: Ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno ugovorom o radu, pravilnikom o radu, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, kolektivnim ugovorom ili zakonom, primjenjuje se za radnika najpovoljnije pravo, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno.

27 Riječ je o opsežnim zakonskim promjenama iz razdoblja 1982.-1983. poznatim kao *fra. Lois Auroux*, *engl. Auroux Laws*, vidi opširnije u HOWELL, Chris, op. cit., str. 238.

28 BERNARD, Catherine, EC Employment law, Oxford University press, New York, 2006., str. 758.

ima područja kolektivnog pregovaranja koja su ostala u isključivoj nadležnosti država članica.<sup>29</sup> Kao najvažnije prednosti kolektivnog pregovaranja često se naglašava izbjegavanje dugih i skupih (kolektivnih) radnih sporova, olakšavanje transparentnosti i predvidivosti, kao i ravnoteža u pregovaračkim snagama obje strane koja omogućuje osiguranje uravnoteženog rezultata za obje strane i za društvo u cjelini.<sup>30</sup> Danas u svijetu postoje uglavnom dva sustava kolektivnog pregovaranja, s obzirom na kriterij razine pregovaranja (nacionalna – državna, regionalna – grane, grupacije, djelatnosti i razina tvornice – poslodavca i njegovog organiziranja – udruživanja).<sup>31</sup> No, imajući u vidu međunarodno radno pravo, treba također naglasiti da su s jedne strane postoje pravni sustavi poput onoga u Ujedinjenom Kraljevstvu gdje postoji presumpcija da kolektivni ugovori nisu pravno obvezujući. U drugim tzv. kontinentalnim sustavima (romansko-germanističkom sustavu) norme kolektivnih ugovora mogu imati karakter normi *erga omnes* ili pak mogu imati „prošireni“ učinak.<sup>32</sup> Prijedlog je da kolektivno pregovaranje treba trajati objektivno onoliko vremena koliko god postoji mogućnost postizanja dogovora, ali ipak to treba odrediti.

U mnogim državama političke situacije poput izbora, se često znaju prelamati upravo oko pitanja radnika i njihovih prava. Principi *common law* sustava temeljeni na tržištu rada predindustrijske revolucije usmjereni su prema radnicima koji traže načina popraviti ekonomsku neravnopravnost kolektivnim pregovaranjem. Stoga je uloga zakonodavca presudna kako bi se osiguralo ostvarenje prava na kolektivno pregovaranje.<sup>33</sup> Tako je primjerice u Australiji, na posljednjim parlamentarnim izborima 2007. godine, oporbena stranka sadašnjeg predsjednika vlade Kevina Rudda, pobijedila na izborima upravo zbog svojega programa novog sustava zaštite radničkih prava i reforme radnog zakonodavstva<sup>34</sup> iako je Australija 2005. godine prema Indeksu rasta bila na 10 mjestu najrazvijenijih država svijeta (iza SAD-a, Finske, Švedske i Norveške, a ispred primjerice UK-a).<sup>35</sup> Jedan od prvih poteza nove vlade bio je Zakon o pravednom radu (*The Fair Work Bill*) u kojemu je među ostalim ustanovljeno posebno sudbeno tijelo za reguliranje radnih odnosa (*Fair Work Australia*), značajno su izmijenjene odredbe o kolektivnom pregovaranju, odredbe o

29 BODIROGA, Nada, HORAK, Hana, A more liberal and economic, and a less social approach: The impact of recent ECJ rulings, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 4., br. 4, 2008., str. 56.

30 Loc. cit., opširnije vidi mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobs u predmetu *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* pred Europskim sudom C-67/96 [1996] ECR I-5751, p.181

31 UČUR, Marinko Đ., Kolektivno pregovaranje i proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora), *Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka*, Vol. 27., br. 1., str. 547.

32 BERNARD, Catherine, op. cit., str. 759.

33 ISAAC, Joe, Reforming Australian Industrial Relations?, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 49(3), str. 414.

34 Vidi opširnije u COOPER, Rae, Forward with Fairness? Industrial Relations under Labor in 2008, *Journal of Industrial Relations*, Vol 51(3), str. 285.-296.

35 ISAAC, Joe, op. cit., str. 418.

nezakonitom otkazu, industrijskim akcijama, pravo ulaska sindikata na radna mjesta itd.<sup>36</sup> Ovdje treba navesti da su tek 1993. godine u australsko zakonodavstvo uvedena opširnija pravila koja su regulirala kolektivno pregovaranje i općenito poticala takav način rješavanja sporova.<sup>37</sup> Iz prethodno navedenoga, može se zaključiti da su neke odredbe koje su sastavni dio radnopravnog zakonodavstva, poput pravila o kolektivnom pregovaranju ili zabrane preventivne industrijske akcije poslodavca (*lock-out*) koja je tek unazad dvije godine ušla u radnopravno zakonodavstvo visoko razvijene države poput Australije, kod nas prisutne već duže vrijeme. Nameće se zaključak visokoga standarda radnopravnih odnosa i radnopravnog reguliranja u Republici Hrvatskoj, koji se nikako ne bi smio pod izlikom globalne krize umanjiti ili još gore isključiti iz korpusa Zakona o radu i drugih *lex specialis* heteronomnih propisa, kao niti autonomnih propisa. Bio bi to teško nadoknativ gubitak razine radnopravnih odnosa koja se godinama gradila.

Radnici se moraju povezati u kolektivitet kako bi, iako slabija strana u radnom odnosu, mogli parirati poslodavcima, sve do štrajka i *lock-outa*. Pravo na udruživanje radnika u sindikate je pravo, kako je prethodno rečeno, zajamčeno konvencijom MOR-a br. 87, koja jamči slobodu udruživanja svim radnicima „bez ikakve razlike“.<sup>38</sup> Iako se navedeno čini razumljivim samo po sebi treba naglasiti da je primjerice u Sjedinjenim Američkim Državama u Nacionalnom zakonu o radnim odnosima iz 1935. godine bilo zabranjeno diskriminirati radnike u pravu

36 COOPER, Rae, op. cit. str. 289.: Zakon o pravednom radu Australije (*Fair Work Bill*) donio je Zastupnički dom 25. studenoga 2008. godine. Najznačajnije izmjene navedenog propisa, s obzirom na sadržaj ovoga rada, su bile sljedeće:

1) ustanovljeno je posebno nezavisno sudbeno nacionalno tijelo za odnose mjesta rada *Fair Work Australia* (dalje u tekstu: FWA) koje ima nadležnosti u osiguravanju minimalnih plaća i standarda uvjeta rada, poduzimanju pregovaranja, industrijskih akcija, rješavanja sporova, prestanka zaposlenja i drugih radnopravnih pitanja

2) Najznačajnije izmjene kod pregovaranja su:

- pregovaranje u dobroj vjeri predstavlja srce „sustava“;
- pregovaranje u dobroj vjeri uključuje (prisustvovanje, sastanke i sudjelovanje u sastancima; razmjenu relevantnih (ali ne i povjerljivih) informacija; odgovaranje i uzimanje u razmatranje prijedloga druge strane; suzdržavanje od inatljivih i nepoštenih postupaka koji umanjuju slobodu udruživanja ili kolektivno pregovaranje),
- stranke koje pregovaraju nisu obvezne pružati ustupke ili postizati sporazume,
- kao posljednja mogućnost mogu koristiti odluke FWA u rješavanju kolektivnih sporova,
- novi poticaj višeradničkom pregovaranju u sektoru s niskim primanjima (uključujući mogućnost odluke FWA),
- zabrana tzv. šablonskih kolektivnih pregovaranja koja se odnose samo općenito na plaće i uvjete rada i
- ukinuto je razlikovanje sindikalnih i nesindikalnih kolektivnih ugovora.

3) Industrijske akcije:

- koncept formalnog „razdoblja pregovaranja“ tijekom kojega se mogu poduzeti zaštićene mjere je ispušteno iz propisa i
- poslodavci više ne smiju poduzimati zakonite preventivne industrijske akcije u obliku *lock-outa*.

37 ISAAC, Joe, op. cit., str. 416.

38 UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, op. cit., str. 47.

na udruživanje u sindikate. S tom da određene skupine nisu uživale zaštitu poput radnika u poljoprivredi, radnika kod kuće, radnika zaposlenih u javnom sektoru, samozaposlenih osoba, članova akademske zajednice na privatnim sveučilištima, radnika u vjerskim školama i dr.<sup>39</sup> S druge pak strane, dolazimo do čiste suprotnosti. Primjerice Francuska doživljava situaciju najniže razine sindikalnog kolektiviteta u razvijenom kapitalističkom društvu od svega 8 posto radnika ukupno, odnosno svega 5 posto radnika u privatnom sektoru i to još u situaciji u kojoj su gotovo svi radnici obuhvaćeni kolektivnim ugovorima i velika većina njih uživa zaštitu nesindikalnog predstavništva unutar poslodavca (poput radničkih vijeća koja skrbe za interese radnika kod određenog poslodavca).<sup>40</sup>

Da je pitanje ostvarivanja prava radnika na udruživanje jedno od temeljnih ljudskih prava, prepoznato je i u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>41</sup> (dalje u tekstu: Europska konvencija o ljudskim pravima) koja pravo na slobodu udruživanja s drugim, te osnivanja sindikata i pristupanja istima radi zaštite interesa jamči u članku 11.<sup>42</sup> Novijom sudskom praksom Europski sud za ljudska prava je priznao da članak 11. štiti i slobodu kolektivnog pregovaranja<sup>43</sup>, ali i pravo na štrajk o čemu se u nastavku obrazlaže.

Česti su sukobi koji se javljaju u odnosu država-sindikati, pogotovo u slučaju kada država nastoji spriječiti određene vidove sindikalnih akcija, poput štrajka koje ista smatra nezakonitim. Tako se primjerice pred Europskim sudom za ljudska prava našao predmet *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*<sup>44</sup>, odluka objavljena 21. travnja 2009. godine, u kojemu je Europski sud za ljudska prava suprotno dotadašnjoj praksi ustvrdio da članak 11. štiti pravo na štrajk. Naime, u navedenoj je odluci

39 HILGERT, Jeff, op. cit., str. 26.

40 HOWELL, Chris, *The Transformation of French Industrial Relations: Labor Representation and the State in the Post-Dirigiste Era*, Politics&Society, Vol. 37., br. 2., 2009., str. 230.-233.

41 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i prateći protokoli NN – Međ. ugovori, br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, vidi opširnije u GOMIEN, Donna, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007.; GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospectus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

42 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, op. cit., čl. 11.:

St. 1.: Svatko ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo osnivati sindikate ili im pristupati radi zaštite svojih interesa.

St. 2.: Ne mogu se postavljati nikakva ograničenja ostvarivanju tih prava, osim onih koja su propisana zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovaj članak ne zabranjuje nametanje zakonskih ograničenja u ostvarivanju tih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili uprave.

43 Odluka Velikog Vijeća Europskog suda za ljudska prava: *Demir and Baykara v. Turkey*, objavljena dana 12.11.2008. godine, dostupno na:

[http://www.ictu.ie/download/pdf/case\\_of\\_demir\\_baykara\\_v\\_turkey\\_apr\\_09.pdf](http://www.ictu.ie/download/pdf/case_of_demir_baykara_v_turkey_apr_09.pdf), posjećeno dana 16.06.2010. godine

44 Odluka Vijeća Europskog suda za ljudska prava : *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, objavljuje-na dana 21.04.2009. godine, dostupno na: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=68959/01&sessionId=55497937&skin=hudoc-pr-en>, posjećeno dana 16.06.2010. godine.



sud jednoglasno utvrdio da je Turska prekršila članak 11. Europske konvencije o ljudskim pravima, o slobodi na okupljanje i udruživanje. *Enerji Yapi-Yol Sen* je sindikat javnih službenika koji obavljaju poslove uknjižbe nekretnina, poslove u energetici, uslugama infrastrukture, izgradnji prometnica. Navedeni je sindikat osnovan 1992. godine, a član je Udruženja sindikata javnog sektora. U travnju 1996. godine nadležno tijelo turske vlade u čiju nadležnost spadaju poslovi javnih službenika izdalo je okružnicu kojom je zabranjeno zaposlenicima u javnom sektoru sudjelovanje u jednodnevnom nacionalnom štrajku u organizaciji Udruženja sindikata javnog sektora. Taj se štrajk vodio radi osiguranja prava na kolektivne ugovore. Članovi sindikata, koji su unatoč zabrani sudjelovali u štrajku, disciplinski su kažnjeni. Turski su sudovi odbili traženja sindikata da se takva odluka turske vlade proglasi nezakonitom s obrazloženjem da takva odluka ima ulogu podsjetiti javne službenike na zakonodavne odredbe koje reguliraju ponašanje koje se od njih očekuje. Europski sud za ljudska prava u obrazloženju svoje odluke naveo je: „*pravo na štrajk nije apsolutno pravo i podložno je određenim uvjetima i ograničenjima, no zabrana sudjelovanja u štrajku se može odnositi na pojedine radnike u javnim službama, a nikako na sve javne službenike ili djelatnike u državnim službama s gospodarskim ili industrijskim karakterom*“. Također, sud je naglasio da „*nema dokaza da je jednodnevni štrajk na nacionalnoj razini bio nezakonit, a članovi sindikata koji su sudjelovali u štrajku su samo ostvarivali svoje pravo na slobodu mirnog okupljanja. Disciplinske mjere koje su primijenjene na učesnike u štrajku imaju učinak obeshrabiliti članove sindikata i druge osobe u ostvarivanju njihova legitimnog prava na jednodnevni štrajk ili druge mjere usmjerene na zaštitu svojih članova. Prema mišljenju Suda, Turska vlada nije sudu podnijela nikakve uvjerljive dokaze kojima bi opravdala nametnuta ograničenja i njihovu nužnost.*“

Osim, prethodno navedenog i Europski sud<sup>45</sup> u nekim od najznačajnijih presuda novijeg razdoblja i to u predmetu *Viking* ustvrdio je „*da pravo na poduzimanje kolektivnih akcija, uključujući pravo na štrajk, mora biti... priznato kao temeljno pravo koje tvori integralni dio općih načela prava Zajednice*<sup>46</sup>, ... no isto je podložno

45 Kako bi čitateljima bilo jasnije riječ je o Europskom sudu Europske unije s sjedištem u Luksemburgu, koji je prije stupanja na snagu reformskog ugovora iz Lisabona imao naziv Europski sud pravde (engl. European Court of Justice), iako je češće korišten naziv Europski sud, koji je sada i službeni naziv te sudske instance, vidi opširnije ČAPETA, Tamara, et al., *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor*, ur. Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Narodne novine, Zagreb, 2009.; ČAPETA, Tamara, RODIN, Siniša, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010.

46 Po stupanju na snagu Lisabonskog ugovora, Zajednicu je zamijenila Europska unija koja je stekla pravnu osobnost, te Zajednicu sada valja zvati ispravno Europskom unijom, vidi opširnije ČAPETA, Tamara, et al., *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor*, ur. Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Narodne novine, Zagreb, 2009.; ČAPETA, Tamara, RODIN, Siniša, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010.

ograničenjima.<sup>47</sup> U predmetu *Laval*<sup>48</sup> Europski je sud ponovno upotrijebio test proporcionalnosti korišten u predmetu *Viking*, te je naveo da kolektivna akcija za zaštitom radnika dotične države od tzv. „socijalnog dumpinga“ može predstavljati opravdani razlog javnog interesa, koji u pravilu opravdava ograničenje jedne od temeljnih sloboda. No u predmetnom slučaju akcija sindikata se ne nije mogla opravdati zbog pogriješne implementacije Direktive o izaslanim radnicima (*The Posting of Workers Directive*).<sup>49</sup> Navedene je presude nužno detaljno analizirati kako bi se shvatila pozadina ovakvih odluka.<sup>50</sup> Ono na što se skreće pozornost jest da je Europski sud prepoznao pravo na štrajk u kontekstu u kojem služi kao obrana na navode poslodavaca kako se njihova prava na slobodu kretanja krše akcijama sindikata.<sup>51</sup>

Ono što je zanimljivo Europski sud je u navedenim odlukama mišljenja da članak 11. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava ne uključuje i pravo na štrajk. Kako je prethodno navedena odluka Europskog suda za ljudska prava *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* novijega je datuma, zanimljivo je različito tumačenje dvaju sudova, no ono ne smije i ne treba čuditi, kada je do sada i praksa Europskog suda za ljudska prava bila na tragu stava izraženog u predmetu *Viking*. Povrh svega prethodno navedenoga ovdje se mora naglasiti da je stupanjem na snagu reformskog ugovora iz Lisabona otvorena mogućnost da Europska unija, pristupi Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava.<sup>52</sup>

U radnom pravu jasno su izraženi kolektivni interesi radnika. Industrijskim akcijama žele se ostvariti radnički interesi i zahtjevi (traženja). Upravo su kolektivni interesi radnika primarni, te se ponekad, kao primjerice u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje u tekstu: SAD), može postaviti pitanje koji su to interesi koji se štite? Naime, po pravu SAD-a, prava radnika na kolektivno pregovaranje zajamčena su jedino ako većina radnika kod nekog poslodavca podrži pojedini sindikat, koji onda može ići u ostvarivanje prava iz kolektivnog pregovaranja.<sup>53</sup> Moguće su čak situacije da postoje, npr. dva sindikata s podrškom od 49% radnika, koji zajedno imaju podršku 98% radnika, no ne mogu zbog navedene doktrine „ekskluzivnog predstavnštva“, koja potječe iz 30-ih godina prošlog stoljeća, štiti prava iz

47 Predmet C-438/05 *ITWF v Viking Line*, [2008], IRLR 143,,: „Europski sud priznaje pravo na poduzimanje kolektivne akcije, uključujući pravo na štrajk kao temeljno pravo koje čini integralni dio općih načela prava Zajednice. Ipak, ovo pravo može biti ograničeno, kako je i sadržano u članku 28. Povelje temeljnih prava EU-a koje kaže da se treba štiti u skladu s pravom Zajednice i nacionalnim zakonodavstvom i praksom. Nadalje, izvršavanje toga prava može biti subjektom određenih ograničenja“, vidi opširnije u BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, HORAK, Hana, op. cit., str. 68.

48 Predmet C-341/05 *Laval Un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, [2008], IRLR 160.

49 BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, HORAK, Hana, op. cit., str. 69.

50 Ibid., str. 49.-74.

51 DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009., str. 950.

52 Vidi opširnije u ČAPETA, Tamara, et al., op. cit.

53 HILGERT, Jeff, op. cit., str. 28.

kolektivnog pregovaranja.<sup>54</sup> Navedena je doktrina uključena u glavi 9(a) Wagnerova zakona, gdje je izričito utvrđeno da „predstavnici određeni ili izabrani od strane većine radnika za kolektivno pregovaranje... su jedini ovlašteni predstavnici svih radnika pri tom poslodavcu za svrhu kolektivnog pregovaranja“.<sup>55</sup> Na taj način, dolazi do zlouporabe ove doktrine poslodavaca, koji poticanjem razjedinjenja sindikata, onemogućavaju radnike u ostvarivanju njihovih prava. Ovakvo je uređenje u pravu SAD-a dovelo do tužbe šest sindikata koji su se obratili MOR-u sa zahtjevom da se priznaju prava iz kolektivnog pregovaranja i radnicima u manjini. Vijeće eksperata MOR-a je odgovorilo da ekskluzivno predstavništvo samo po sebi ne krši pravo radnika na udruživanje, ali ako niti jedan sindikat ne zastupa više od 50% radnika, prava kolektivnog pregovaranja moraju biti zajamčena svim sindikatima, barem u korist njihovih članova.<sup>56</sup>

Na tržištu rada razlike i suprotstavljeni interesi dolaze do većeg izražaja. To treba urediti i interesno zadovoljiti subjekte tih odnosa. Slabiji položaj radnika proizvodi brojne ekonomske, socijalne, psihološke i pravne posljedice i stanja, često nečovječna i u određenim dimenzijama protupravna.

Neizvjesnost na tržištu rada smeta svakom od socijalnih partnera: državi, poslodavcima i sindikatima. Radnici krive državu, ali prvenstveno poslodavce za svoj status – radni, ekonomski, socijalni i dr. Ovdje treba naglasiti da uloga države nije uopće zanemariva, te je ista sa zakonodavnom moći vrlo bitan čimbenik i nije nužno da se državu tretira kao „neprijatelja“ sindikata. Primjerice u Francuskoj, 70-ih godina prošloga stoljeća, u situaciji u kojoj nije bilo kvalitetne zaštite radnika u privatnom sektoru, država je postala odlučni čimbenik u reguliranju tržišta rada. Pravilima o agresivnom očuvanju minimalne plaće, administrativnom dopuštenju u slučaju otkaza, izdašnim naknadama za nezaposlene, te ugovorima o plaćama u javnom sektoru, postala je „borac“ za prava radnika, umjesto sindikata i kolektivnih ugovora čija je to uloga.<sup>57</sup> Država ne smije zaboraviti svoju ulogu, a to je ostvarenje gospodarskoga prosperiteta, koji se ne može ostvariti ako svi čimbenici u radnopravnim odnosima i na makrorazini i na mikrorazini nisu ostvareni.

Sada se to stavlja u pravni okvir: osnivanje poslodavaca i sindikata i njihovih udruuga, kolektivitet snaži. Udruživanje radnika i poslodavaca provodi se zbog zaštite kolektivnih i individualnih prava kroz udruge. Pregovori se provode u udrugama i posredstvom udruuga. Socijalni dijalog između nositelja različitih interesa je proces i odnos složenoga karaktera. Iznalaženje kompromisnih rješenja cilj je pregovora.

Socijalni mir ili radni mir znači suzdržavanje od industrijskih akcija dok se provodi dogovor iz akata, prvenstveno kolektivnih ugovora stranaka, traje do trajanja

54 Loc. cit.

55 The National Labour Relations Act, 29 U.S.C. 141 et seq. (1935). – The Wager Act: section 9(a): “Representatives designated or selected for the purposes of collective bargaining by the majority of the employees . . . shall be the exclusive representatives of all the employees in such unit for the purposes of collective bargaining.”

56 HILGERT, Jeff, op. cit., str. 28.

57 HOWELL, Chris, op. cit., str. 235.

kolektivnog ugovora u kome je utvrđen socijalni mir, pod uvjetom da se potpisano poštuje i provodi. Zanimljivo je da su moguće situacije u kojima po okončanju kolektivnog pregovaranja dođe „gospodskog dogovora“ dviju strana, udruga radnika i udruga poslodavaca, kojim svaka strana zadržava neke svoje interese, no od drugih odustaje.<sup>58</sup>

Nepovredivost prava na štrajk ne može se zanemariti i potpuno isključiti. Neki autori kažu da je to izbjegavanje bilo kojeg oblika radne borbe, bez obzira o kojem se pitanju radi. Međutim, pravilnije je tumačiti da se socijalni mir odnosi „samo na pitanja koja su obuhvaćena odnosnim kolektivnim ugovorom...“ u kome je utvrđen socijalni mir.

Rješavanje sporova jedna je od funkcija prava udruživanja, a to su : pregovori, posredovanje i arbitraža.

No, „socijalni mir“ u bilo kakvim okolnostima nije „radni“, odnosno „socijalni mir“. Štrajk i druge industrijske akcije slom su pregovaranja.

### **3. ŠTRAJK I DRUGI OBLICI INDUSTRIJSKIH AKCIJA**

Štrajk i lock out, kao i svaka industrijska akcija ima svoje rizike, prvenstveno ekonomske, ali i pravne. Svi oblici industrijskih akcija usmjereni su na ostvarivanje interesa onog subjekta (subjekata) koji tu akciju poduzimaju. Interesi se iskazuju kao prava i obveze u specifičnim pravnim odnosima: individualnim i kolektivnim radnim odnosima. Ipak, mirnom rješenju spora treba dati prednost u odnosu na štrajk i druge oblike industrijskih akcija, jer je ono uvijek bolja mogućnost, naravno ukoliko je ostvariva.

#### **3.1. Štrajk kao najčešća industrijska akcija radnika**

Kako bi se lakše mogli razumjeti oblici industrijskih akcija, prethodno je nužno reći nešto o štrajku. Naime, već je spomenuto da je štrajk najčešća industrijska akcija koju poduzimaju radnici organizirani u sindikate kako bi pokušali ostvariti svoje interese i zaštitili neka svoja prava.

Kako je na razini Republike Hrvatske uređeno pitanje štrajka odnosno industrijskih akcija? U Ustavu Republike Hrvatske u odredbi članka 61. stavka 1. navedeno je „jamči se pravo na štrajk“, čime se Republike Hrvatska svrstala u red

<sup>58</sup> Primjerice u Belgiji je 2002. godine sklopljen „gospodski sporazum“ (*engl. gentleman's agreement*) između belgijske udruge poslodavaca i tri najveća sindikata, kojim su poslodavci preuzeli obvezu povlačenja tužbi protiv radnika koji su sudjelovali u industrijskim akcijama. Sindikati su odustali od organiziranja masovnih štrajkova koji bi trajali više dana, te su se orijentali na štrajkove s većom koncentracijom radnika u svega par dana, koja suse pokazala na koncu možda čak i učinkovitijim od višednevnog štrajka, jer se masovna akcija od nekoliko dana u pravilu „razvodni“, vidi opširnije u MARTENS, Albert, PULIGNANO, Valeria, op. cit., str. 451.

država poput Francuske ili Portugala koje priznaju štrajk kao ustavnu kategoriju.<sup>59</sup> O drugim industrijskim akcijama nema ništa, ali se može posredno izvesti iz odredbe članka 60. o pravu zaposlenih „osnivati sindikate i slobodno u njih stupati i iz njih istupati radi zaštite svojih gospodarskih i socijalnih interesa“.<sup>60</sup>

U hrvatskom pravnom sustavu, pitanje štrajka, odnosno kolektivnih radnih sporova preciznije se regulira Zakonom o radu<sup>61</sup> (dalje u tekstu: ZOR), u glavi XVIII. Sindikati i udruge poslodavaca (članci 226. – 252.), glavi XIX. Kolektivni ugovori (članci 253. – 268.) i glavi XX. Štrajk i rješavanje kolektivnih radnih sporova (članci 269. – 284.). Inače, ovdje valja naglasiti da ZOR i drugi zakoni o njegovim izmjenama i dopunama ne predstavljaju organske zakone, prema stajalištu Ustavnog suda Republike Hrvatske<sup>62</sup>. Prava koja su uređena ZOR-om, Ustavom su svrstana u socijalna prava, u odjeljku 3. Glave III. Ustava pod nazivom Gospodarska, socijalna i kulturna prava.

U članku 270. stavku 1. ZOR-a propisano je „U slučaju spora koji može dovesti do štrajka ili drugog oblika industrijske akcije, mora se provesti postupak mirenja propisan ovim Zakonom, ako strane spora nisu dogovorile neki drugi način njegovog mirnog rješavanja“.

Pravo na industrijsku akciju pravo je pojedinog radnika, koje se manifestira i realizira kolektivno u organizaciji sindikata. To su legalne akcije. Njima se poslodavcu nanosi šteta, jer se za to vrijeme ne proizvodi, ne pružaju se usluge, ne realizira se druga djelatnost, sredstva ne rade i ne održavaju se, nema razmjene i zarade.

U zakonodavstvu Republike Hrvatske ne nalazimo zakonsku definiciju štrajka. Zakon govori o štrajku kao jednom od oblika industrijske akcije<sup>63</sup>. U teoriji štrajk je definiran kao: „industrijska akcija radnika koji prekidom rada pokušavaju iznuditi od poslodavca ili neke druge osobe određeni ustupak u vezi s njihovim zajedničkim interesima.“<sup>64</sup>, to je „najizrazitija i najznačajnija industrijska akcija radnika i njihovih sindikata“<sup>65</sup>, kojom se „vrši pritisak na poslodavce da u pregovorima pristanu na ostvarivanje i unapređenje gospodarskih i socijalnih interesa radnika (bolji uvjeti rada, veća plaća i sl.)“<sup>66</sup>. Štrajk se može definirati sa stajališta pravnih sustava EU-a kao: obustava rada koju organiziraju i uglavnom kolektivno provode

59 ISAAC, Joe, *Reforming Australian Industrial Relations?*, Journal of Industrial Relations, Vol. 49(3), str. 431.

60 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01 i 85/10.

61 Zakon o radu, NN br. 149/09.

62 Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-2788/2003 od dana 22. prosinca 2004. godine, NN br. 6/05, vidi opširnije u POTOČNJAK, Željko, *Radni odnosi u ustavnosudskoj praksi*, Pravo u gospodarstvu, Vol. 44, br. 4, 2005., str. 317.

63 Zakon o radu, cit., čl. 270.

64 POTOČNJAK, Željko, *Pravo na štrajk*, Pravni fakultet u Zagrebu i Savez samostalnih sindikata Hrvatske, Zagreb, 1992., str. 65.

65 UČUR, Marinko Đ., SMOKVINA, Vanja, *Zakon o radu i druga vrela radnog prava*, Veleučilište Nikola Tesla, Gospić, 2010., str. 141.

66 UČUR, Marinko Đ., *Radno pravo*, Express digital tisak, Rijeka, 2001., str. 158.

radnici, na temelju vrlo preciznoga cilja, odnosno svrhe, a koji može biti vršenje pritiska na poslodavca ili treću osobu kako bi se poduzela određena akcija (ili kako bi se suzdržalo od nje), ponekad je riječ o podržavanju prethodnih zahtjeva radnika, kolektivnih radnih sporova, zaštite promicanja financijskih ili općih radničkih interesa, potpisivanja kolektivnog ugovora ili pak zbog posebnih interesa određene profesije.<sup>67</sup>

Iako je gotovo nemoguće izvesti neku posve čistu idealno-tipsku podjelu, budući da se mnogi elementi isprepliću, pa jedan štrajk istodobno spada u različite kategorije. Ipak, štrajkove se s obzirom na ciljeve dijeli na političke, profesionalne (ekonomske) i štrajkove solidarnosti. S obzirom na način vršenja, tj. ostvarivanja isti dijele na: zakonite (legitimne) i nezakonite (nedozvoljene) štrajkove, štrajkove upozorenja, štrajkove iznenađenja, isprekidane štrajkove, kružne štrajkove, štrajkove s okupacijom mjesta rada, organizirane i neorganizirane (divlje) štrajkove, djelomični i generalni štrajk (različite širine).<sup>68</sup>

O štrajku je sudska praksa u nekoliko navrata odlučivala, te svojim odlukama pomaže u tumačenju odredaba Zakona<sup>69</sup>. Prije novele ZOR-a iz 2001. godine sudska je praksa razlikovala kolektivne interesne radne sporove u svezi s kojima je bio dopušten štrajk od pravnih sporova o isplati plaće i naknade plaće<sup>70</sup>. No, nakon navedene novele već više od 9 godina razlikujemo dopuštene štrajkove. Cilj im je iznuđivanje ustupaka u kolektivnim interesnim radnim sporovima te, iznimno, u kolektivnim pravnim radnim sporovima u vezi s isplatom plaća. Odnosno nedopuštene štrajkove kojima je cilj iznuđivanje ustupaka u individualnim pravnim sporovima, ali nije u vezi s ostalim kolektivnim pravnim radnim sporovima.<sup>71</sup> Štrajk ne smije započeti prije okončanja postupka mirenja kada je takav postupak predviđen ZOR-om, odnosno prije okončanja drugog postupka mirnog rješenja spora o kojem su se stranke sporazumjele<sup>72</sup>. No, ovdje se skreće pozornost na nedavnu sudsku praksu Ustavnoga suda Republike Hrvatske, koji je u svojoj odluci naglasio razliku obvezatnosti kolektivnog ugovora i njegove primjene, što ima utjecaja na prava osoba koje nisu vezane kolektivnim ugovorom „*da mogu poduzeti*

67 HERMAN, Vilim, Pravo na štrajk u državama članicama Europske unije, Pravni vjesnik, Vol. 19 (1-2), 2003., str. 325.

68 BUKLIJAŠ, Boris, Kolektivno radno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta, Split, 2006., str. 130.-142.

69 Zakon o radu, cit.: Štrajk je uređen u Glavi XX. u odredbama čl. 269.-284.

70 Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 25/99, od dana 11. kolovoza 1999. godine: „štrajk je pravno dopušten samo u slučaju takvog kolektivnog spora koji proizlazi iz sukoba interesne naravi o pitanju koje nije pravno uređeno, a reguliranje tog pitanja može biti predmetom kolektivnog ugovora.“, a u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 3/97, od dana 17. travnja 1997. godine bilo je odlučeno da: „nije dopušten u slučaju povrede pojedinačnog prava iz radnog odnosa koja su već pravno regulirana i za čiju povredu je osigurana sudska zaštita“.

71 DIKA, Mihajlo, POTOČNJAK, Željko, GOTOVAC, Viktor, Radni sporovi, str. 722-723, u CRNIĆ, Ivica, et al., Radni odnos u Republici Hrvatskoj, ur. POTOČNJAK, Željko, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb, 2007.

72 Zakon o radu, cit., čl. 269. st. 3.

*štrajk ili drugu industrijsku akciju i mimo obveznog postupka mirenja*<sup>73</sup>. Novina s posljednjim izmjenama Zakona o radu, jest da je napušteno definiranje kolektivnih radnih sporova u svezi s kojima je obvezno provođenje mirenja. Mjerodavna ostaje samo odredba članka 269. stavka 1. da se štrajk može „organizirati sa svrhom promicanja i zaštite gospodarskih i socijalnih interesa“ članova sindikata – interesni sporovi ili „zbog plaće, odnosno naknade plaće ako nisu isplaćene protekom roka od 30 dana od dana dospijecha“ – pravni sporovi.<sup>74</sup> U pogledu pitanja, mora li rad biti u cijelosti prekinut, Vrhovni sud RH se očitovao da „*Prekid rada radnika može se smatrati štrajkom i kada nije u cijelosti prekinut*“<sup>75</sup>. Ovaj je stav važan, jer ako bi radnici jednog poslodavca, bez organiziranog štrajka, prestali raditi pa makar na nekim mjestima, na nekim poslovima i u radno vrijeme, bez obzira koliko to trajalo, to bi se smatralo štrajkom. U tom bi slučaju to bio nezakoniti štrajk s posljedicama koje takav postupak proizvodi. To bi se odnosilo i na bojkot, kao posebnu vrstu industrijske akcije, o kojoj će više biti riječi kasnije, ako nije uređen na odgovarajući način autonomnim općim aktima sindikata i poslodavca (prvenstveno kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili na drugi način). Bez toga bi se ponašanje radnika moglo okvalificirati kao teža povrjeda ugovora o radu koja može rezultirati otkazom ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja radnika. U slučaju ako se okvalificira kao „osobito teška povreda obveze iz radnog odnosa“ ili kao „osobito teška činjenica“, zbog čega radni odnos nije moguć, onda i izvanrednim otkazom ugovora o radu.<sup>76</sup>

73 Vidi odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-III-1458/2008, od 30. lipnja 2009. godine, objavljena u NN br. 88/09 od dana 22. srpnja 2009. godine: „Ustavni sud ističe da valja razlikovati obvezatnost kolektivnog ugovora od njegove primjene.

U slučaju kada kolektivni ugovor ne sklope svi sindikati aktivni na nekom području, (ne)obvezatnost kolektivnog ugovora se očituje u tome, da za osobe, koje nisu sklopile kolektivni ugovor, ne važi obveza socijalnog mira. Te se osobe nisu dužne pridržavati postupka mirenja, odnosno drugog načina mirnog rješavanja kolektivnih sporova, ukoliko je isti propisan. Dakle, osobe, koje nisu vezane kolektivnim ugovorom, mogu poduzeti štrajk ili drugi oblik industrijske akcije i izvan obveznog mirenja propisanog čl. 203. ZOR-a. S druge strane, primjena kolektivnog ugovora na (sve) radnike kod određenog poslodavca proizlazi iz izjednačenosti statusa članova sindikata, koji su potpisali kolektivni ugovor, sa statusom nečlana. Naime, odredbom čl. 2. ZOR-a propisana je zabrana nejednakog postupanja prema radnicima (koji ne smiju biti stavljeni u nepovoljniji položaj od drugih osoba na temelju rase, boje kože, spola, bračnog stanja ... članstva ili ne članstva u sindikatu i dr. ). Drugim riječima, na temelju zabrane diskriminacije iz navedenog zakonskog članka, radnik, koji nije član sindikata potpisnika kolektivnog ugovora, može ostvarivati prava, koja je poslodavac obavezan osigurati članovima sindikata s kojima je sklopio (novi) kolektivni ugovor, pri čemu treba imati u vidu da se pravna pravila iz prethodnog kolektivnog ugovora prestaju primjenjivati na temelju odredbe članka 195. ZOR-a.“

74 POTOČNJAK, Željko, Glavne značajke novog Zakona o radu, str. 46. u DIKA, Mihajlo, JUG, Jadranko, MILKOVIĆ, Darko, POTOČNJAK, Željko, RUŽDJAK, Marijan, ZUBER, Marija, Ogledi o novom Zakonu o radu, Narodne novine, Zagreb, 2010., vidi i POTOČNJAK, Željko, VUKOREPA, Ivana, Kritička promišljanja o novom Zakonu o radu, Hrvatska pravna revija, Vol. 10., br. 3., 2010., str. 23.

75 Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 16/00 od 10. svibnja 2000. godine.

76 Zakon o radu, op. cit., čl. 107. st. 1., t. 3. i čl. 108.

Sporno se pokazalo u nekoliko navrata kako utvrditi da je određeni štrajk prestao, te prema stajalištu sudske prakse za prestanak štrajka je nužno da je isti faktično prestao te nije potrebna formalna odluka<sup>77</sup>.

Štrajk i druge industrijske akcije, koje poduzimaju radnički sindikati je borba za bolje životne i radne uvjete. No, ovdje treba skrenuti pozornost na činjenicu da je bilo i slučajeva u kojima su socijalni partneri potpisivali „sporazume o nepoduzimanju štrajka (*eng. no-strike agreements*)“ i to „pojedinačni sindikati“ u pravilu u industriji visokih tehnologija. Navedeni su sporazumi izazvali oštre reakcija sindikalnog pokreta zbog *de facto* ukidanja prava na industrijsku akciju radnika.<sup>78</sup> Razlike postoje među pravnim sustavima, te nam iste pomažu shvatiti kompleksnost i bogatstvo kolektivnih i individualnih radnopravnih interesa. Primjerice, u Australiji su mnogo češći štrajkovi upozorenja ili tzv. „protestni“ štrajkovi, koji su netipični prema karakteristikama štrajkova u većini država. Oni iznimno rijetko traju dulje od dan – dva i služe kao upozorenje poslodavcima i nadležnim tijelima da postoji problem i da ga radnici žele riješiti.<sup>79</sup> Ovisno o stanju u društvu, mijenja se i cilj industrijskih akcija. Primjerice u razdoblju u kojem je prisutan porast BDP-a, porast zaposlenosti i visine plaća, sindikati se bore „napadačkim stavom“ za bolje radne uvjete radnika, dok u situaciji velike nezaposlenosti i smanjenja plaća, sindikati imaju u pravilu „obrambeni stav“ za očuvanje radnih mjesta i sigurnosti primanja radnika.<sup>80</sup> Njima se nanosi šteta poslodavcu i ugrožavaju njegovi interesi. Od inicijative do završetka u njima se manifestiraju brojni ekonomski, socijalni, sociološki, politički, pravni i drugi elementi. Zanimljiv je statistički podatak da je u Europi prije gospodarske krize, treba vidjeti kakav bi sada bio ishod istraživanja, došlo do velikog pada u broju radnika koji sudjeluju u industrijskim akcijama. Primjerice na svakih 1000 radnika, u 80-im godinama prošlog stoljeća broj izgubljenih radnih dana zbog provođenja industrijskih akcija je pao s 420 na 200, dok je u 90-im godinama prošlog stoljeća pao na svega 56 radnih dana.<sup>81</sup> Navedeno je usko povezano i s izrazitim padom broja članstva u sindikatima u Europi u razdoblju od 1993. do 2003. godine, u nekim državama poput Bugarske ili Slovačke više od 50%, što je povezano s, tada, porastom stope zaposlenosti.<sup>82</sup> No, treba vidjeti

77 Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 1/03 od 28. veljače 2003. godine: „... o prestanku štrajka ne mora biti donesena formalna odluka. Za prestanak štrajka bitno je da je on formalno prestao, a pravni učinci prestanka štrajka djeluju prema poslodavcu od trenutka kada je upoznat s prestankom štrajka.“

78 DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., op. cit., str. 975.

79 MCDONALD, James Ted, BLOCH, Harry, *The Spillover Effects of Industrial Action on Firm Profitability*, *Review of Industrial Organization*, Vol. 15, 1999., str. 185.

80 Takva je situacija bila primjerice u Belgiji u razdoblju od 1956. do 1958. godine i od 1967. do 1971. godine prošlog stoljeća s oporavkom gospodarstva i rastom zaposlenosti, odnosno u razdoblju od 1976. do 1978. godine i od 1981. do 1983. s razdobljem visoke stope nezaposlenosti i niskih primanja, vidi opširnije u MARTENS, Albert, PULIGNANO, Valeria, op. cit., str. 460.-461.

81 SHEUER, Steen, *A Novel Calculus? Institutional Change, Globalization and Industrial Conflict in Europe*, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 12, br. 2., 2006., str. 144.

82 Vidi opširnije, MARINKOVIĆ DRAČA, Dušanka, *Pravo na sindikalno organiziranje i*



kakvi su pokazatelji sadašnjega stanja, jer je globalna kriza zasigurno utjecala na porast nezaposlenosti, što u pravilu dovodi do jačanja sindikalnog pokreta.

Nema zakonite industrijske akcije bez uzroka i razloga. Njima se štite zajednička i kolektivna prava i interesi. U pitanju je interesni spor u vezi s brojnim pravima i obvezama sindikalno organiziranih radnika. Sindikat je organizator sindikalne akcije bez obzira koliko radnika u njima sudjeluje. To nije slučajna već svjesna akcija i aktivnost subjekata organizatora određene industrijske akcije. One smetaju poslodavcu u tržišnoj utakmici. Za vrijeme njihovog trajanja radni odnos ne prestaje, ali se pojedina prava i obveze privremeno mogu obustaviti odnosno suspendirati.

Konvencija MOR-a broj 105 o ukinuću prinudnog rada (1957. godine) kaže: „zabranjeno je koristiti se prisilnim ili obveznim radom kao kaznom za sudjelovanje u štrajku“.<sup>83</sup> Ta zabrana važi osim u slučaju više sile, rata, katastrofe i požara kojima se ugrožava život i blagostanje zajednice. Javna radna obveza poseban je pojam i institut ako nastane „posebno izvanredno stanje“. Štoviše, neki autori pišu „a vrijeme štrajka ne mogu se angažirati vojnici“ itd.

Industrijski odnosi se također, različito obrazlažu. To su odnosi između uprave i radnika. To su kolektivni odnosi, a razliku je formalni od neformalnih industrijskih odnosa.

„Formalni industrijski odnosi“ uređeni su propisima (heteronomnim i autonomnim).

„Neformalni industrijski odnosi“ su praktično ponašanje sindikata, poslodavačkih udruga i menadžera. To su međuljudski odnosi.

Poslodavac organizira i određuje rad. Radnik to prihvaća ugovorom o radu. Organizacija rada nije u nadležnosti sindikata, radničkog vijeća niti pojedinih radnika. Ako radnici ne rade jer bojkotiraju drugog poslodavca (npr. radnici u luci prema brodu, brodaru, kompaniji) time prekidaju rad kojega moraju raditi, a rad organiziraju prema svojem nahođenju (radi ostvarenja interesa radnika s kojima se solidariziraju), takvo postupanje predstavlja štrajk.

Sigurniji radnici su više motivirani i sigurniji u svakom pogledu, ali i uspješniji i produktivniji. Dijalog radnika i poslodavaca je neminovnost, a odnosi se na humanije radne uvjete, zaštitu na radu, plaću, radno vrijeme, odmore i dopuste, zapošljavanje i nezaposlenost, ozljede na radu i profesionalne bolesti, prava u vezi s radom u sustavu socijalnog osiguranja i brojna druga.

Kako se zaštićuju interesi i ostvaruju prava?

Radnici trebaju, prvenstveno biti organizirani i u tom obliku izražavati svoju solidarnost. Solidarnost znači izražavanje (pružanje) moralne i materijalne pomoći subjektima u kolektivnom radnom sporu.

---

sindikati u Hrvatskoj, str. 516., u CRNIĆ, Ivica, et al., *Radni odnos u Republici Hrvatskoj*, ur. POTOČNJAK, Željko, Pravni fakultet i Organizator, Zagreb, 2007.

83 Konvencija MOR-a br. 105 o ukinuću prinudnoga rada, Geneva, 25.06.1957. godine, NN – Međ. ugovori, br. 12/96 i 7/97, vidi i u UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, op. cit.

Štrajk kao oblik industrijske akcije zahtijeva učinkovitost, no postavlja se pitanje zašto su neki štrajkovi uspješniji od drugih? Svaka financijska kriza, poput ove koja trenutno vlada ne samo Republikom Hrvatskom, već i cijelim svijetom, koristan je pokazatelj određenih kretanja. Naime, mogu se izvući mnoge pouke iz prakse drugih država. Tako se skreće pozornost da je i Južna Koreja krajem prošlog stoljeća zbog velike financijske krize bankarskog sektora, poduzela niz mjera od kojih su mnoge imale odraza i na tržište rada. Kao odgovor na Vladine mjere za spas bankarskog i financijskog sektora, sindikati su poduzeli ukupno četiri štrajka, od kojih samo drugi i četvrti štrajk bili uspješni. Razlog tomu je što su sindikati primijenili kod drugog štrajka (srpanj 2000. godine) iskustvo i znanje iz prvog štrajka kada nisu uspjeli u svojim zahtjevima, kao i drugačiji sistem organizacije – udruživanja. U četvrtom štrajku (lipanj 2003. godine) su izbjegli lakomisleni ulazak u štrajk koji ih je karakterizirao kod trećeg, uz što su još i poduzeli i kvalitetniju organizaciju i mobilizaciju radnika, iskoristili su političku situaciju predsjedničkih izbora, te lošeg financijskog stanja društva.<sup>84</sup> Kao zaključak može se navesti da

84 Svaka financijska kriza, poput ove koja trenutno vlada ne samo Republikom Hrvatskom, već i svijetom koristan je pokazatelj određenih kretanja. Naime, 1996. godine Južna Koreja je postala država članica Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), no tada ju je zadesila financijska kriza, kao i sve države azijskoga svijeta i to poglavito bankarski sektor, nešto slično krizi koja trenutno vlada svijetom. Korejske su banke izuzetno velika novčana sredstva plasirale velikim trgovačkim društvima koja nisu poslovala na profitabilan način, no zbog svoje veličine su se smatrale sigurnim investicijama, dok nisu financijski doživjele potpuni neuspjeh. Kako bi se izbjegao potpuni slom financijskog tržišta, Korejska je vlada u suradnji s Međunarodnim monetarnim fondom (MMF), poduzela akciju zatvaranja, pripajanja i spajanja banaka za koje su postojali pokazatelji da se neće moći financijski oporaviti. Druga mjera koju je poduzela vlada bila je na području tržišta rada. Naime poduzete su mjere koje su omogućile bankama kao poslodavcima otpuštanje radnika koji su imali ugovore o radu na neodređeno vrijeme i zapošljavanje osoba koji mogu privremeno zadovoljiti zahtjeve banaka u datoj situaciji, odnosno omogućena je maksimalna fleksibilnost tržišta rada. Tako je naime u razdoblju od 1998. godine do 2003. godine broj banaka pao s 26 na 14 što predstavlja smanjenje od 47,4%, dok je broj radnika zaposlenih u bankarskom sektoru s 113.994 pao na 66.881 što predstavlja pad od 41,3%.

Kao rezultat prethodno navedenog dolazi do jačanja sindikalnog pokreta u Koreji. Naime, korejsko radno zakonodavstvo razlikuje dvije vrste sindikata i to jedna je vrsta sindikat u pojedinom društvu - poslodavcu kojega čine radnici zaposleni kod tog poslodavca ili druga vrsta, tzv. „industrijski sindikat“, odnosno sindikat koji ujedinjuje više sindikata u pojedinoj grani, tj. može se više pojedinačnih sindikata kod poslodavaca ujediniti u „industrijski sindikat“.

Kao odgovor na vladine mjere, organizirana su četiri štrajka s polovičnim uspjehom.

Prvi je štrajk organiziran u rujnu 1998. godine. Neuspjeh toga štrajka može se pripisati neiskustvu u organiziranju štrajkova u bankarskom sektoru, jer do tada nikada nije došlo do štrajka bilo kod pojedinog poslodavca, bilo na području bankarskog sektora. Također, svoj obol neuspjehu su dali i mali broj radnika sudionika u štrajku, svega 30%, loša strategija, kao i slaba povezanost pojedinih sindikata banaka koji su sudjelovali, koja se od početno vrlo jake na koncu razvodnila.

Drugi je štrajk organiziran u srpnju 2000. godine. Došlo je do promjena u vodstvu sindikata tako da su odlučnije osobe došle na čelna mjesta sindikalnog pokreta, pojedinačni sindikati su se povezali u „industrijski sindikat“, te su tako dobili jači legitimitet. Čak su se udružili za kolektivno pregovaranje i poduzimanje zajedničke akcije u vidu tužbe usmjerene na MMF

u organiziranju kvalitetnog štrajka, odnosno štrajka koji će polučiti rezultat treba uzeti u obzir mnoge faktore poput: profesionalnih i osobnih kvaliteta osoba koje zauzimaju čelna mjesta sindikalnih pokreta, općenito stanje u društvu, politička kretanja, međusobnu koheziju pojedinih sindikata, jer razjedinjenost šteti ostvarenju konačnog cilja itd. Razvojem suvremenih tehnologija i sindikati kao udruženja radnika i udruge poslodavaca nalaze se pred novim izazovima. Naime, u posljednje se vrijeme nastoji, pogotovo sindikati, koristiti suvremena sredstva komunikacije, a sve u cilju bolje informiranosti i jačanja kohezije. Primjerice u Kanadi u štrajku radnika jedne novinske kuće sindikat je koristio svoje internet stranice, propagandne letke kojima su građane pozivali na posjet službenih internet stranica sindikata, mailom su se obavještavali članovi sindikata o koracima zaštite radničkih prava, te je sindikat čak znao organizirati i video konferencije ili, tzv. „chat“ radionice kako

---

zbog svojih mjera, a sve kako bi se postigla unutarnja kohezija u sindikatu, ali i vanjska povezanost s civilnim društvom. Strategija vođenja štrajka bila je preduhitriti daljnje vladine mjere u bankarskom sektoru usmjerene na gašenje ili spajanje banaka, te gašenje radnih mjesta; uvjeriti radnike da je upravo loša vladina politika dovela do katastrofalnih financijskih rezultata u bankarskom sektoru, a što se onda odrazilo i na kompletno korejsko društvo; postići koheziju ne samo radnika u bankarskom sektoru, već i onih izvan njega, te konačno štrajkom blokirati kompletno bankarsko poslovanje. Konačan rezultat je bilo više od 20.000 radnika u bankarskom sektoru koji su aktivno sudjelovali u štrajku koji je organiziran na nekoliko mjesta istodobno sa središnjim događajem na sveučilišnom stadionu, što je dovelo do potpunog kolapsa bankarskog poslovanja. Pritisnuta akcijama sindikata, vlada je bila prisiljena sjesti za zajednički stol s sindikatima i potpisati sporazum kojim se obvezala na odgodu poduzimanja daljnjih mjera, isplatu naknade štete za loše vladine mjere i dr.

U prosincu 2000. godine organiziran je treći štrajk, no on se pokazao potpunim promašajem. Naime, sindikati na krilima uspjeha drugoga štrajka smatrali su da će lako ostvariti svoje zahtjeve protiv vladina plana da dođe do spajanja banaka koje su kvalitetno poslovale i nisu bile ugrožene posljedicama krize. Sindikati su vjerovali sporazumu s vladom u kojem se vlada obvezala da neće poduzimati nasilno spajanje banaka. Činjenica je da su sindikati uspjeli s vladom zaključiti privremeni sporazum, no taj se sporazum odnosio samo na određene banke, a ne na sve. To je rezultiralo posljedicom razjedinjenja sindikata iz razloga što su oni obuhvaćeni pojedinačnim sporazumom zadovoljni postignutim odbili dalje sudjelovati u štrajku. Razjedinjenje sindikalnih vođa, rezultiralo je neuspjehom trećeg štrajka. Štoviše, četvorica vođa sindikata je zbog provođenja nezakonitog štrajka kažnjeno kaznom zatvora. Naime, pozivanje na štrajk zbog mjera koje spadaju u ovlasti uprava (otpuštanje i spajanje društva) nisu valjani razlozi za štrajk, te istoga čine nezakonitim.

U lipnju 2003. godine, posljednji od ova četiri štrajka je organiziran i to s uspjehom i kao odgovor na vladine mjere da se pojedine banke s tradicijom dužom od 100 godina privatiziraju drugim inozemnim privatnim bankama, radi sanacije financijskog tržišta. Poučeni neuspjehom trećeg štrajka, sindikati su ojačali međusobnu povezanost koristeći političku situaciju, izmijenili su način biranja sindikalnih vođa koji sudjeluju u kolektivnom pregovaranju, pokrenuli su vlastiti list i informatički povezali svoje sastavnice, sva kako bi informacije bile dostupnije radnicima. Rezultat štrajka bio je izuzetno uspješan zbog ogromnog broja sudionika koji su bili izvan bankarskog sektora, te gotovo 90% radnika u IT sektoru, što je rezultiralo krahom informacijskog i računalnog sustava banaka za vrijeme štrajka. Bili su uključeni bivši direktori banaka, dioničari, pripadnici civilnoga sektora, dakle došlo je do kompletnog pokreta na svim razinama. Također, navedeno se odvijalo u vrijeme predsjedničkih izbora, te su kandidati javno izjašnjavali svoju naklonost sindikatima, što je doprinijelo značaju pokreta. Vidi opširnije u CHOI, op. cit., str. 467-491.

bi radnici bili upoznati sa svime.<sup>85</sup>

### 3.2. Štrajk solidarnosti

Štrajk solidarnosti definiran je kao štrajk u kojem njegovi sudionici nemaju poseban zahtjev, već se pridružuju zahtjevu sudionika nekoga drugoga primarnog štrajka.<sup>86</sup> Može se postaviti pitanje, je li štrajk solidarnosti vrsta štrajka ili industrijska akcija različita od štrajka? Autori su mišljenja da je to posebna vrsta štrajka *sui generis*, jer ima elemente štrajka (poput prethodne najave poslodavcu kod kojeg se provodi štrajk solidarnosti), ali se znatno razlikuje od štrajka u pravom smislu te riječi. Radnici mogu bojkotirati proizvode poslodavca koji je stranka u sporu. Mogu odbiti obavljanje poslova radnika koji štrajkaju, mogu prikupljati novčanu pomoć za štrajkaše, mogu zaprijetiti ili poduzeti štrajk solidarnosti ili na neki drugi način izraziti svoju solidarnosti.<sup>87</sup>

Štrajkovi solidarnosti su industrijska akcija, posebna vrsta štrajka u kojem se sudionici pridružuju zahtjevima radnika koji su već u štrajku koji je u ovom slučaju primaran. Upravo štrajk solidarnosti, kao posebna vrsta štrajka, je vrlo zanimljiv. Naime, u pravu SAD-a, tzv. Wagnerov zakon<sup>88</sup> u glavi 8(b)(4) zabranjuje sindikatima pozivanje na štrajk solidarnosti sekundarne radnike, odnosno radnike koji nisu izravni sudionici radnog spora. Pozivanjem na štrajk solidarnosti sindikati se izlažu opasnosti postupaka za naknadom štete, a radnici koji bi sudjelovali u takvom štrajku disciplinskim postupcima.<sup>89</sup> O štrajku solidarnosti svoje je mišljenje iskazalo i Vijeće eksperata MOR-a 1994. godine, potvrdivši značaj štrajka općenito, a i sve veći značaj štrajka solidarnosti. Ustvrdilo je da općenita zabrana štrajka solidarnosti može dovesti do povrede prava radnika, te da se radnicima treba omogućiti ostvarivanje toga prava.<sup>90</sup>

Kod bojkota „primarnog“ poslodavca, primorava se poslodavac kod kojega su radnici u radnom odnosu da prestane poslovati s poslodavcem protiv kojega su

85 VIELHABER, Mary E., WALTMAN, John L., Changing Uses of Technology, Crisis Communication Responses in a Faculty Strike, *Journal of Business Communication*, Vol. 45 (3), 2008., str. 315.

86 RUŽDJAK, Marijan, Zakon o radu komentar, sudska praksa, primjeri ugovora o radu i općih akata, Poslovni zbornik, Zagreb, 2005., str., 414 .

87 POTOČNJAK, op. cit., str. 65.

88 Riječ je o zakonu SAD-a „National Labor Relations Act“, koji je ime dobio po njegovu tvorcu senatoru Robertu F. Wagneru 1935. godine dostupno na [http://www.nlrb.gov/about\\_us/overview/national\\_labor\\_relations\\_act.aspx](http://www.nlrb.gov/about_us/overview/national_labor_relations_act.aspx).

89 HILGERT, Jeff, op. cit., str. 29.

90 Međunarodna organizacija rada. 1994. *Opće istraživanje: Sloboda udruživanja i kolektivno pregovaranje, Izvješće III, dio 4B*, Geneva, Switzerland: International Labor Organization, paragraf 168:

„Štrajkovi solidarnosti, koji su priznati zakonitima u nekim državama, postaju sve učestaliji iz razloga sve veće koncentracije korporacija, globalizacije ekonomije i izmještanja mjesta rada... Vijeće smatra da opća zabrana štrajka solidarnosti može dovesti do zloupotrebe i da radnici trebaju imati mogućnost ostvarivati to svoje pravo, pod uvjetom da je primarni štrajk koji oni podupiru, zakonit“.

usmjereni zahtjevi primarnoga štrajka „ili se na neki drugi način pruža podrška sudionicima primarnog štrajka“.<sup>91</sup>

Ovdje ne treba poistovjećivati solidarnost poslodavaca i solidarnost radničkih sindikata. Nisu tako čiste situacije da sindikat organizira štrajk solidarnosti baš kod poslodavca koji je partner s poslodavcem kod koga je organiziran primarni štrajk. Postoje situacije gdje on i ne surađuje poslovno s tim drugim poslodavcem, ali radnički sindikat(i) organizirani kod njega organiziraju štrajk solidarnosti, ne zbog solidariziranja sa sindikatima u primarnom štrajku i da poslodavcu kojega je taj štrajk zatekao nanese i veću štetu. Istina, šteta nastaje i kod poslodavca gdje se štrajk solidarnosti vodi.

Bitno je da je primarni štrajk legalan. Štrajk solidarnosti mora se najaviti, prethodno odrediti zahtjeve i podršku zahtjevima radnika u primarnom štrajku.

Utvrđuju se i zajednički interesi između „primarnih i sekundarnih štrajkaša“, odnosno „ako je njihovo međusobno povezivanje i podržavanje nužno za ostvarenje cilja štrajka“.

### **3.3. Druge industrijske akcije različite od štrajka**

Institucionalni mehanizam štrajka postoji. No ne postoji taj mehanizam za bojkot ili druge oblike industrijskih akcija različitih od štrajka (*engl. industrial actions short of a strike*). Stihija je opasna i često rezultat nemoći i nužnosti. Anarhija industrijskih odnosa je protupravno ponašanje.

Najznačajniji oblici industrijskih akcija radnika uz štrajk, su radničke straže, odbijanje prekovremenog rada, bojkot te različiti oblici pasivnog otpora (rezistencije).<sup>92</sup> Također, treba još navesti i druge oblike poput detaljnog postupanja po pravilima poslodavca ili struke (*engl. work-to-rule*) ili usporavanja intenziteta rada (*engl. go-slow*) ili neizvršavanja određenih poslova (*engl. ban on particular duties*).<sup>93</sup> Među oblike pasivnog otpora svakako valja ubrojiti usporavanje rada kao namjerno smanjenje radnog učinka ispod uobičajene razine.<sup>94</sup> Neke od njih autori obrađuju u nastavku.

#### **3.3.1. Bojkot**

Bojkot (*engl. boycotting; tal. boicottaggio*) je industrijska akcija različita od štrajka. „Predstavlja industrijsku akciju kojom se radnici i druge osobe (npr. potrošači) potiču na ustezanje (suzdržavanje) od rada robom određenog proizvođača ili od kupnje robe proizvođača s kojim radnici ili sindikat imaju spor. Bojkotom se najčešće ograničava tržište robi proizvedenoj od strane poslodavca s kojim je

91 POTOČNJAK, Željko, Pravo na štrajk..., cit., str. 65.

92 Ibid, str. 229.

93 DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., op. cit., str. 889.

94 CRNIĆ, Ivica, Komentar Zakona o radu, Organizator, Zagreb, 1999., str. 405.

sindikatu u sukobu“.<sup>95</sup> Također, su moguće i situacije u kojima radnici odbijaju raditi s robom određenog dobavljača ili ju isporučivati određenom korisniku, te ukoliko im je u opisu rada da moraju vršiti takve poslove radnici u tom slučaju krše svoje radnopravne obveze.<sup>96</sup> Slična je situacija i u slučaju kada određeni radnik odbija raditi s nekim drugim radnikom jer primjerice nije član sindikata.<sup>97</sup> Kada je u pitanju bojkot, moglo bi se reći da je on proizvod interesnog kolektivnog radnog spora. To je spor koji je nastao u postupku pregovaranja o uređenju uvjeta rada u kolektivnom ugovoru. Sindikat nastoji ustupke poslodavca iznuditi bojkotom kao oblikom industrijske akcije (ne uključujući štrajk i druge oblike industrijskih akcija). Bojkot je blizu štrajka solidarnosti, ali se u biti razlikuje od njega, ako je riječ o podršci drugim sindikatima, u aktivnom štrajku.

U bojkotu, kao industrijskoj akciji, nastaje šteta poslodavcu, ali i odnosima između poslodavca i sindikata. Zbog toga, prije treba provesti postupak mirenja ili arbitriranja, kao prije svake industrijske akcije. Mirenje je postupak posredovanja treće osobe između sindikata i poslodavca. Miritelj predlaže nagodbu za rješenje spora. Odluku o rješenju spora donose stranke: poslodavac i posloprimac.

Bez prethodnog postupka mirenja, kada je predviđen zakonom ili kolektivnim ugovorom, nema zakonitog štrajka i drugog oblika industrijske akcije. Skreće se pozornost da se, primjerice, štrajk solidarnosti može provesti i bez prethodnog mirenja. Rok za okončanje postupka mirenja je pet dana (od dostave obavijesti Gospodarsko-socijalnom vijeću)<sup>98</sup>.

Bojkot nije štrajk (nema elemente štrajka). To je specifična industrijska akcija. Pretpostavke za bojkot su:

1) Sloboda i pravo koalicije zaposlenih radnika na osnivanje, organiziranje i rad sindikata.

2) Pravna dopuštenost bojkota kao industrijske akcije različite od štrajka.

3) Bojkotom se remeti socijalni mir i čini određeni pritisak na određenog poslodavca.

4) Bojkot mora biti opravdan.

5) Bojkot je djelovanje (činjenje ili nečinjenje) radnika, odnosno njihovih sindikata, kojom se poslodavac izravno ili neizravno prisiljava na prihvaćanje zahtjeva radnika, stavljajući mu u izgled da će nastati šteta ili da mu ista nastaje bojkotom, ako određeni zahtjev ne prihvati.

6) Bojkot je uvijek kolektivna akcija radnika (sindikata) kojem se posredno ili neposredno štite njihovi interesi.

95 POTOČNJAK, Željko, Pravo na štrajk..., cit., str. 234.; „Bojkot - zajednička akcija grupe lica kojom se raskidaju ekonomske i druge veze s nekim licem ili drugom grupom u cilju vršenja pritiska (npr. zajedničko istupanje radnika protiv poslodavaca...)“, Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 102.

96 LOCKTON, Deborah J., Employment law, Palgrave Macmillan, Lampshire, 2010., str. 383.

97 Loc. cit.

98 Zakon o radu, cit., čl. 272.

- 7) Bojkot je planirano ometanje rada.
  - 8) Aktivni subjekti bojkota su sindikalno organizirani radnici kod jednog ili više poslodavaca.
  - 9) Pasivni primarni subjekt bojkota je poslodavac kod kojega su radnici u radnom odnosu, a koji koriste bojkot kao kolektivnu industrijsku akciju.
  - 10) Pasivni sekundarni subjekt bojkota je svaki subjekt koji je u pasivnoj vezi s primarnim subjektom bojkota (korisnik određenih usluga ili proizvoda primarnog subjekta - poslodavca).
  - 11) Bojkot ne znači i apsolutni, potpuni prekid rada, jer radnici mogu prihvatiti obavljanje jednih, a odbiti obavljanje drugih poslova, pa je to, još jedna razlika od štrajka.
  - 12) Bojkot nastaje voljom sindikalno organiziranih radnika (svjesno iznuđivanje od poslodavca određenih ustupaka), da se poslodavcu posredno ili neposredno nanese šteta.
  - 13) Bojkotom se štite zajednički interesi radnika.
  - 14) U SAD-u postoji i tzv. „sekundarni bojkot“, kada se potiče sindikat prisiljavati drugog poslodavca na bojkotiranje onoga kod kojega je organiziran primarni štrajk (raskidati zaključene i ne zaključivati nove trgovačke ugovore).
  - 15) Bojkot, kao i štrajkovi solidarnosti, mogu se negativno odraziti na brojne gospodarske subjekte međusobno, izravno ili neizravno povezane poslovnim odnosima.
  - 16) Među „primarnim“ i „sekundarnim“ štrajkovima i sudionicima bojkota mora postojati veza, zajednički interes.
  - 17) U slučaju bojkota „mora se provesti postupak mirenja“ propisan ZOR-om „ako stranke spora nisu dogovorile neki drugi način njegova mirnog rješavanja“<sup>99</sup>. Sindikat je dužan obavijestiti nadležno tijelo o sporu, a „mirenje se mora dovršiti u roku od pet dana od dana dostave obavijesti o sporu“<sup>100</sup>.
  - 18) Problem može biti i donošenje pravila o poslovima koji se ne smiju prekidati, jer u odredbi čl. 278. st. 1. ZOR-a se govori da se ova donose samo u slučaju štrajka ili isključenja s rada. No, sigurnije je tumačiti da se to odnosi i na druge industrijske akcije.
  - 19) Problem je i sudska zaštita u slučaju bojkota, jer u ZOR-u se to ne regulira, već samo „zabrana štrajka ili isključenja s rada“, ali se to ne može isključiti, jer dok postoji mirenje i arbitraža, postoji i sudska zaštita.
  - 20) Sindikat(i) i poslodavac(ci) mogu postići sporazum u postupku mirenja, koji ima snagu kolektivnog ugovora i učinke kolektivnog ugovora, ako spor „može dovesti do štrajka ili drugog oblika industrijske akcije...“<sup>101</sup>.
- To se može urediti kolektivnim ugovorom „ili sporazumom stranaka sklopljenim nakon nastanka spora“<sup>102</sup>;

99 Zakon o radu, cit., čl. 270. st. 1.

100 Zakon o radu, cit., čl. 272.

101 Zakon o radu, cit., čl. 273. st. 1.

102 Zakon o radu, cit., čl. 277.

21) U slučaju bojkota poslodavac ne može primijeniti odredbe Zakona o isključenju s rada (lock-out), iako ima i drukčijih mišljenja, pozivom na odredbu čl. 277. st. 4. ZOR-a.

### 3.3.2. *Detaljno ispunjavanje radnih obveza (engl. work-to-rule)*

Industrijske akcije ne moraju biti samo u obliku neobavljanja zadataka i poslova određenih radnim zadacima ili pravilima struke. Moguće su situacije kada radnici predetaljno provode svoje radne obveze i na taj način usporavaju proces rada, što u konačnici može dovesti do štete za poslodavca. Teorija ovu vrstu industrijske akcije definira kao „kršenje podrazumijevanih obveza na suradnju i vjernost, tamo gdje postoje upute poslodavca radnicima kako trebaju obavljati proces rada“<sup>103</sup>.

Do 1972. godine u *common law* sustavu ovakvi se postupci radnika nisu smatrali kršenjem radnopravnih obveza, jer su radnici radili ono što su bili i dužni, a to je detaljno izvršavanje radnih zadataka.<sup>104</sup> Predmet, koji je značajno izmijenio tumačenje ovakvog postupanja radnika i isto definirao nezakonitim, je *Secretary of State for Employment v. ASLEF*<sup>105</sup>. U njemu su željeznički radnici provodili pravila o pregledavanju sigurnosti vlakova i držali se drugih pravila rada („rule book“) na previše detaljan način potpuno nepotrebno i tako usporavali rad i vozni red vlakova, a osim toga su se također pozivali na pravo odbijanja prekovremnog rada i rada nedjeljom. I dan danas se događaju ovakve i slične situacije, primjerice poznati su tzv. „bijeli štrajkovi“ djelatnika na graničnim prijelazima koji detaljno pregledavaju svako vozilo koje prelazi državnu granicu i tako usporavaju promet. Ili zaštitara koji detaljno pregledavaju svaku osobu koja ulazi u objekt koji je pod zaštitom. Autori skreću pozornost da navedeni termin „bijeli štrajk“ nije ispravan, jer valja razlikovati ovaj oblik industrijske akcije od štrajka, koji ima svoje elemente i karakteristike.

103 DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., op. cit., str. 974.

104 LOCKTON, Deborah J., op. cit., str. 382.

105 *Secretary of State for Employment v. ASLEF (No. 2)* [1972] 2 QB 455, o tome vidi opširnije u DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., op. cit., str. 304. – 305., kao i na: <http://www.lawindexpro.co.uk/cgi-bin/casemap.php?case=187524&rf=scu%20target=>, posjećeno dana 10.07.2010. godine.

U navedenom je predmetu bilo zanimljivo logičko zaključivanje sudaca u donošenju odluke, jer kako je prethodno rečeno do tada takvo ponašanje radnika nije bilo protivno ugovoru. Naime, Lord Denning MR je smatrao da je odsustvo dobre vjere u ponašanju radnika samo po sebi povrjeda ugovora, jer kako je poznato postoji više situacija i djelovanja subjekata koje po sebi prelaze iz dopuštenih u nedopuštene zbog motiva ili objekta koji je korišten. Ovdje je prema njegovu stajalištu, riječ o voljnom i svjesnom ometanju procesa rada. S druge pak strane, Buckley LJ smatra da se radnici u skladu s ugovornim obvezama moraju odnositi prema poslodavcu s dobrom vjerom kako bi ostvarili gospodarske interese radi kojih su i zaposleni. Ono što je zanimljivo u predmetnom slučaju jest činjenica da klasifikacija pravila i organizacije rada nije proizlazila iz ugovornih odredbi, već je isključivo predstavljala volju i želje vodećih ljudi društva. Iako tako što dopušta poslodavcima da kroz sadržaj ugovornih odredaba uređuju način na koji se proces rada treba odvijati, sud je želio naglasiti da je takvo ponašanje ipak ograničeno ugovornim odredbama: „to ne znači da poslodavac može tražiti od radnika da radi što god izvan njegovih ugovornih obveza, kao što je pretjerani prekovremeni rad ili rad koji šteti zdravlju radnika“.



Također, termin „bijeli štrajk“ se koristi i za označavanje industrijske akcije detaljnog postupanja po pravilima radnih obveza, kao i za usporavanje procesa rada, što su dvije industrijske akcije koje jesu slične, no treba ih promatrati, proučavati i tumačiti odvojeno.

### 3.3.3. *Usporavanje procesa rada (engl. go-slow)*

Slično s prethodno navedenom industrijskom akcijom različitom od štrajka, kod usporavanja procesa rada riječ je „drugoj strani medalje“, gdje radnici opet ne izvršavaju savjesno svoju radnopravnu obvezu, jer usporeno obavljaju poslove. Usporavanje procesa rada je kršenje radnih obveza da se rad obavlja razumnom brzinom bez opravdanih razloga.<sup>106</sup>

Može se pomisliti da je detaljno postupanje po pravilima radnog odnosa i usporavanje procesa rada, zapravo, jedna industrijska akcija, no ipak postoji razlika. Usporavanje procesa rada nužno ne znači da radnici predetaljno postupaju po pravilima radnog odnosa, već jednostavno rade sporijim intenzitetom i na taj način nanose štetu poslodavcu.

### 3.3.4. *Odbijanje prekovremenog rada*

Odbijanje prekovremenog rada posebna je vrsta industrijske akcije koja ima određene specifičnosti s isprekidanim štrajkom.<sup>107</sup> Radnici u ovom slučaju odbijaju izvršiti radne obveze, ali ne u cijelosti već samo nakon redovnog radnog vremena. Ono što je ovdje sporno je, dolazi li u ovome slučaju do povrjede radnog odnosa, odnosno proizlazi li iz ugovora o radu obveza prekovremenog rada. Treba naglasiti, da prevladava shvaćanje, da zaključenjem ugovora o radu radnik preuzima obvezu da će po potrebi raditi duže od punog radnog vremena, ukoliko je to potrebno i to u slučaju više sile, izvanrednog povećanja opsega poslova i u drugim sličnim slučajevima prijeke potrebe na zahtjev poslodavca, uz zakonska ograničenja u trajanju takvog prekovremenog rada.<sup>108</sup> Kako je već prethodno obrađeno u predmetu

106 LOCKTON, Deborah J., op. cit., 382.

107 POTOČNJAK, Željko, op. cit., str. 249., prema: HRAŠĆANEC, R., Radnici u pokretu (strike) s etičkog gledišta, Zagreb, VI. naklada, 1940., str. 39.

108 Zakon o radu, op. cit.,: čl. 45.:

(1) U slučaju više sile, izvanrednog povećanja opsega poslova i u drugim sličnim slučajevima prijeke potrebe, radnik na zahtjev poslodavca mora raditi duže od punog, odnosno nepunog radnog vremena (prekovremeni rad), ali najviše do osam sati tjedno.

(2) Prekovremeni rad pojedinog radnika ne smije trajati duže od trideset dva sata mjesečno niti duže od sto osamdeset sati godišnje.

(3) Ako prekovremeni rad određenog radnika traje duže od četiri tjedna neprekidno ili više od dvanaest tjedana tijekom kalendarske godine, odnosno ako prekovremeni rad svih radnika određenog poslodavca prelazi deset posto ukupnoga radnog vremena u određenom mjesecu, o prekovremenom radu mora se obavijestiti inspektor rada u roku od osam dana od dana nastupa neke od navedenih okolnosti.

(4) Ako inspektor rada posumnja da prekovremeni rad štetno utječe na zdravlje, radnu sposobnost i sigurnost radnika, odredit će rok u kojem poslodavac o tome mora pribaviti nalaz

*ASLEF*, u pravnom sustavu SAD-a, navedena industrijska akcija nema sve elemente štrajka, nedostaje element potpunosti prekida rada, radnici su dužni marljivo i savjesno u dobroj vjeri obavljati svoje obveze. Dok, imajući u vidu sudsku praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, navedeno bi postupanje moglo ispunjavati elemente štrajka.<sup>109</sup>

#### 4. UMJESTO ZAKLJUČKA

U razdoblju sveopće krize i ekonomije, i društva, strah od onoga što nas očekuje proizvodi veliku neizvjesnost. Industrijske akcije su mehanizam, „oruđe“ kojim i sindikati i poslodavci nastoje ostvariti svoje ciljeve, težnje i planove. Štrajk kao najčešća industrijska akcija sindikata, svakako ima veliki značaj, te ga je potrebno detaljno analizirati kako bi se cjelokupni mehanizam, koji je izuzetno složen, iako možda na prvi pogled ne izgleda tako, kvalitetno spoznao. Kompariranjem hrvatskoga pravnoga sustava s drugim pravnim sustavima može se doći do zaključka kako upravo raznolikost pristupu industrijskim akcijama, ciljevima koji se njima žele ostvariti, načinima na koji sindikati nastoje ostvariti i izboriti svoja prava, je bogatstvo iz kojega treba preuzeti ono što je dobro i kvalitetno. Približavanjem ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju, nužno je usklađivanje našeg radnopravnog zakonodavstva s *acquis communautaire-om* EU-a, u čemu smo velikim dijelom i uspjeli. Nije dobro, da se pod izlikom usklađivanja našeg zakonodavstva s pravnom stečevinom EU-a ulazi u nepotrebne sukobe na relaciji država, sindikati i poslodavci, pogotovo ako ti i takvi sukobi nisu nužni radi usklađivanja s pravnom stečevinom EU-a. Sve tri strane, iako s različitim ciljevima, moraju se naći na istome putu, jer jedino kvalitetni socijalni dijalog može polučiti kvalitetan rezultat, u ovako složenoj gospodarskoj, ali i društvenoj situaciji.

Štrajk je akcija sindikata. Isključenje s rada (lock-out) je akcija poslodavaca. Trebali bi biti jednaki u kolektivnim radnim sporovima. Zakonom o radu u članku 269. ozakonjen je štrajk solidarnosti. Svaki oblik industrijske akcije je kolektivni radni spor (spor između kolektivnih subjekata radnih odnosa), u pravilu poslodavca i sindikata, bez obzira kako su (ako su legalno) organizirani. Sadržaj industrijske akcije upućuje na kolektivni radni spor. Zakon o radu govori o „drugom obliku industrijske akcije“, ako se ne radi o štrajku koji je, opet, jedan od oblika industrijske akcije. Kada je riječ o bojkotu, moglo bi se reći da je on proizvod interesnog kolektivnog

---

i mišljenje liječnika ovlaštenog posebnim propisom.

(5) Zabranjen je prekovremeni rad maloljetnih radnika.

(6) Trudnica, roditelj s djetetom do tri godine starosti, samohrani roditelj s djetetom do šest godina starosti i radnik koji radi u nepunom radnom vremenu, može raditi prekovremeno samo ako dostavi poslodavcu pisanu izjavu o dobrovoljnom pristanku na takav rad, osim u slučaju više sile.

(7) Inspektor rada zabranit će prekovremeni rad ako štetno utječe na zdravlje, radnu sposobnost i sigurnost radnika, odnosno ako se obavlja protivno odredbama ovoga članka.

109 Vidi supra str. 17.

radnog spora. To je spor koji je nastao u postupku pregovaranja o uređenju uvjeta rada u kolektivnom ugovoru. Sindikat nastoji ustupke poslodavca iznuditi bojkotom kao oblikom industrijske akcije (ne uključujući štrajk i druge oblike industrijskih akcija). Bojkot je blizak štrajku solidarnosti, ali se u suštini od njega razlikuje, ako je riječ o podršci drugim sindikatima, u aktivnom štrajku. Nužno je naglasiti da se interesni radni spor rješava mirenjem i arbitražom. Spor se rješava po načelu pravednosti. U tom smislu „arbitražna odluka bila bi oblik stvaranja prava“, te ima učinke kolektivnog ugovora. U industrijskim akcijama, nastaje šteta poslodavcu, ali i odnosima između poslodavca i sindikata. Zbog toga, prije treba provesti postupak mirenja ili arbitriranja. Naime, posebno je pitanje arbitraže prije industrijske akcije. Odluka arbitraže za stranke je obvezna, pa poslije nje industrijska akcija više nije dopuštena.

Bojkot i druge oblike industrijske akcije može se regulirati kolektivnim ugovorom kao „pravno pravilo iz radnih odnosa ili u svezi s radnim odnosom“ kao „sredstvo pritiska...“ radi promicanja interesa radnika (čl. 253. i 255. ZOR-a.). To se može regulirati i aktima Gospodarsko-socijalnog vijeća (čl. 285. ZOR-a).

Industrijske akcije proizlaze iz prava na udruživanje radnika, odnosno sindikata. Sindikat samostalno provodi aktivnosti (akcije). To čini autonomno i bez odobrenja javnih vlasti. Međutim, kako je već rečeno u okviru teme o bojkotu, akcija se odvija za vrijeme radnog vremena i kod poslodavca koji ne mora biti „kriv“ za drugoga bez obzira na poslove na tržištu i u pravnom prometu koje s njima ima. Tu je problem kvalifikacije dijela radnika, koji bi bojkotom htjeli prisiliti odnosnog (drugog) poslodavca (kojega bojkotiraju) da pristane, odnosno postigne sporazum s radnicima zaposlenim kod njega u štrajku. Skreće se pozornost na stajalište Vrhovnog suda Republike Hrvatske da je sudjelovanje u obustavi rada suprotno Zakonu o radu opravdani razlog za izvanredni otkaz. Sindikat je organizator industrijskih akcija, a nezakonito sudjelovanje radnika u takvoj industrijskoj akciji opravdan je razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu (VS RH 94/99, 56/04, 583/03, 72/04 u revizijama).

## Summary

### **INDUSTRIAL ACTIONS AS TRADE UNION RIGHTS AND FREEDOMS**

The authors in the article generally consider and analyse industrial actions through a prism of trade union rights and freedoms paying special attention to strike as the most common version of trade union industrial actions, i.e. of workers.

Using a comparative method, the authors give an effort to analyse and compare the Croatian labour legislation with the other legal systems stressing their individual particularities. The aim of the article is to analyse the institute of industrial actions in details, however, the first part of the article consists of comprehensive introduction to the trade union rights and freedoms from which the right to industrial action is derived. In the last part of the article the authors present individual types of industrial actions short of a strike, such as boycott, work to rule, go slow and bans on overtime.

**Key words:** *industrial actions, trade union rights, trade union freedoms, strike.*

## Zusammenfassung

### **DER ARBEITSKAMPF ALS GEWERKSCHAFTSRECHTE UND -FREIHEITEN**

In dieser Arbeit betrachten die Autoren den Arbeitskampf auf Grund der Gewerkschaftsrechte und – Freiheiten. Der Schwerpunkt wird dabei auf Streik, als von Gewerkschaften und Arbeitnehmern bevorzugter Form des Arbeitskampfes gelegt.

Anhand einer komparativen Analyse wird die kroatische Arbeitsgesetzgebung mit anderen Rechtssystemen verglichen, wobei einige Besonderheiten hervorgehoben werden. Zum Zweck einer näheren Zerlegung des Arbeitskampfinstituts, bieten die Autoren zuerst eine Einführung in die Gewerkschaftsrechte und -Freiheiten dar, aus welchen sich das Recht auf Arbeitskampf ergibt. Zum Schluss werden auch andere Formen des Arbeitskampfes betrachtet, z.B. Boykott, Dienst nach Vorschrift (*work to rule*), Verlangsamung der Arbeitsleistung (*go slow*) und Verweigerung von Überstunden.

**Schlüsselwörter:** *Arbeitskampf, Gewerkschaftsrechte und –Freiheiten, Streik.*

## Riassunto

### **LE AZIONI INDUSTRIALI QUALI DIRITTI E LIBERTA' SINDACALI**

Nel contributo gli autori esaminano le azioni industriali in generale attraverso il prisma dei diritti e delle libertà sindacali con particolare attenzione per lo sciopero, quale più frequente tipo di azione industriale sindacale, ovvero dei lavoratori.

Attraverso il metodo comparato si tenta di analizzare e confrontare la legislazione giuslavorista croata con altri sistemi giuridici, sottolineando le singole peculiarità di ciascuno. Lo scopo del lavoro è di avvicinare ed esaminare la fattispecie delle azioni industriali; nondimeno, preliminarmente viene offerta un'introduzione piuttosto esaustiva nella disciplina dei diritti e delle libertà sindacali dai quali si ricava il diritto alle azioni industriali. Nella parte finale del lavoro vengono trattate le singole distinte azioni industriali dallo sciopero, quale astensione, allo sciopero bianco ed al rifiuto del lavoro straordinario.

***Parole chiave:*** azioni industriali, diritti sindacali, libertà sindacali, sciopero.



## L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Romana Pacia, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Trstu

UDK: 347.635.3 (450)  
Ur.: 22. travnja 2010  
Pr.: 20. lipnja 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

#### **ALIMENTACIJSKA OBVEZA U TALIJANSKOM PRAVNOM PORETKU**

*Pretpostavke alimentacijske obveze su stanje nužde te ekonomske prilike dužnika. Prva pretpostavka dopušta razlikovanje tog instituta od drugih obveza doprinošenja i uzdržavanja. Isto tako dopušta poistovjećivanje navedenog instituta s nasljednopravnim uzdržavanjem u korist bračnoga druga rastavljenog sa zaduženjem ili razvedenoga bračnoga druga. Druga pretpostavka ne zahtijeva posebnu marljivost dužnika, pa tako odstupa od općeg pravila čl. 1175 c.c. Smatra se da pravo na alimentaciju, koje se prema čl. 445. c.c. može ostvariti od dana tužbe ili dana interpellatio morae, ukoliko slijedi tužba u roku od šest mjeseci, ne isključuje konstitutivnu prirodu presude, budući da tužba ili interpellatio morae imaju isključivu funkciju ograničavanja retroaktivnosti sudske odluke. Radi se o kompleksnom slučaju, čiji su elementi potestativno pravo tužitelja te odluka o utvrđivanju priloženih činjenica, praćena posljedičnom kondemnatornom presudom.*

*Suprotno prevladavajućem stajalištu drži se da je, uz konsenzus dužnika, zabrana cesije alimentacijske tražbine iz čl. 447. c.c. savladiva. Napose, nije moguće zaključiti da navedena norma predviđa neraspoloživost prava i glede onih aspekata koji nisu eksplicitno uređeni (odustajanje, nagodba, kompromis tijekom arbitraže). Iz čl. 448 c.c. te iz odredbe koja predviđa legat u čl. 660 c.c., proizlazi da privatni subjekti imaju pravo stvaranja alimentacijskih obveza te mogućnost primjene na ista rješenja predviđena za zakonske obveze.*

*Uredba (EZ) br. 4/2009 (u primjeni od 18. listopada 2011.), zamjenom prethodnih odredaba te implementacijom odredaba Haške Konvencije od 23. studenog 2007. i Haškog Protokola od 23. studenoga 2007., sadrži u jednom jedinstvenom zakonskom aktu odredbe o nadležnosti, primjeni prava, priznavanju, izvršenju odluka, sudskim nagodbama te javnim aktima, pokriću troškova sa strane države te suradnji među središnjim vlastima. Uredba prihvaća zajednički pojam alimentacijske obveze, kojom se misli i na uzdržavanje, a odnosi se isključivo na obiteljskoppravne odnose. Glede pitanja*

*надлежности предствља комплетан и искључив систем, који у цијелости замјенjuje домаће одредбе; а чл. 15. предвиђа да се примјенjivo право одреди Хашким протоколом од 23. студенoga 2007.*

**Ključne riječi:** *pojam, protek roka, raspoloživost, izvori, Uredba.*

## **1. FONDAMENTO DELL'ISTITUTO**

Gli alimenti legali sono le prestazioni di assistenza materiale dovute per legge, da determinati soggetti, alla persona che si trova in stato di bisogno, al fine di consentirle di condurre una vita dignitosa<sup>1</sup>. Diversamente dal c.c. 1865, dove le norme in tema di alimenti erano collocate nell'ambito dei rapporti che ne rappresentavano il presupposto, il legislatore del 1942 ha voluto dettare una disciplina organica della materia in un titolo apposito (il tredicesimo) del libro primo, alla fine delle disposizioni sul diritto di famiglia, e ha riconosciuto, altresì, per la prima volta l'obbligazione alimentare legale anche in ambito extrafamiliare, a carico del donatario<sup>2</sup>. Entrambe le fattispecie contemplate negli artt. 433 ss. c.c., cioè l'appartenenza alla famiglia parentale o la presenza di un vincolo di gratitudine, mirano a realizzare, in ambito privatistico, quel dovere di solidarietà verso chi si trova in stato di bisogno, del quale sono espressione scelte normative operate anche in altri settori dell'ordinamento: è sufficiente ricordare, in ambito penale, il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex art. 570 c.p.*; in sede costituzionale, gli artt. 2 e 3, 2°co., e 38 Cost.<sup>3</sup>; nonché, recentemente, leggi speciali volte a riordinare il settore dei servizi sociali, quale, ad esempio, la l. 8.11.2000, n. 328, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

A questo riguardo, occorre premettere che la vicenda storica degli obblighi alimentari nell'ambito della famiglia e quella degli interventi assistenziali dello Stato hanno sempre seguito percorsi diversi, senza interferenze; oggi, tuttavia, la previsione di interventi pubblici sempre più incisivi in questo settore pone agli interpreti un problema di relazione tra vincolo alimentare e sistema di sicurezza sociale. Parte della dottrina pone ancora lo Stato in posizione sussidiaria, ma l'affermazione appare superata, non solo perché l'assistenza rappresenta un compito primario dello Stato, e lo dimostrano i sempre più numerosi interventi pubblici in materia, ma soprattutto perché l'azione della persona bisognosa nei confronti dei soggetti obbligati è del tutto discrezionale<sup>4</sup>; in ciò confortati anche dalle pronunce

1 V., per tutti, BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia-Le successioni*, 4°ed., Milano, 2005, 479.

2 Per una ricostruzione storica e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a ARGIROFFI, *Degli alimenti*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, 21 ss.

3 Si rinvia a PERSIANI, in *Commentario della Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1979, *sub art. 38*, 232 ss.; VIOLINI, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, *sub art. 38*, 775 ss.

4 DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato Bessone, Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999,



della Corte Costituzionale, dove spesso si insiste sul “diritto” del soggetto destinatario delle prestazioni pubbliche<sup>5</sup>. Tuttavia, non è ancora configurabile un superamento del vincolo alimentare e sembra più corretto leggere il rapporto in termini di alternatività, ponendo i due sistemi, privato e pubblico, in un rapporto di reciproca autonomia e indipendenza<sup>6</sup>: pertanto, l'istituto rimane ancora attuale, sia per la sua non perfetta sovrapposizione alle forme di intervento pubblico, sia per il particolare ruolo che spesso solo il familiare può svolgere nell'assistenza alla persona bisognosa<sup>7</sup>.

Le norme in materia di alimenti legali, imponendo ad un soggetto di provvedere ad un altro gratuitamente, limitano la libertà personale e, quindi, devono considerarsi eccezionali<sup>8</sup>. La natura della posizione attiva correlata all'obbligo alimentare è discussa in dottrina, in merito, non tanto alla sua qualifica di diritto soggettivo, quanto piuttosto alle caratteristiche del medesimo, a cominciare dalla sua eventuale appartenenza ai diritti relativi della personalità: in questo senso, infatti, si esprime chi riconduce il diritto agli alimenti ai “diritti fondamentali di solidarietà che si realizzano attraverso l'altrui cooperazione”<sup>9</sup>, con la precisazione che la conseguente natura non patrimoniale del medesimo non esclude, però, la patrimonialità del suo oggetto, in quanto la prestazione alimentare è pur sempre suscettibile di valutazione economica<sup>10</sup>. Tuttavia, proprio quest'ultima considerazione induce ad affermare la natura patrimoniale del diritto in sé<sup>11</sup>; nonché a ricondurre il medesimo, come si tratterà più avanti, alla categoria dei diritti potestativi o, secondo taluni, a quella dei diritti di credito<sup>12</sup>.

La scelta del legislatore del 1942 di dettare un quadro normativo organico ed

---

545 ss.; ROLANDO, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia. Tutela civile, penale, internazionale*, Milano, 2006, 285 ss.

5 Corte Cost., 30.7.1981, nn. 173 e 174, in *Foro it.*, 1981, I, 2617.

6 In questo senso, DOGLIOTTI, *op.cit.*, 547; ROLANDO, *op.cit.*, 290 ss.

7 Così FINO, *Procura generale e richiesta di alimenti: un connubio possibile?*, in *Giur.it.*, 1992, I, 2, 397 s.; TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 70 ss.

8 AULETTA, voce *Alimenti (dir.civ.)*, in *Enc.giur.*, I, Roma, 1988, 4.

9 Così BIANCA, *op.cit.*, 480, 486; GALLETTA, *Gli alimenti*, in *Trattato Ferrando*, II, Bologna, 2007, 927; SALA, *Gli alimenti*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo, Il diritto di famiglia*, II, 2<sup>ed.</sup>, Torino, 2007, 601.

10 AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 28; BIANCA, *op.cit.*, 486.

11 Sulla natura patrimoniale, v. anche T.Bari, ord. 14.8.1991, in *Giur.it.*, 1992, I, 2, 396. Invece, nel senso di una duplice natura dell'obbligo familiare, se pure con prevalenza dell'elemento patrimoniale, DOGLIOTTI, *op.cit.*, 465 s.

12 In termini di diritto potestativo, v. soprattutto VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, 72 ss., 125 ss.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 125 ss.; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Della famiglia* a cura di Balestra, III, Torino, 2009, sub art. 445, 549 ss.; anche G.B.FERRI, *Degli alimenti*, in *Commentario dir.it.famiglia*, IV, Padova, 1992, 663. Nel secondo senso, TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giur.sist.Bigiavi*, Torino, 1990, 460; in giurisprudenza, App.Trieste, 27.7.1956, in *Rep.For. it.*, 1957, voce *Alimenti*, n. 11; Cass.civ., 6.3.1970, n. 557, in *Giust.civ.*, 1970, I, 1020.

autonomo della materia, è da condividere, ma può apparire strana la collocazione nel libro primo al termine della disciplina del diritto di famiglia, perché, anche laddove il rapporto interessa soggetti legati da un vincolo familiare, non va dimenticato che l'istituto opera in una nozione di famiglia molto estesa, parentale appunto, e quindi diversa da quella c.d. "nucleare", alla quale è dedicato quasi esclusivamente il libro primo<sup>13</sup>.

Al riguardo, poi, occorre tenere conto dei profondi mutamenti normativi nel frattempo intervenuti, sia con l'introduzione del divorzio, sia con la riforma del diritto di famiglia, i quali hanno esteso l'obbligo assistenziale a momenti particolari della patologia coniugale, dove la prestazione prescinde dall'esistenza attuale di un vincolo familiare (si pensi alle conseguenze patrimoniali del divorzio e del matrimonio putativo) o, addirittura, è dovuta da chi può non avere mai avuto alcun legame con l'avente diritto, come negli assegni a carico dell'eredità previsti dagli artt. 548, 2°co., 585, 2°co., c.c. e 9 *bis* l. divorzio<sup>14</sup>.

In realtà, in attesa di un auspicabile intervento legislativo, sarebbe opportuno ripensare il rapporto alimentare alla luce delle sopravvenute novità normative e della disciplina delle obbligazioni in generale<sup>15</sup>. Spesso, il rifiuto di ricondurre a quest'istituto altre figure di natura sostanzialmente alimentare, deriva dalla volontà di mantenere inalterato il disegno organico prospettato dal codice e di non consentire in taluni casi deviazioni dalla disciplina autonoma e separata degli artt. 433 ss. c.c., ravvisandovi un *unicum* nel settore dei rapporti obbligatori: in questa prospettiva, finiscono per trovare giustificazione anche le interpretazioni fortemente restrittive di alcune norme, in particolare dell'art. 447 c.c. sulla disponibilità del credito alimentare; nonché, più in generale, la costante sottrazione della materia all'autonomia privata, nel senso di ritenere le norme in commento inapplicabili agli alimenti di fonte convenzionale.

## **2. ISTITUTI AFFINI: MANTENIMENTO E ASSEGNO DI DIVORZIO, ASSEgni SUCCESSORI, SUSSIDIO AL FALLITO, ANTICIPAZIONI ALLA FAMIGLIA COLONICA**

L'obbligo legale agli alimenti, quando interessa i congiunti, va distinto, nei presupposti e nella disciplina, da altri istituti che, nell'ambito della famiglia per lo più nucleare, sono anch'essi legati alla solidarietà familiare.

Il riferimento, anzitutto, è all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, che grava su entrambi i coniugi *ex art.* 143, 3°co., c.c. e sul figlio convivente *ex art.*

13 SALA, *op.cit.*, 599. La non appartenenza del diritto agli alimenti all'ambito dei rapporti familiari è stata affermata da Cass.civ., 6.3.1970, n. 557, cit., la quale, nel giudizio di delibazione di una sentenza di condanna agli alimenti a favore del figlio naturale, ha ritenuto non invocabili i principi di ordine pubblico in materia familiare, dovendosi applicare l'abrogato art. 25 disp. prel.c.c. in tema di obbligazioni patrimoniali.

14 In argomento, v. ARGIROFFI, *op.cit.*, 27 ss.

15 ARGIROFFI, *op.cit.*, 233 ss.

315 c.c.; al dovere di mantenimento del figlio, che grava sui genitori *ex art.* 147 c.c. e, in via sussidiaria, sugli ascendenti anche naturali *ex art.* 148 c.c.; in caso di separazione personale, all'eventuale dovere di mantenimento del coniuge che non abbia adeguati redditi propri ed al quale non sia addebitabile la separazione *ex art.* 156 c.c.; al mantenimento previsto a favore del familiare collaboratore nell'impresa familiare dall'*art.* 230 *bis*, 1°co., c.c. e a favore del coniuge in buona fede nell'ambito del matrimonio putativo dagli *artt.* 129, 1°co., e 129 *bis* c.c.<sup>16</sup>. Le obbligazioni appena ricordate si differenziano dagli alimenti, perché prescindono dallo stato di bisogno, inteso come incapacità di provvedere al proprio sostentamento, e hanno un contenuto più ampio, in quanto mirano ad integrare in una comune condizione economica e sociale le persone legate dal rispettivo diritto ed obbligo, con una diversità, non solo quantitativa, ma anche qualitativa rispetto agli alimenti<sup>17</sup>.

Nell'ambito del divorzio, invece, l'*art.* 5, 6°co., l. divorzio riconosce al coniuge, "che non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive", il diritto ad un assegno, tenuto conto però anche di numerosi altri parametri, quali le condizioni e il reddito dei coniugi, il contributo dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione dei rispettivi patrimoni e di quello comune, le ragioni della decisione e, infine, la durata del matrimonio. E' frequente l'affermazione che il medesimo costituisce un effetto diretto della pronuncia di divorzio, da determinarsi con criteri propri ed autonomi<sup>18</sup>. In particolare, gli interpreti, pur concordi sulla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, sono tuttavia divisi sul significato da attribuire all'adeguatezza dei mezzi: la mancanza di un parametro di riferimento ha condotto a risultati differenti, secondo che la medesima venga rapportata al tenore di

16 Sul dovere di contribuzione e sugli obblighi di mantenimento, v. ampiamente DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1994, 29 ss., 49 ss.

17 Per un approfondimento sul contenuto del mantenimento in relazione a quello dell'obbligo alimentare, si rinvia a G.B.FERRI, *op.cit.*, 589 ss. Con riferimento al mantenimento tra coniugi separati, da ultimo, Cass.civ., 9.10.2007, n. 21097, in *Fam. e dir.*, 2008, 334, con nota di C.CARBONE, *Criteri di determinazione e modalità di valutazione dell'assegno di mantenimento*; Cass.civ., 7.7.2008, n. 18613, in *Foro it.*, 2008, I, 3157, con ampia nota redazionale di CASABURI; App. Brescia, 16.6.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 259, con nota di LOCATELLI, *Separazione giudiziale, obblighi di mantenimento e variazioni reddituali per volontaria cessazione dell'attività lavorativa del debitore*. In relazione al mantenimento nella separazione, è ancora minoritaria l'opinione di chi lo rapporta a normali e dignitose esigenze di vita, indipendenti però dalla situazione di benessere goduta in costanza di matrimonio: in questo senso, M.BIN, *I rapporti di famiglia*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 1989, 325 s. Sull'argomento, anche per il tentativo di ridurre, in una prospettiva europea, le contrapposizioni tra le varie figure con funzione assistenziale, ivi compreso l'assegno di divorzio, si rinvia diffusamente a CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, in *Trattato Ferrando*, I, Bologna, 2007, 871 ss.; S.PATTI, *Crisi del rapporto coniugale e obblighi di mantenimento*, in *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea* a cura di Roppo e Savorani, Torino, 2008, 21 ss.

18 Cass.civ., 23.6.2008, n. 17017, in <http://bd46.leggiditalia.it>. Sul tema, ampiamente, CUBEDDU, *op.cit.*, 871 ss.; FINESSI, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008, *sub art.* 5, 6°co., l.div., 1375 ss.

vita coniugale<sup>19</sup>, oppure ad un'esistenza libera e dignitosa<sup>20</sup> o, addirittura, allo stato di bisogno<sup>21</sup>. Tuttavia, anche a volere ravvisare nello stato di bisogno, così come inteso in ambito alimentare, il presupposto dell'assegno di divorzio, non bisogna dimenticare la rilevanza attribuita dalla legge agli ulteriori parametri indicati nell'art. 5, 6°co., l. divorzio, per aumentare o diminuire il *quantum* della prestazione: di qui la necessaria conclusione che l'assegno di divorzio presenta una configurazione diversa ed autonoma dal normale credito alimentare.

Più delicato si presenta il problema in ambito successorio, dove il legislatore sembra riconoscere un assegno di natura alimentare al coniuge separato con addebito ed anche al coniuge divorziato.

Nella prima ipotesi, l'art. 548, 2°co., c.c., richiamato dall'art. 585, 2°co., c.c., attribuisce al coniuge solo un assegno vitalizio, se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti legali a carico del coniuge deceduto, trovandosi in stato di bisogno: l'ammontare non può eccedere quello goduto a titolo di alimenti e va commisurato alle sostanze ereditarie, alla qualità e al numero degli eredi legittimi. Appare preferibile la tesi che riconosce all'assegno carattere anche alimentare, cui non sono di ostacolo, né la natura di riserva, né il carattere vitalizio, da intendersi come non eccedente la vita dell'avente diritto, nel perdurare però dello stato di bisogno<sup>22</sup>.

- 
- 19 Tesi prevalente nella giurisprudenza, che considera i criteri indicati dall'art. 5, 6°co., l. divorzio, come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto: Cass.civ., S.U., 29.11.1990, n. 11490, in *Giust.civ.*, 1990, I, 2789; Cass.civ., 2.7.2007, n. 14965, Cass.civ., 12.7.2007, n. 15610, Cass.civ., 12.7.2007, n. 15611, in *Fam. e dir.*, 2007, 1090, con nota di R.RUSSO, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento*; Cass., 14.1.2008, n. 593, in *Fam.pers.succ.*, 2008, 903, con nota di ZAULI, *Presupposti e determinazione dell'assegno di mantenimento in seguito a divorzio*, e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali; Cass.civ., 14.11.2008, n. 27234, in *Foro it.*, 2009, I, 414; Cass.civ., 30.3.2009, n. 7614, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, I, 907, dove il parametro di riferimento è il tenore di vita anche solo potenziale, rispetto a quello effettivamente goduto; Cass.civ., 4.5.2009, n.10221, in *Fam. e dir.*, 2009, 894; altresì sottolineando l'irrelevanza, sotto il profilo dell'*an*, della durata (nel caso molto breve) del matrimonio (Cass.civ., 3.12.2008, n. 28741, in *Fam. e dir.*, 2009, 467; Cass.civ., 4.2.2009, n. 2721, *ibidem*, 682). In dottrina, fra i tanti, BIANCA, *op.cit.*, 277 ss.; DOSSETTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, I, 2°ed., Torino, 2007, 786 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 3°ed., Padova, 2009, 156 s.
- 20 E'questa l'opinione prevalente in dottrina (per tutti, BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 334 ss.; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 3°ed., Milano, 2010, 572 ss.), ma isolata in giurisprudenza, soprattutto dopo le S.U. del 1990 (Cass.civ., 17.4.1991, n. 4098, in *Foro it.*, 1991, I, 1412; Trib.Parma, 12.11.1998, in *Fam. e dir.*, 1999, 169).
- 21 Trattasi di tesi minoritaria: da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 64 ss., spec. 71 ss.
- 22 G.GABRIELLI, in *Commentario dir.it.famiglia*, V, Padova, 1992, sub art. 548, 85 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 233 s.; BASINI, *I diritti successorii del coniuge separato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, Milano, 2009, 204 ss.; CANTELMO, *I beneficiari della riserva*, in *Trattato breve successioni e donazioni* diretto da Rescigno e coordinato da Ieva, I, 2 ed., Padova, 2010, 575 s. Diversamente, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 6°ed., Milano, 1999, 190

Nella seconda ipotesi, l'art. 9 bis l. divorzio prevede, in presenza di determinati presupposti, titolarità dell'assegno di divorzio e stato di bisogno, la possibilità di attribuire, dopo il decesso dell'obbligato, un assegno periodico a carico dell'eredità, tenendo conto dell'importo dell'assegno post-coniugale, dell'entità del bisogno, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche<sup>23</sup>. Anche senza affrontare il problema della natura successoria dell'assegno<sup>24</sup>, il carattere alimentare sembra difficilmente contestabile, sia per il riferimento allo stato di bisogno<sup>25</sup>, sia per la previsione testuale della caratteristica più significativa degli alimenti, cioè la possibilità che il diritto nasca e, ove cessato, risorga in corrispondenza della situazione di bisogno<sup>26</sup>.

Da quanto detto, con riferimento ad entrambi gli assegni, dovrebbe conseguire l'applicabilità delle norme in materia di alimenti, in quanto compatibili<sup>27</sup>.

Nell'ambito del fallimento, l'art. 47, 1°co., l. fall. dispone che, "se al fallito vengono a mancare i mezzi di sussistenza, il giudice delegato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, può concedergli un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la famiglia". Anche se l'espressione usata dalla legge appare analoga allo stato di bisogno, tuttavia la fattispecie non è riconducibile all'istituto in esame, e ciò per varie ragioni: anzitutto, trattasi di prestazioni provenienti dallo stesso patrimonio del fallito<sup>28</sup>; inoltre, il sussidio può essere disposto a favore, non solo del fallito, ma anche della sua famiglia; ma soprattutto la sua concessione è rimessa alla discrezionalità del giudice e non costituisce un diritto soggettivo<sup>29</sup>.

- 
- ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle successioni*, 2°ed., Torino, 2003, 127; BARBIERA, *op.cit.*, 367 s.; MASCHERONI, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, I, Torino, 2009, 582 ss.
- 23 Sul tema, ampiamente, BONILINI, *I diritti successori del coniuge divorziato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, cit., 229 ss.
- 24 Secondo la maggior parte degli interpreti, trattarsi di un legato *ex lege*: MENGONI, *op.cit.*, 200 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 307; BONILINI, *op.ult.cit.*, 250 ss.; MASCHERONI, *op.cit.*, sub art.548, 588. Invece, parlano di diritto di credito a contenuto alimentare, DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 268; BARBIERA, *op.cit.*, 376 ss.
- 25 TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato Zatti*, I, 2, Milano, 2002, 1284 s.; BARBIERA, *op.cit.*, 376 s.; Cass.civ., 17.7.1992, n. 8687, in *Foro it.*, 1993, I, 790; Cass.civ., 14.5.2004, n. 9185, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2005, I, 515. Tuttavia, altri identifica lo stato di bisogno con la mancanza di quei mezzi adeguati che rilevano ai fini dell'assegno di divorzio per consentire un'esistenza economicamente autonoma, libera e dignitosa (BONILINI, *op.ult.cit.*, 242 s.) o per mantenere il livello di vita matrimoniale (BIANCA, *op.cit.*, 305 s.).
- 26 MENGONI, *op.cit.*, 205 s.; TOTARO, *op.cit.*, 1286 ss.; SESTA, *op.cit.*, 169; CANTELMO, *op.cit.*, 576 s.; v., però, BIANCA, *op.cit.*, 306 s., e SALA, *op.cit.*, 628, che parlano di legato assistenziale.
- 27 Per ulteriori riferimenti, si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 483 s.; limitatamente all'ipotesi dell'art.9 bis l.div., MASCHERONI, *op.loc.ult.cit.*
- 28 BIANCA, *op.cit.*, 481.
- 29 DOGLIOTTI, *Doveri familiari*, cit., 187 ss., SALA, *op.cit.*, 615; in giurisprudenza, Cass.civ., 14.5.2001, n. 3664, in *Fallimento*, 2002, 141, con nota di CECCHERINI, *Alimenti e diritti soggettivi nel fallimento*; Cass.civ., 25.2.2002, n. 2755, in *Dir.fall.*, 2002, II, 199, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Il fallito non ha diritto agli alimenti, ma una mera aspettativa. Contra* Cass.civ., 14.4.1999, n. 3518, in *Dir.fall.*, 2000, II, 317, con nota di RAGUSA MAGGIORE,

Da ultimo, con riferimento al contratto di mezzadria, l'art. 2154 c.c. stabilisce l'obbligo del concedente di somministrare senza interessi il necessario per il mantenimento della famiglia colonica, quando il raccolto, per causa non imputabile al mezzadro, sia insufficiente a coprire i bisogni alimentari della stessa; con potere del giudice di disporre il rimborso rateale. Il carattere di anticipazione dell'assegno e la possibilità di un suo rimborso escludono la riconducibilità della figura agli alimenti legali<sup>30</sup>.

### 3. I SOGGETTI OBBLIGATI

Le disposizioni, che individuano i soggetti tenuti all'obbligazione alimentare, sono contenute negli artt. 437 e 433 c.c.: il primo contempla il donatario con precedenza su ogni altro obbligato, fatta eccezione per le donazioni obnuziale e remuneratoria; il secondo contiene un elenco di soggetti chiamati alla prestazione alimentare, dopo il donatario, sulla base del particolare legame di coniugio, parentela o affinità con l'avente diritto.

In relazione al donatario, la *ratio* della norma risiede nell'esigenza di tutelare la famiglia del donante che, delusa nelle aspettative ereditarie dei beni donati, non dev'essere costretta a farsi carico anche del sostentamento del donante<sup>31</sup>. L'obbligo del donatario ha sempre fonte legale ed il contratto di donazione è solo "elemento costitutivo di una fattispecie complessa", cui la legge ricollega l'effetto alimentare<sup>32</sup>. Nel silenzio della legge, si discute se siano fonte dell'obbligo alimentare solo

---

*Gli alimenti al fallito: diritto soggettivo del fallito o facoltà del giudice?*

- 30 G.B.FERRI, *op.cit.*, 574; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 189 s.; SALA, *op.cit.*, 614 s.
- 31 Così, da ultimo, CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt.dir.civ. Consiglio Nazionale Notariato* diretto da Perlingieri, Esi, Napoli, 2009, 664; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 1009 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 41 ss.. Altri individua il fondamento della previsione nel dovere di gratitudine e di riconoscenza che lega il beneficiario al donante (così VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, 4, *Personae e famiglia*, III, 2°ed., Torino, 1997, 973; BIANCA, *op.cit.*, 480; in giurisprudenza, Trib. Napoli 15.5.1975, in *Dir.e giust.*, 1976, 549); ma tale giustificazione male si concilia con il limite quantitativo posto all'obbligo del donante dall'art. 438, 3°co., c.c., con l'esclusione delle donazioni obnuziali e, soprattutto, con la collocazione del donatario al primo posto tra i soggetti obbligati.
- 32 Nello stesso senso anche la giurisprudenza tributaria, per la quale deve applicarsi l'aliquota prevista per gli atti a titolo gratuito anche al contratto di donazione che richiami l'obbligo alimentare del donatario, non essendo questo elemento sufficiente, salvo prova contraria, a fare ritenere che l'obbligo costituisca il corrispettivo della donazione: Comm.Trib.centri, 3.10.1984, n.8519, in *Dir.prat.trib.*, 1985, II, 899, con nota di URICCHIO, *Sulla gratuità della donazione con obbligo di alimenti a carico del donatario. Profili probatori*. AULETTA, *Legato di alimenti, obbligo alimentare del donatario e conseguenze revocatorie dell'attribuzione. Rilevanza dello stato di bisogno per l'attivazione delle tutele*, in PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato Alpa-Patti*, Padova, 2008, 689, dal fatto che l'obbligazione legale presuppone lo stato di bisogno, trae l'ovvia conseguenza che il donatario non è tenuto ad alcuna prestazione verso il donante, che sia anche beneficiario di un legato di alimenti, perché l'obbligazione convenzionale precede quella legale.

il contratto di donazione dell'art. 769 c.c. ovvero anche le liberalità atipiche o donazioni indirette, ma è preferibile la seconda soluzione, sia per la *ratio* della norma, sia per un argomento sistematico: infatti, l'indebito rifiuto degli alimenti da parte del donatario, che sia anche familiare dell'alimentando, è causa di revocazione della donazione per ingratitudine, ai sensi dell'art. 801 c.c.; ma il successivo art. 809, 1°co., c.c. dispone che a tale istituto sono soggetti anche gli atti di liberalità diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., con ciò mostrando di presupporre che l'obbligazione alimentare gravi anche sul beneficiario di donazioni indirette<sup>33</sup>.

L'art. 437 c.c. indica due casi, nei quali la donazione non costituisce presupposto per l'obbligo di prestare gli alimenti: il primo è costituito dalla donazione obnuziale dell'art. 785 c.c.; il secondo è riferito alla donazione remuneratoria dell'art. 770, 1°co., c.c., dove la liberalità è fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. A queste fattispecie testualmente previste, devono aggiungersi anche le liberalità fatte in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi: anzitutto, non sono considerate donazioni dall'art. 770, 2°co., c.c.; inoltre, l'art. 809, 2°co., c.c. non ammette per queste liberalità la revocazione per ingratitudine, così come l'art. 805 c.c. non la consente per le due esclusioni testuali dell'art. 437 c.c.; infine, trattasi di attribuzioni patrimoniali modeste, tali da non incidere sensibilmente sul patrimonio del donatario<sup>34</sup>.

Se il valore della donazione non è sufficiente a coprire i bisogni dell'alimentando e se tra donante e donatario esiste anche un vincolo familiare, il secondo sarà tenuto a prestare gli alimenti nell'ordine dell'art. 433 c.c. e in proporzione alle proprie condizioni economiche. In questa seconda ipotesi, se il donatario rifiuta gli alimenti indebitamente, cioè in presenza di tutti i presupposti dell'obbligo alimentare, trova applicazione l'art. 801 c.c. e il donante può chiedere la revocazione della donazione per ingratitudine, al valore che essa aveva al tempo dell'attribuzione, o in via alternativa agire per gli alimenti<sup>35</sup>. Il rinvio operato dall'art. 801 c.c. alle prestazioni dovute ai sensi degli artt. 433 e 436 c.c., e non anche dell'art. 437 c.c., comporta che la revocazione sia possibile solo quando il donatario è parente o affine del donante e la soluzione si giustifica perché solo in presenza di rapporti anche familiari la condotta del beneficiario dell'atto di liberalità appare particolarmente deplorabile e tale da giustificare simile sanzione<sup>36</sup>.

33 In questo senso, PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 69 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 46 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 1013; GATT, *La liberalità*, Torino, 2000, 52, limita l'applicabilità della norma alle fattispecie in cui rileva giuridicamente l'*animus donandi*. Contra BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 16.

34 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 1013.

35 Da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 45.

36 Così anche in giurisprudenza: Cass. 17.5.1968, n.1557, in *Foro it.*, 1968, I, 1784; Trib.Napoli, 14.6.2004, in *Giur.mer.*, 2005, 825; in dottrina, da ultimo, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2°ed. a cura di Carnevali e Mora, Milano, 2006, 684 s.; CALICE, *La revocazione della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, cit., 1232; G.SCOGNAMIGLIO, *La revocazione delle donazioni*, in *Trattato breve successioni e donazioni*, cit., II, 2°ed., Padova, 2010, 569. Altri, considerata l'identità di *ratio* dell'obbligo alimentare nelle due ipotesi, estende la sanzione della revocazione anche al

L'elenco dei soggetti chiamati, di cui all'art. 433 c.c., è da considerarsi tassativo e l'obbligo grava sui congiunti in ordine di prossimità, nel senso che il primo soggetto in grado di adempiere esclude quelli di grado successivo, come risulta testualmente dall'art. 441, 2°co., c.c. in tema di concorso di obbligati di grado diverso<sup>37</sup>.

Il coniuge è il primo familiare sul quale grava l'obbligazione alimentare, che però ha carattere residuale, in quanto egli è normalmente tenuto al più ampio obbligo di assistenza morale e materiale, nonché di contribuzione ai bisogni della famiglia ai sensi dell'art. 143 c.c.: pertanto, al di fuori dell'assegno a favore del coniuge dell'assente, previsto dall'art. 51 c.c., e di talune ipotesi legate alla patologia del rapporto coniugale, sono davvero limitati i casi in cui può parlarsi di rapporto alimentare.

Un problema di alimenti può sorgere nell'ipotesi di allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare, perché l'art. 146, 1°co., c.c. dispone la sospensione dell'assistenza morale e materiale nei confronti del coniuge che, allontanatosi, rifiuta di riprendere la convivenza. All'opinione della giurisprudenza e di parte autorevole della dottrina che affermano la sospensione di qualsiasi obbligazione alimentare, richiamandosi alla funzione coercitiva della norma<sup>38</sup>, è da preferire l'orientamento favorevole alla permanenza dell'obbligo alimentare, sia per la lettera della legge, in quanto l'assistenza morale e materiale è cosa diversa, anche sotto il profilo qualitativo, dagli alimenti<sup>39</sup>; sia perché sarebbe incongruo fare derivare dall'allontanamento effetti maggiormente pregiudizievoli per il coniuge rispetto a quelli conseguenti ad una separazione con addebito<sup>40</sup>.

Con la separazione legale viene meno il dovere reciproco di contribuzione e ad esso può eventualmente sostituirsi l'obbligo di mantenimento, su accordo tra i coniugi o per provvedimento giudiziale nell'ipotesi dell'art. 156, 1°co., c.c., quando ne faccia richiesta il coniuge privo di adeguati redditi propri, al quale non sia addebitabile la separazione: il mantenimento, però, ha presupposti e contenuto diversi dall'obbligo alimentare. Pertanto, un diritto agli alimenti è configurabile, ai sensi del terzo comma della norma, solo a favore del coniuge, al quale sia stata addebitata la separazione.

La cessazione del vincolo coniugale può comportare la nascita di un obbligo alimentare solo nel caso di matrimonio putativo nell'ipotesi contemplata dall'art. 129 *bis*, 1°co., c.c.: si prevede, infatti, che il coniuge, cui sia imputabile la nullità

---

donatario non familiare e propone di superare la lettera della norma riconducendo il rifiuto degli alimenti al parametro dell'ingiuria grave: SALA, *op.ult.cit.*, 1021 s.; v. anche CARRABBA, *op.cit.*, 672 ss.

37 L'opinione è pacifica: *ex plurimis* BIANCA, *op.cit.*, 481.

38 In particolare, AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 5; GALLETTA, *op.cit.*, 933; in giurisprudenza, da ultimo, Cass.civ., 25.10.1978, n. 4842, in *Foro it.*, 1980, I, 1135, con nota critica di IANNARELLI, *L'allontanamento dalla residenza familiare ed i rapporti patrimoniali tra coniugi*.

39 G.B.FERRI, *op.cit.*, 606 s.; SALA, *Gli alimenti*, cit., 606.

40 Con possibili profili di legittimità costituzionale: DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 473.



del matrimonio, debba corrispondere all'altro coniuge una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto, di ammontare non inferiore alla somma corrispondente al mantenimento per un triennio; inoltre, è tenuto a prestare gli alimenti, se non vi sono altri obbligati. La seconda previsione, introdotta con la riforma del 1975, presenta alcune peculiarità, perchè la pretesa alimentare è legata, non ad una posizione familiare dell'avente diritto, ma ad un fatto che lo riguarda (la contrazione del matrimonio in buona fede), ed il corrispondente obbligo è dettato anche a titolo di sanzione per l'altro coniuge<sup>41</sup>: è proprio questa natura sanzionatoria che giustifica la previsione di un obbligo alimentare a carico di chi, altrimenti, non vi sarebbe tenuto e giustifica, altresì, la sua collocazione all'ultimo posto dei chiamati indicati dall'art. 433 c.c.<sup>42</sup>. Il diritto agli alimenti è riconosciuto senza limiti di tempo, ma deve ritenersi, nel silenzio dell'art. 129 *bis* c.c., che il medesimo cessa con il passaggio a nuove nozze del titolare, in analogia a quanto disposto dall'art. 129, 1°co., c.c. e dall'art. 5, 10°co., l. divorzio, perchè è alla nuova famiglia che spetta il compito di provvedere al suo sostentamento<sup>43</sup>.

Da ultimo, una particolare ipotesi di obbligo alimentare è prevista dall'art. 51 c.c. a favore del coniuge dell'assente, il quale, "oltre a ciò che gli spetta per effetto del regime patrimoniale dei coniugi e per titolo di successione, può ottenere dal tribunale, in caso di bisogno, un assegno alimentare da determinarsi secondo le condizioni della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente". Il riferimento allo stato di bisogno ed al contenuto dell'obbligo inducono a ritenere che trattasi, non già di un diritto successorio<sup>44</sup>, bensì di un vero e proprio assegno alimentare, interamente soggetto alla disciplina del codice, tranne che per quanto riguarda la durata, dal momento che l'obbligo correlativo, gravante sulle rendite di chi è stato immesso nel godimento temporaneo dei beni dell'assente, è destinato ad estinguersi col venire meno della situazione di incertezza<sup>45</sup>.

L'art. 433, n.2, c.c., dopo il coniuge, individua nell'ordine dei chiamati i figli legittimi, legittimati, naturali e adottivi, i quali sono tutti egualmente obbligati e, nel concorso, sono tenuti in proporzione delle rispettive condizioni economiche, secondo la regola dell'art. 441, 1°co., c.c.; nel caso di mancanza, da intendersi anche come impossibilità economica, dei figli, l'obbligo passa ai discendenti in ordine di prossimità, ed anche in questo caso i discendenti legittimi si trovano parificati a quelli naturali. Peraltro, di un obbligo alimentare dei figli può parlarsi solo quando,

41 In particolare, G.B.FERRI, *op.cit.*, 607 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 941 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 470 s.

42 Invece, considera "strana" la scelta di posporre il coniuge agli altri obbligati, TRABUCCHI, voce *Alimenti*, in *Noviss.Dig.it.*, App., I, Torino, 1980, 230; mentre TERRANOVA, *op.cit.*, 193, ritiene il dato letterale insufficiente a sovvertire tutto il sistema dei soggetti obbligati.

43 In questo senso, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 942; AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Trattato Ferrando*, I, cit., 320.

44 Così, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 474 s.

45 In questo senso, PROVERA, voce *Alimenti*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 264; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 947; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 497 s., cui si rinvia in merito alla ratio della previsione.

cessata la convivenza con i genitori, venga meno anche il loro obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, ai sensi dell'art. 315 c.c.<sup>46</sup>.

L'adozione, cui si riferisce la legge, è quella ordinaria di persone maggiori di età *ex artt.* 291 ss. c.c. e quella di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss. l. adoz. e disciplinata dalle medesime regole in virtù del richiamo ivi contenuto nell'art. 55, perché l'adozione legittimante produce gli stessi effetti della filiazione legittima<sup>47</sup>. Per quanto riguarda i discendenti, è preferibile la soluzione che esclude dalla nozione gli adottati, sempre con adozione ordinaria, dal figlio adottivo dell'alimentando: non solo per il dato letterale che, menzionando "i discendenti prossimi, anche naturali", sembra riferirsi, alternativamente, solo a quelli legittimi<sup>48</sup>; ma soprattutto perché l'art. 433, n. 3, c.c., nell'ipotesi inversa, riconosce il diritto agli alimenti dell'adottato nei confronti dell'adottante e non anche degli ulteriori ascendenti<sup>49</sup>.

Dopo i discendenti, nell'ordine degli obbligati sono chiamati i genitori, anche in questo caso con totale equiparazione tra parentela legittima e naturale. Però, su entrambi prevalgono, ai sensi del successivo art. 436 c.c., gli adottanti, sempre con adozione non legittimante<sup>50</sup>: quest'ultima, tuttavia, attenua, senza escludere, il vincolo dell'adottato con la propria famiglia d'origine e di conseguenza, nel caso di revoca o di annullamento dell'adozione, ovvero di mutamento delle condizioni economiche dell'adottante, risorge l'obbligo dei genitori legittimi o naturali nei confronti dell'adottato, quantunque posposto a quello del coniuge, dei figli e dei discendenti dell'alimentando<sup>51</sup>.

Solo in mancanza di genitori, sono tenuti agli alimenti gli ascendenti, legittimi o naturali, in ordine di prossimità: tuttavia, deve ritenersi che l'obbligo di questi ultimi non subentri nel caso in cui uno solo dei genitori versi in stato di impossibilità, poiché è necessario che anche i mezzi economici dell'altro genitore siano insufficienti<sup>52</sup>.

46 Per tutti, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 475. Invece, si discute se siano tenuti agli alimenti anche i figli naturali non riconosciuti e quelli non riconoscibili, ai quali la legge espressamente attribuisce, nell'art. 279, 1°co., c.c., il diritto di agire nei confronti del genitore per il mantenimento e, se maggiorenni, per gli alimenti. La soluzione negativa, prevalente tra gli interpreti, è da condividere e si fonda sulla considerazione che non appare meritevole di tutela la condizione del genitore che non abbia voluto riconoscere il proprio figlio oppure abbia dato origine consapevolmente ad un rapporto incestuoso: così, da ultimo, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 475 ss.; SALA, *op.ult.cit.*, 607; diversamente, G.B.FERRI, *op.cit.*, 614 ss.

47 *Ex plurimis*, G.B.FERRI, *op.cit.*, 616; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 477.

48 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 959.

49 E' questa l'opinione prevalente: per tutti, G.B.FERRI, *op.cit.*, 616 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 608; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 499 s., cui si rinvia per ulteriori problemi applicativi. Di diverso avviso, TRABUCCHI, *op.cit.*, 232 s.

50 Infatti, la disposizione presuppone che possano concorrere due fonti di obbligazione alimentare: fra i tanti, FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato Zatti*, I, 1, Milano, 2002, 90.

51 FIGONE, *op.cit.*, 91.

52 Così in giurisprudenza, con riferimento al mantenimento, Trib.Roma, 7.4.2004, in *Giur.mer.*, 2004, 1332.

Anche per i genitori e per gli ascendenti l'obbligo alimentare presenta un carattere residuale, in quanto essi sono tenuti al più ampio dovere di mantenimento previsto dagli artt. 147 e 148 c.c. Si ritiene comunemente che gli ascendenti non siano tenuti verso i nipoti irriconoscibili<sup>53</sup>; ma in contrario è decisivo il rilievo che, in mancanza dei genitori (i quali devono prestare gli alimenti ai sensi dell'art. 279, 1°co., c.c.), la norma in esame pone il loro obbligo a carico degli ascendenti, anche naturali<sup>54</sup>.

Nei confronti del figlio legittimato, è obbligato il genitore che ha proceduto alla legittimazione e il figlio, che pretenda invece gli alimenti da quello naturale, deve prima impugnare la legittimazione<sup>55</sup>.

Gli ascendenti non sono obbligati agli alimenti verso gli adottati, con adozione non legittimante, dei propri figli, come risulta testualmente dall'art. 433, n. 3, c.c., il quale non prevede che, in mancanza dell'adottante, siano tenuti i suoi ascendenti<sup>56</sup>. Invece, per la soluzione in precedenza accolta circa l'obbligo alimentare dei discendenti del figlio adottivo verso gli ascendenti di quest'ultimo, deve coerentemente ritenersi che, nell'ipotesi opposta, anche gli adottanti possano venire chiamati alla prestazione alimentare nei confronti dei figli dell'adottato<sup>57</sup>.

L'art. 433, nn. 4 e 5, c.c. contempla due figure di affini di primo grado in linea retta – genero e nuora, suocero e suocera - senza distinguere tra affini legittimi e naturali<sup>58</sup>. Peraltro, il principio dell'equiparazione, almeno rispetto all'obbligo alimentare, tra famiglia legittima e naturale può giustificare il sorgere di un'obbligazione alimentare reciproca tra genitori e coniuge del proprio figlio naturale<sup>59</sup>. Invece, deve escludersi che l'obbligo alimentare sussista nei rapporti tra genitori adottivi, con adozione ordinaria, e coniuge del figlio adottato, poiché l'affinità presuppone un legame di parentela, cioè di discendenza da uno stipite comune, che manca nel caso dell'adozione<sup>60</sup>.

Ai sensi del successivo art. 434 c.c., l'obbligazione alimentare tra affini cessa in due ipotesi, la cui *ratio* è certamente legata all'allentarsi del vincolo di affinità.

53 Così TRABUCCHI, *op.cit.*, 232; PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 618; DOGLIOTTI, *op.ult. cit.*, 480; FIGONE, *op.cit.*, 90.

54 BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 12.

55 Cass.civ., 8.7.1958, n. 2455, in *Giust.civ.*, 1958, I, 1159.

56 G.B.FERRI, *op.cit.*, 618 ss., pur ritenendo la scelta legislativa ingiustificata; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 964.

57 Ma si tratta di opinione minoritaria: BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 12; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 501.

58 Parte della dottrina segnala la carenza, non più giustificata nell'evoluzione del costume sociale, di qualsiasi previsione alimentare nell'ambito di un'altra categoria di affini in linea retta sempre più presente nella realtà delle famiglie ricomposte, quella tra il coniuge ed i figli dell'altro coniuge: RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 7; GALLETTA, *op.cit.*, 934, e ivi ulteriori riferimenti.

59 In questo senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 620; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 971; BIANCA, *op.cit.*, 482. *Contra*, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 482, pur ponendosi dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 258 c.c., in quanto fonte di tale esclusione.

60 PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972. Di diverso avviso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 621.

La prima fattispecie è il passaggio a nuove nozze dell'avente diritto<sup>61</sup>: trattandosi di estinzione, e non di quiescenza, il vincolo alimentare non potrà rivivere nel caso di scioglimento del secondo matrimonio<sup>62</sup>. La seconda ipotesi è legata alla morte del coniuge dal quale deriva il vincolo di affinità, se non vi sono figli, per tali intendendosi anche quelli adottati con adozione legittimante<sup>63</sup>, ovvero se anche i figli ed i loro discendenti sono morti: la formulazione letterale consente di affermare che la morte, a differenza del passaggio a nuove nozze, comporta l'estinzione dei reciproci obblighi e diritti alimentari.

Ai casi testualmente previsti di estinzione dell'obbligo alimentare, deve aggiungersi anche la dichiarazione di nullità del matrimonio, dal quale sia sorto il vincolo, perché l'art. 78, 3°co., c.c. espressamente prevede in quest'ipotesi la cessazione dell'affinità, facendo salvi solo gli effetti di cui all'art. 87, n.4, c.c. in tema di impedimenti al matrimonio<sup>64</sup>. Con riferimento al divorzio, non contemplato nell'art. 434 c.c. perché anteriore all'introduzione dell'istituto, potrebbe apparire coerente adottare la medesima soluzione<sup>65</sup>, ma in realtà la somiglianza sussiste, piuttosto, tra la morte – che per l'art. 78, 3°co., c.c. non determina la cessazione dell'affinità - ed il sopravvenuto divorzio, in quanto entrambi cause di scioglimento del matrimonio: pertanto, la pronuncia di divorzio di regola non determina la caducazione dell'obbligo alimentare, ma fa cessare il vincolo solo qualora si ricada nelle fattispecie contemplate dall'art. 434 c.c.<sup>66</sup>.

All'ultimo grado degli obbligati rimangono fratelli e sorelle, con precedenza dei germani su quelli unilaterali: sicuramente nella categoria sono ricompresi anche i fratelli legittimati e adottati con adozione legittimante; mentre è controverso se l'obbligo sussista tra fratelli naturali, cioè tra figli naturali ovvero tra figli naturali e legittimi della stessa persona. Al riguardo, tuttavia, l'art. 258 c.c. sembra non consentire deroghe, perché l'estensione, peraltro testuale, dell'obbligazione alimentare alla famiglia naturale attuata nei numeri 2 e 3 dell'art. 433 c.c. è limitata alla parentela in linea retta<sup>67</sup>. Deve negarsi qualsiasi rapporto alimentare anche tra i figli adottivi, con adozione non legittimante, di una medesima persona o tra l'adottato ed i figli legittimi dell'adottante, visto il tenore dell'art. 300, 2°co., c.c. e vista, altresì, l'impossibilità di considerarli tra loro fratelli, non avendo un genitore in comune<sup>68</sup>.

61 Invece, il vincolo permane nel caso in cui sia l'obbligato a contrarre nuovo matrimonio: DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 483; MORELLI, *Gli alimenti*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia* a cura di Cassano, 2°ed., Piacenza, 2003,., 370; sulle ragioni della scelta legislativa, PACIA, *op.cit. sub art. 434*, 503 s.

62 Per tutti, FIGONE, *op.cit.*, 92.

63 BIANCA, *op.cit.*, 490, nota 42.

64 Nello stesso senso, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 128; SALA, *op.ult.cit.*, 608 s.

65 Così SALA, *op.ult.cit.*, 609.

66 In questo senso, BIANCA, *op.cit.*, 490; MORELLI, *op.cit.*, 370.

67 Così TRABUCCHI, *op.cit.*, 233; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 485; FIGONE, *op.cit.*, 93. Diversamente, ammettono l'obbligazione alimentare, PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 622 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972; BIANCA, *op.cit.*, 482; SALA, *op.ult.cit.*, 609.

68 PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 623 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972;

#### 4. PRESUPPOSTI DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

L'art. 438 c.c., benché rubricato “misura degli alimenti”, è una disposizione che assume un ruolo centrale nella disciplina dell'istituto, perché individua anche i presupposti dell'istituto, ulteriori rispetto al legame personale tra avente diritto ed obbligato, e precisa, altresì, chi sia il soggetto legittimato ad agire. Gli elementi costitutivi della fattispecie sono lo stato di bisogno dell'alimentando e le condizioni economiche dell'obbligato, cioè il fatto che quest'ultimo sia in grado di effettuare la prestazione alimentare, non anche la mancanza di disponibilità economica di obbligati di grado anteriore: la precisazione è importante, perché si riflette poi sulla ripartizione dell'onere probatorio.

L'art. 438, 1°co., c.c. dispone che “gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento”: si tratta, non già di due presupposti distinti, ma di una nozione unica, perché “lo stato di bisogno rileva, ai fini del credito alimentare, non come semplice situazione di fatto, ma soprattutto come comportamento del futuro creditore”<sup>69</sup>; in altri termini, non è rilevante, se può esser eliminato dal richiedente.

Quindi, lo stato di bisogno è il primo presupposto dell'obbligazione alimentare e si identifica nell'incapacità della persona di soddisfare le proprie esigenze primarie di vita, con ciò intendendosi, non solo vitto, alloggio, vestiario, ma anche assistenza medica, educazione ed istruzione in caso di minore e, in genere, tutti quei beni e servizi che consentono di vivere dignitosamente, avuto riguardo alla posizione sociale dell'avente diritto<sup>70</sup>; anche se quest'ultimo riferimento, contenuto nel capoverso dell'art. 438 c.c., appare ormai come “uno dei residuati, nel codice civile, di una visione stratificata – per non dire classista – della società”<sup>71</sup>. Nei bisogni dell'alimentando non rientrano, però, i debiti da lui assunti, perché altrimenti la prestazione retroagirebbe rispetto alla domanda, e neppure le necessità dei familiari a carico, visto il carattere strettamente personale del diritto agli alimenti<sup>72</sup>.

---

in via dubitativa, SALA, *op.ult.cit.*, 609.

69 ARGIROFFI, *op.cit.*, 57 ss.; ma già PROVERA, *Degli alimenti*, cit., 76 s., il quale rileva anche l'uso improprio del termine “mantenimento”; TRABUCCHI, voce *Alimenti*, cit., 234; PASETTI, *Obbligo di contribuzione ai bisogni familiari e figli conviventi*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia* discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Padova, 1989, 57. Diversamente, AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 2; G.B.FERRI, *op.cit.*, 636; Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, in *Giust.civ.*, 2007, I, 1142; Cass.civ., 14.2.2007, n. 3334, in *Foro it.*, 2008, I, 2009.

70 Ampiamente, TERRANOVA, *op.cit.*, 73 ss.; anche DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 456 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 616. Diversamente, in giurisprudenza, Trib.Novara, 28.2.2006, in *Rep.Giur.it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 11, dove, con riferimento al diritto agli alimenti del figlio maggiorenne nei confronti dei genitori, si parla di “stretto necessario alla sopravvivenza”.

71 L'affermazione, che non si può non condividere, è di CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt.dir.civ.del Consiglio Nazionale Notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 53.

72 Fra i tanti, GALLETTA, *op.cit.*, 943; SALA, *op.ult.cit.*, 616.

Nel valutare l'incapacità del richiedente di provvedere al proprio sostentamento, occorre tenere conto, anzitutto, delle sue eventuali risorse patrimoniali: redditi da lavoro o da capitale; crediti che l'alimentando trascura di esigere<sup>73</sup>; pensione sociale ed ogni altra forma di sovvenzione su base legale o convenzionale, in particolare diritti *ex artt.* 155 e 540 c.c., 5, 6°co., l. divorzio e 47 l. fall.<sup>74</sup>; mantenimento da parte di altri soggetti che non vi sono obbligati, quale il convivente di fatto, purché le prestazioni abbiano una certa consistenza e periodicità<sup>75</sup>. In merito all'eventuale proprietà di beni, soprattutto immobili, di un certo valore, ma inidonei a produrre reddito, il titolare non può di regola essere considerato in stato di bisogno<sup>76</sup>; a meno che speciali circostanze inducano a ritenere che l'alienazione di tutti o parte di tali beni per provvedere al proprio sostentamento rappresenti un espediente pregiudizievole e rovinoso, atto a soddisfare solo temporaneamente le necessità primarie dell'alienante<sup>77</sup>.

In secondo luogo, si deve valutare l'impossibilità, da parte dell'alimentando, di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa, tenendo conto di numerosi parametri, quali età, salute, situazione del mercato del lavoro e, soprattutto, attitudini del soggetto<sup>78</sup>: in particolare, non si potrebbe esigere da quest'ultimo un impegno lavorativo qualsiasi, se il medesimo non sia confacente alle sue capacità fisiche ed intellettuali e, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, anche alla sua condizione sociale<sup>79</sup>. Quest'ultimo parametro, che oltretutto manca di qualsiasi riferimento normativo, non si può condividere, perché non tiene conto dell'onerosità dell'obbligo alimentare, introducendo così un'ingiustificata sperequazione fra soggetti in contrasto con il principio di eguaglianza<sup>80</sup>.

Da ultimo, è pacifico tra gli interpreti che non rilevano la causa dello stato di bisogno e la sua imputabilità ad un comportamento doloso o colposo

73 L'esistenza di crediti, anche ingenti, non esclude invece lo stato di bisogno, se il debitore sia insolvente: da ultimo, FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, in *Il diritto della persona* a cura di Cendon, III, Torino, 2005, 259; GALLETTA, *op.cit.*, 943, nota 76.

74 TRABUCCHI, *op.cit.*, 234; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 901; con riferimento all'assistenza sanitaria e all'indennità di accompagnamento *ex l.* 18/ 1980, Trib.Vallo della Lucania, in *Dir. fam.pers.*, 1991, 1050. In tema di assegno di divorzio, Cass.civ., 11.8.1994, n. 7358, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2511.

75 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 617; GALLETTA, *op.cit.*, 955; di diverso avviso, Cass.civ., 9.4.1965, n. 625, in *Rep.Giur.it.*, 1965, voce *Alimenti*, n. 1.

76 Cass.civ., 17.5.1968, n. 1557, *cit.*; in dottrina, G.B.FERRI, *op.cit.*, 637; BIANCA, *op.cit.*, 484.

77 In questo senso, da ultimo, Cass.civ., 6.1.1981, n. 51, in *Rep.Giur.it.*, 1981, voce *Separazione dei coniugi*, n. 73; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 901; FERRARA, *op.cit.*, 259.

78 BIANCA, *op.cit.*, 484.

79 Cass.civ., 2.3.1987, n. 2165, in *Giust.civ.*, 1987, I, 1979; Cass.civ., 14.2.1990, n. 1099, in *Giust. civ.Mass.*, 1990, 242; Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, *cit.*; Cass.civ., 14.2.2007, n. 3334, in *Fam. e dir.*, 2007, 1002, con nota favorevole di CALAPAI, *Diritto agli alimenti, stato oggettivo di bisogno e adeguatezza dell'attività lavorativa*. In dottrina, da ultimo, TERRANOVA, *op.cit.*, 82; FERRARA, *op.cit.*, 261; GALLETTA, *op.cit.*, 943.

80 AULETTA, *op.ult.cit.*, 3.

dell'alimentando, perché il principio di solidarietà prescinde da valutazioni di ordine morale e la legge dà rilievo alla condotta disordinata o riprovevole dell'avente diritto solo ai fini di una possibile riduzione dell'assegno nell'art. 440, 1°co., c.c.<sup>81</sup>. Diversa, invece, è la soluzione in merito all'esplicazione di un'attività lavorativa, dove l'alimentando deve provare la propria invalidità al lavoro per incapacità fisica o per l'impossibilità, dovuta però a circostanze a lui non imputabili, di trovare un'occupazione<sup>82</sup>. Al riguardo, si può condividere l'ulteriore affermazione che, se l'incapacità di provvedere al proprio sostentamento perdura per dolo o colpa del richiedente, costui non ha comunque più diritto, in tutto o in parte, al credito alimentare<sup>83</sup>: infatti, ai sensi dell'art. 440 c.c., la sentenza è sempre subordinata alla clausola *rebus sic stantibus* e quindi, venendo meno uno dei presupposti del credito alimentare, se ne potrà chiedere la riduzione o la cessazione.

Il secondo presupposto del credito alimentare è costituito dalle "condizioni economiche" dell'obbligato. Il fatto che il legislatore non utilizzi il termine "capacità", con il quale si suole indicare l'attitudine di un soggetto a svolgere un'attività finalizzata, è indice della volontà di condizionare l'obbligazione alimentare alla situazione patrimoniale dell'eventuale debitore, senza richiedere da parte sua una diligenza specifica volta a sfruttare appieno le capacità reddituali e di lavoro: in altri termini, le condizioni economiche rilevano come semplice situazione di fatto, senza imporre un dovere di attivazione per essere comunque in grado di adempiere; con una regola che si discosta dal grado di diligenza normalmente richiesto nel rapporto obbligatorio dagli artt. 1175 s. c.c.<sup>84</sup>.

Pertanto, alle "condizioni economiche" sono sicuramente riconducibili le rendite dei beni e qualsiasi tipo di reddito, ma con alcune precisazioni: la prestazione alimentare non deve alterare in modo determinante il tenore e le abitudini di vita dell'obbligato e della sua famiglia<sup>85</sup>; il carattere personale del vincolo alimentare rende irrilevante l'eventuale reddito del coniuge dell'obbligato medesimo<sup>86</sup>; non rileva neppure il fatto che il reddito possa subire riduzioni, stante la possibilità di modifiche successive dell'assegno *ex art. 440 c.c.*<sup>87</sup>.

Diversamente, per le considerazioni sopra svolte, non si deve tenere conto, ma il problema è discusso in dottrina, dei beni capitali che, solo se convenientemente utilizzati, potrebbero divenire fonte di reddito, né a maggiore ragione della possibilità

81 Fra i tanti, CARUSI, *op.cit.*, 53; BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 616. In giurisprudenza, da ultimo, Trib.Novara, 28.2.2006, cit.

82 Sempre però, secondo l'opinione prevalente, con la precisazione che deve trattarsi di attività confacente alle attitudini ed alle condizioni sociali dell'alimentando: Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, cit.; Cass., 14.2.2007, n. 3334, cit. V. anche BIANCA, *op.cit.*, 484, il quale parla di "involontaria" mancanza di un reddito di lavoro.

83 GALLETTA, *op.cit.*, 943; ARGIROFFI, *op.cit.*, 61 s.

84 ARGIROFFI, *op.cit.*, 89 ss.

85 Da ultimo, BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 617; ARGIROFFI, *op.cit.*, 97 s.

86 Pret.Roma, 24.3.1999, in *Temì rom.*, 1999, 600.

87 Cass.civ., 22.6.1963, n.1702, in *Rep.Giur.it.*, 1963, voce *Alimenti*, n. 4.

di una liquidazione dei medesimi<sup>88</sup>. Invece, è comunque opinione prevalente che non sia esigibile l'intrapresa di attività lavorative nuove o più remunerative, in quanto la legge impone di fare riferimento esclusivamente alla situazione attuale dell'obbligato<sup>89</sup>.

## 5. CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE ALIMENTARE

La prestazione va determinata *per relationem* con riguardo a circostanze che fungono anche da presupposti dell'obbligo alimentare. Pertanto, fatta eccezione per quanto si dirà tra breve sui limiti nei confronti del donatario e dei fratelli, nella determinazione del *quantum* si deve tenere conto dei due parametri appena esaminati: il bisogno di chi domanda gli alimenti, "avuto però riguardo alla sua posizione sociale", e le condizioni economiche dell'obbligato. La lettera della norma non sembra consentire il riferimento allo stretto necessario: di qui la nozione di alimenti "congrui", comprensivi di quelli, non solo naturali ed indispensabili alla vita quotidiana, ma anche civili, dove la congruità si deve desumere anche dalla posizione sociale del soggetto e dalle sue aspettative di conservare un certo tenore di vita<sup>90</sup>.

Regola diversa, invece, è dettata dall'art. 439 c.c. con riferimento ai fratelli, dove gli alimenti sono dovuti nella misura dello "stretto necessario", peraltro comprensivo, nel caso di minore, anche delle spese per l'educazione e l'istruzione. Pertanto, la formula restrittiva usata dalla legge impone di non tenere conto dei due parametri indicati nell'art. 438 c.c.: le condizioni economiche dell'obbligato, a meno che queste ultime non consentano di sopportare l'onere economico correlativo<sup>91</sup>; la condizione economico-sociale dell'alimentando, neppure se il patrimonio dell'obbligato lo consentisse, perché sarebbe difficile individuare uno stretto necessario variabile da soggetto a soggetto<sup>92</sup>. In relazione al secondo parametro, si rendono comunque necessarie due precisazioni: da un lato, la misura della prestazione deve in ogni caso consentire "un minimo di vita dignitosa"<sup>93</sup>; dall'altro, l'irrelevanza della condizione sociale non dovrebbe operare in merito alle spese per l'istruzione e l'educazione, che sono diritti costituzionalmente garantiti per consentire un corretto sviluppo della personalità<sup>94</sup>.

88 In questo senso, AULETTA, *op.ult.cit.*, 3; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 903; FERRARA, *op.cit.*, 262; ARGIROFFI, *op.cit.*, 95. Di diverso avviso, PROVERA, *op.ult.cit.*, 82; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 462; ANGELONI, *op.cit.*, 46 s.; App.Firenze, 21.2.1951, in *Rep. Giur.it.*, 1951, voce *Alimenti*, n. 12; Cass.civ., 13.2.1985, n. 1206, *ivi*, 1985, voce *Matrimonio*, n. 134, ma con riferimento all'assegno di divorzio.

89 Fra gli altri, AULETTA, *op.ult.cit.*, 3; ARGIROFFI, *op.cit.*, 95; Cass.civ., 11.11.1994, n. 9432, in *Rep. Giur.it.*, 1994, voce *Alimenti*, n. 4. Diversamente, TRABUCCHI, *op.cit.*, 235.

90 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 618.

91 PROVERA, *op.ult.cit.*, 92; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 486.

92 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 486. Di diverso avviso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 642; GALLETTA, *op.cit.*, 940 s.

93 Così BIANCA, *op.cit.*, 485; anche TERRANOVA, *op.cit.*, 78.

94 V. BIANCA, *op.cit.*, 485; GALLETTA, *op.cit.*, 941 s., per la quale dovrebbe rilevare, in



Ancora diverso è il parametro del *quantum* per il donatario, il quale, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 438 c.c., "non è tenuto oltre il valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio": quindi, a differenza degli altri obbligati, non rilevano le sue condizioni economiche. Si discute se il valore residuo della donazione debba calcolarsi nel momento in cui è sorto lo stato di bisogno oppure quando gli alimenti vengono chiesti<sup>95</sup>: la risposta è chiaramente legata alla soluzione del problema, dibattuto in dottrina, della precisa determinazione del momento di nascita del diritto alimentare, di cui si tratterà più avanti.

La quantità degli alimenti è rapportata al valore capitale del bene donato, e non al reddito che dal medesimo possa riceversi, avendo il legislatore inteso riferirsi all'incremento patrimoniale conseguito a spese del donante<sup>96</sup>; il valore va determinato al netto delle spese e, se trattasi di donazione modale, va detratto quello del *modus* che non sia a beneficio del donatario<sup>97</sup>. Peraltro, non occorre la sussistenza in natura del bene donato, essendo sufficiente la presenza di un controvalore: il riferimento è all'ipotesi di alienazione onerosa o di permuta del bene, dove l'obbligazione alimentare continua a gravare sul donatario, nei limiti del corrispettivo ancora presente nel suo patrimonio, applicandosi il principio di surrogazione<sup>98</sup>. Diverso è il problema, se il bene venga alienato in un momento successivo alla nascita del rapporto alimentare, poiché l'alienazione potrà essere oggetto di revocazione ai sensi dell'art. 2901 c.c., se risulti compiuta in frode delle ragioni dell'alimentando, ad esempio a titolo gratuito o ad un prezzo irrisorio<sup>99</sup>.

Il perimento o la perdita del bene donato, anche se imputabili a colpa o dolo del donatario, fanno venire meno ogni pretesa nei suoi confronti, quando siano anteriori al sorgere dell'obbligazione alimentare; viceversa, se si verificano in un momento successivo, il donatario dovrà risponderne in caso di colpevolezza e l'obbligazione alimentare si trasforma in quella di risarcire il danno, commisurato al valore della prestazione dovuta<sup>100</sup>.

## 6. CONCORSO DI OBBLIGATI E DI AVENTI DIRITTO ALLA PRESTAZIONE ALIMENTARE

Il concorso di obbligati è regolato dall'art. 441 c.c.: il primo comma, per il caso di pluralità di obbligati nello stesso grado, prevede che tutti debbano concorrere

---

questo caso, anche il livello di capacità economica dell'obbligato; *contra* DOGLIOTTI, *op.ult. cit.*, 486.

95 Nel primo senso, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 526; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015. Per la seconda alternativa, invece, PROVERA, *op.ult.cit.*, 87.

96 Così G.B. FERRI, *op.cit.*, 632; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 974; in giurisprudenza, Cass. civ., 5.3.1951, n.536, in *Foro it.*, 1951, I, 715.

97 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 1015; CARRABBA, *op.cit.*, 669.

98 L'opinione è pacifica: GALLETTA, *op.cit.*, 937; SALA, *op.ult.cit.*, 1015.

99 Nello stesso senso, PROVERA, *op.ult.cit.*, 89 s.; CARRABBA, *op.cit.*, 669 s.

100 Con una soluzione analoga a quanto previsto per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione: SALA, *op.ult.cit.*, 1015; CARRABBA, *op.cit.*, 669. --

in proporzione delle proprie condizioni economiche, utilizzando così il medesimo criterio che influisce sulla misura degli alimenti dovuti<sup>101</sup>; il capoverso della norma contempla il caso in cui gli obbligati di grado anteriore non siano in grado di somministrare gli alimenti e prevede che ne vengano gravati, in tutto o in parte, quelli di grado successivo, realizzandosi, in questa seconda ipotesi, un concorso di obbligati di grado diverso.

Il principio si applica, nel silenzio della legge, anche al caso di pluralità di donatari, con i necessari adattamenti al caso di specie: nel senso che i donatari sono obbligati di pari grado, indipendentemente dal tempo della donazione<sup>102</sup>; ma la proporzionalità va riferita al valore residuo delle donazioni nel patrimonio dei donatari, perché questo è il parametro che, nei loro confronti, si sostituisce a quello della capacità economica<sup>103</sup>.

Dal dato letterale si desume che l'obbligazione è parziaria, non essendovi dubbi sulla divisibilità dell'oggetto, e non solidale<sup>104</sup>: a ritenere diversamente, infatti, le previsioni, del primo e del secondo comma, risulterebbero superflue, perché in materia già l'art. 438, 2° co., c.c. individua nelle condizioni economiche dell'obbligato un limite al diritto dell'alimentando. La scelta dell'obbligazione parziaria ha rilevanti conseguenze nell'ipotesi in cui il coobbligato, al di fuori di qualsiasi dovere morale o sociale ex art. 2034 c.c., adempia la prestazione alimentare anche per la parte che non risulti essere a suo carico: trattandosi di adempimento di una prestazione parzialmente altrui, sarà applicabile la disciplina dell'indebito soggettivo ex art. 2036 c.c. e chi ha pagato potrà agire nei confronti dell'alimentato o del condebitore, invocando la surrogazione legale del terzo comma, secondo che l'errore sia scusabile o no<sup>105</sup>. Ulteriore conseguenza è che non sussiste tra i condebitori litisconsorzio necessario: pertanto, l'avente diritto può chiamare in

101 Cass.civ., 8.8.1962, n. 2477, in *Rep.Foro.it.*, 1962, voce *Alimenti*, n. 9; Cass.civ., 15.3.1986, n. 1767, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 1; v. anche Trib.Bologna, 2.2.2006, in *Rep.Giur.it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 14.

102 E' questa l'opinione prevalente: fra i tanti, AULETTA, *Legato di alimenti, obbligo alimentare del donatario*, cit., 690 s.; G.B.FERRI, *op.cit.*, 631 s.

103 Così GALLETTA, *op.cit.*, 937; ROLANDO, *op.cit.*, 108 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 1018 s.

104 *Ex plurimis*, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 905 s.; BIANCA, *op.cit.*, 483; ARGIROFFI, *op.cit.*, 117; Trib.Bergamo, 14.6.1957, in *Foro it.*, 1958, I, 292; Cass.civ., 6.12.1968, n. 3901, in *Foro pad.*, 1969, I, 1; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, in *Rep.Giur.it.*, 1988, voce *Alimenti*, n. 2; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.. Diversamente, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 488 s., il quale prospetta per l'obbligazione alimentare plurisoggettiva, dal lato passivo, una solidarietà "temperata dalle diverse condizioni economiche dell'obbligato, per cui l'avente diritto potrebbe rivolgersi ad uno dei coobbligati soltanto se questi fosse in grado, per le condizioni economiche, di soddisfare l'intera prestazione, salvo regresso verso gli altri, per la parte di ciascuno di essi"; nello stesso senso, FIGONE, *Gli alimenti*, cit., 93 s.

105 PROVERA, *op.ult.cit.*, 115; AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 6 s.; SALA, *Gli alimenti*, cit., 622. Per altre possibili soluzioni, v. *infra*, sub n. 13. La giurisprudenza, prevalentemente, ammette la ripetizione nei confronti del coobbligato, per le prestazioni successive alla domanda giudiziale o alla costituzione in mora, attraverso il ricorso alla gestione di affari (in parte) altrui: Cass.civ., 6.12.1968, n. 3901, cit.; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, cit.; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.; App.Milano, 1.3.2002, in *Gius*, 2002, 1523.

causa uno solo dei coobbligati per ottenere la somministrazione degli alimenti, da determinarsi, s'intende, nei limiti delle condizioni economiche di quest'ultimo<sup>106</sup>.

In presenza di una pluralità di obbligati, l'art. 443, 3°co., c.c., al fine di evitare che l'alimentando possa ricevere pregiudizio dal protrarsi del procedimento, consente al giudice, in caso di urgente necessità, di porre temporaneamente l'obbligazione alimentare a carico di uno solo dei condebitori; ma prevede il suo diritto di regresso verso gli altri, per la parte di obbligazione che, al loro posto, è stata adempiuta. Il provvedimento, da emanarsi su domanda di parte, presuppone che sia già raggiunta la prova dell'*an* e (almeno per una parte) del *quantum* della prestazione alimentare e che siano anche individuati i soggetti obbligati<sup>107</sup>. Lo schema previsto è quello tipico della solidarietà passiva e quindi introduce una deroga alla parziarietà delle obbligazioni alimentari, in quanto il giudice, con sentenza non definitiva, pone l'intera prestazione a carico di uno solo degli obbligati che siano convenuti in giudizio, non sussistendo il litisconsorzio necessario; poi, una volta intervenuta la sentenza definitiva, chi nel frattempo ha adempiuto per ordine del giudice l'intera prestazione, potrà esercitare quel diritto di regresso tipico delle obbligazioni solidali<sup>108</sup>.

Il concorso di aventi diritto, invece, è disciplinato dall'art. 442 c.c., dove si prevede che, "quando più persone hanno diritto agli alimenti nei confronti di un medesimo obbligato, e questi non è in grado di provvedere ai bisogni di ciascuna di esse, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti opportuni, tenendo conto della prossimità della parentela e dei rispettivi bisogni, e anche della possibilità che taluno degli aventi diritto abbia di conseguire gli alimenti da obbligati di grado ulteriore". La disposizione si applica quando il convenuto eccepisca l'esistenza di altri alimentandi a suo carico e non configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario<sup>109</sup>. La norma sembra attribuire al giudice ampia discrezionalità, in quanto non prevede un ordine nel ricorso ai tre criteri indicati, i quali, secondo l'opinione prevalente, vanno applicati cumulativamente, e non in via alternativa o successiva<sup>110</sup>; anche se la soluzione suscita qualche perplessità, per la maggiore rilevanza che dovrebbe

106 Concorde anche la giurisprudenza: da ultimo, Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

107 Può trattarsi anche di un obbligato di grado ulteriore: AULETTA, *op.ult.cit.*, 6; PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 544; in *obiter* Trib.Catania, ord. 22.3.2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2588.

108 PROVERA, *op.ult.cit.*, 135; G.B.FERRI, *op.cit.*, 657; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 520; SALA, *op.ult.cit.*, 623. Altra dottrina, invece, ritiene che il provvedimento presupponga già individuate le quote di concorso dei coobbligati e che, pertanto, si tratti di un provvedimento "simultaneo (e in ordine logico successivo) alla sentenza di condanna, reso necessario dall'urgenza dei bisogni dell'alimentando e dalla consapevolezza che non tutti gli obbligati si adegueranno, o saranno in grado di adeguarsi immediatamente all'ordine del giudice"; quindi, provvedimento con il quale si stabilisce una modalità di somministrazione a carico di un solo obbligato e si concede agli altri una dilazione di pagamento (VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 920 ss.; nello stesso senso, TAMBURRINO, *op.cit.*, 487 s.).

109 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 908.

110 G.B.FERRI, *op.cit.*, 652; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 908; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491 s., anche se con qualche maggior incidenza dell'intensità dei bisogni; MORELLI, *op.cit.*, 375; GALLETTA, *op.cit.*, 940.

attribuirsi alla possibilità, per uno dei soggetti in conflitto, di ottenere la prestazione da altri obbligati e, in via subordinata, all'entità dei bisogni, e solo come estremo criterio al grado di parentela<sup>111</sup>. La prossimità della parentela deve valutarsi in relazione all'art. 433 c.c. e non agli artt. 74 ss.c.c.<sup>112</sup>; mentre la gravità del bisogno dovrebbe tenere conto, non solo delle condizioni economiche, ma anche dell'età e della salute dell'alimentando<sup>113</sup>.

## 7. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE ED ONERE PROBATORIO

Si tratta di un diritto personalissimo, che può essere fatto valere solo dal soggetto in stato di bisogno o dal suo rappresentante legale<sup>114</sup>; eccezionalmente, però, l'art. 12, 5°co., l. adoz. stabilisce che il Presidente del Tribunale o il giudice delegato possono chiedere al p.m. di promuovere l'azione per il minore in stato di abbandono. In giurisprudenza, con una soluzione che lascia perplessi, si è riconosciuta la legittimazione attiva anche al soggetto munito di procura generale con potere di agire in giudizio "per qualsiasi causa attiva"<sup>115</sup>.

La natura personale del diritto esclude anche il suo esercizio in via surrogatoria da parte dei creditori, tranne quando la prestazione sia stata liquidata e l'alimentando non si curi di esigerne l'adempimento<sup>116</sup>.

Con riferimento alla ripartizione dell'onere probatorio, mentre è pacifico che gravi sull'attore la prova del requisito soggettivo e dello stato di bisogno, si discute, invece, in merito alla capacità economica del convenuto: è da condividere l'opinione, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che anche questa prova debba essere fornita dall'alimentando, trattandosi di fatto costitutivo del suo diritto<sup>117</sup>; invece, è da considerarsi elemento impeditivo dell'azione, con prova a carico del convenuto, l'eventuale disponibilità economica di obbligati di grado anteriore<sup>118</sup>. In

111 Così anche AULETTA, *op.ult.cit.*, 10; CARUSI, *op.cit.*, 54.

112 PROVERA, *op.ult.cit.*, 122; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 492;

113 In questo senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 653.

114 AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 93; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 933; SALA, *op.ult.cit.*, 602.

115 T.Bari, ord. 14.8.1991, cit.

116 BIANCA, *op.cit.*, 487; Cass.civ., 14.4.1947, n. 553, in *Giur.it.*, 1948, I, 1, 286. V. anche SALA, *op.ult.cit.*, 602; Cass.civ., 12.8.1954, n. 2942, in *Rep.Giur.it.*, 1954, voce *Alimenti*, n. 8; T.A.R. Veneto, 3.11.1999, n. 1785, *ivi*, 2000, voce *Invalidi*, n. 24.

117 Da ultimo, BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., 484, nota 23; SALA, *Gli alimenti*, cit., 617; PACIA, *Degli alimenti*, cit., sub art. 438, 520; in giurisprudenza, Trib.Napoli, 17.1.1974, in *Rep.Foro it.*, 1975, voce *Alimenti*, n. 9; Cass.civ., 8.2.1977, n. 556, in *Giur.it.*, 1977, I, 1, 830. *Contra* G.B.FERRI, *Degli alimenti*, cit., 638, il quale fa salva l'ipotesi in cui l'attore fondi la misura della sua richiesta sulle particolari condizioni economiche del convenuto; Trib.Genova, 5.6.1965, in *Rep.Foro it.*, 1975, voce *Alimenti*, n. 9; Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

118 AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 11 s.; VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 906 s.; BIANCA, *op.cit.*, 484, nota 23; PACIA, *op.loc.ult.cit.* Ritengono, invece, che la mancanza di altra persona idonea a prestare gli alimenti sia elemento costitutivo della fattispecie legale, PROVERA, *Degli alimenti*, cit., 84; G.B.FERRI, *op.cit.*, 648, nota 10; SALA, *op.ult.cit.*, 621;

giurisprudenza, di fronte all'eccezione del convenuto di inadeguatezza della propria situazione patrimoniale, è stato ritenuto legittimo il provvedimento istruttorio rivolto all'istituto bancario di comunicare l'entità delle somme intestate sul conto corrente del medesimo<sup>119</sup>.

## 8. DECORRENZA DEGLI ALIMENTI E NATURA COSTITUTIVA DEL PROVVEDIMENTO GIUDIZIALE

L'art. 445 c.c. prevede che gli alimenti sono dovuti “dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obligato, quando questa costituzione sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale”, con una disposizione alquanto ambigua. Infatti, il secondo termine indicato sembra presupporre che il vincolo alimentare preesista al provvedimento giudiziale, il quale avrebbe valore “di liquidazione dell'obbligazione alimentare e di condanna al pagamento”<sup>120</sup>: secondo questa tesi, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, già nel momento in cui si verificano i presupposti legali il diritto agli alimenti sorge ed è esigibile, ma l'obbligazione diviene attuale solo a seguito della richiesta dell'alimentando quale atto di esercizio del suo diritto, rendendo irrilevanti i bisogni passati<sup>121</sup>; con importanti conseguenze in tema di pagamento degli interessi sulle somme di denaro in cui è liquidata la prestazione alimentare e di spontanea prestazione degli alimenti da parte dell'obligato prima della domanda giudiziale o della costituzione in mora<sup>122</sup>.

La tesi non convince, perché il primo termine iniziale di decorrenza indicato dall'art. 445 c.c., quello della domanda giudiziale, induce a pensare che la richiesta dell'alimentando sia elemento costitutivo per la nascita dell'obbligazione e che la sentenza abbia natura costitutiva, avendo la domanda dell'avente diritto solo la

---

in giurisprudenza, da ultimo, Cass.civ., 8.2.1977, n. 556, cit.; Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit.; Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

119 Non ritenendosi tale ordine in contrasto, né con la tutela del segreto bancario, né con l'interesse dell'eventuale terzo contestatario del conto corrente, il cui nominativo dev'essere espunto dalla comunicazione: così Trib.Milano, ord. 2.10.1991, in *Dir.fam.pers.*, 1992, 232.

120 Così BIANCA, *op.cit.*, 488.

121 *Ex plurimis*, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 80 ss.; TRABUCCHI, voce *Alimenti*, cit., 237; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 493 ss.; MORELLI, *Gli alimenti*, cit., 375 ss.; GALLETTA, *Gli alimenti*, cit., 950 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 618 s. In giurisprudenza, Cass. civ. 27.7.1967, n.1996, in *Foro it.*, 1967, I, 2534; in *obiter*, Cass.civ., 9.1.2003, n. 113, in *Giur.it.*, 2003, 1334. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico italiano la sentenza straniera che stabilisca la decorrenza dell'obbligo alimentare a favore di un minore da data antecedente a quella della domanda giudiziale, trattandosi di obbligazione a “contenuto prettamente patrimoniale che non coinvolge valori primari né contrasta coi principi superiori ed inderogabili di una convivenza civile: Cass. civ., 17.4.1991, n. 4103, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1992, I, 164, con nota di PAGANO, *La retroattività dell'assegno alimentare e l'ordine pubblico italiano*.

122 Si dovrebbe parlare di adempimento di un obbligo giuridico: PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 548 s.

funzione di segnare il limite di retroattività del provvedimento giudiziale<sup>123</sup>. A ciò si aggiunga che, se l'obbligazione alimentare sussistesse fin dal momento in cui si verificano i presupposti legali e la costituzione in mora rendesse solo attuale un diritto già esistente ed esigibile, allora non troverebbe adeguata spiegazione la previsione che condiziona tale attualità alla successiva proposizione della domanda giudiziale entro sei mesi, perché la costituzione in mora dovrebbe mantenere comunque il suo effetto, indipendentemente dal tempo in cui il diritto venga poi azionato in giudizio<sup>124</sup>.

Da ciò nasce il dubbio che il richiamo dell'art. 445 c.c. non sia alla nozione di mora in senso tecnico e lo dimostrano, del resto, le forti incertezze della dottrina, pur favorevole alla tesi qui criticata, sull'applicabilità degli oneri formali richiesti dall'art. 1219, 1°co., c.c.<sup>125</sup>. In realtà, l'art. 445 c.c., come risulta anche dalla sua rubrica, non individua direttamente la fonte del credito alimentare, ma è scritto in funzione del diverso e più semplice problema della decorrenza dei pagamenti, presupponendo però che il diritto sorga solo con la sentenza costitutiva: gli atti indicati hanno lo scopo di segnare il limite temporale di retroattività del provvedimento giudiziale.

A tale soluzione non contrasta l'affermata retroattività, perché, se è vero che gli effetti delle sentenze costitutive sono di norma irretroattivi<sup>126</sup>, esistono però ipotesi dove l'anticipazione degli effetti ad un momento anteriore al passaggio in giudicato si ricollega ad una concreta scelta legislativa<sup>127</sup>: in particolare, l'art. 290, 2°co., c.c. in tema di legittimazione giudiziale del figlio naturale dispone che, se il provvedimento interviene dopo la morte del genitore, il medesimo abbia effetto dal momento del decesso, avvenuto in corso di causa oppure anche prima della domanda giudiziale, nell'ipotesi in cui l'azione venga esercitata, entro un anno dalla morte, dai figli o dagli ascendenti del genitore premorto ai sensi degli artt. 285 s. c.c. L'esempio prova che la presenza di un'adeguata *ratio* può indurre il legislatore a riportare l'efficacia di un provvedimento costitutivo anche ad un momento anteriore all'esercizio dell'azione: nell'art. 290 c.c., quella di rispettare la volontà del genitore e di garantire i diritti successori del legittimato; nell'art. 445 c.c., quella di non fare gravare sull'attore bisognoso, che veda accolta la propria richiesta, il pregiudizio

123 In questo senso, da ultimo, PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 547 ss.; ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., 125 ss.; ma già G.B. FERRI, *op.cit.*, 663; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 924.

124 PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 549 s.

125 Ad esempio, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 497; GALLETTA, *op.cit.*, 951; SALA, *op.ult.cit.*, 620; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 2°ed., Milano, 2006, 498, nota 58, per la quale trattasi di mora *ex re*.

126 Si rinvia a C.FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 161 ss., 214 ss.; BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999, 38 ss.

127 Si pensi all'interdizione e all'inabilitazione *ex art.* 421 c.c., alla separazione giudiziale dei beni *ex art.* 193, 4°co., c.c., all'annullamento del contratto per incapacità legale dell'art. 1445 c.c. Ampiamente, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 346 ss.; C.FERRI, *op.cit.*, 191 s.; BONSIGNORI, *op.cit.*, 43, ARGIROFFI, *op.cit.*, 140 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 547 ss.

economico derivante dalla durata del processo<sup>128</sup>.

Ulteriore conferma della natura costitutiva del provvedimento giudiziale viene dall'art. 440 c.c. che disciplina alcune vicende dell'obbligazione alimentare, soggetta alla clausola *rebus sic stantibus*, dove la norma esclude qualsiasi automatismo nella modifica del rapporto alimentare già fissato<sup>129</sup>.

Pertanto, verificata giudizialmente la sussistenza dei presupposti per la nascita del rapporto alimentare, quest'ultimo sorge con la pronuncia di accertamento costitutiva, cui si accompagna una sentenza consequenziale o dipendente di condanna: quest'ultima sarà disciplinata nella sua efficacia esecutiva dalle regole ordinarie degli artt. 282 e 337 c.p.c., le quali non distinguono tra pronunce di condanna pure e pronunce di condanna consequenziali (a domande costitutive o di mero accertamento)<sup>130</sup>; consentendo alla sentenza di condanna dipendente di non essere condizionata all'efficacia della sentenza costitutiva pregiudiziale, che è invece normalmente legata al passaggio in giudicato<sup>131</sup>.

Alla natura costitutiva della sentenza in esame non è di ostacolo la conseguente qualifica del potere dell'alimentando, prima della domanda giudiziale, in termini di diritto potestativo, che male sembrerebbe conciliarsi con la posizione del soggetto passivo, il quale sarà tenuto al compimento di una attività positiva nella propria sfera giuridica (prestazione degli alimenti). Infatti, il prodursi degli effetti è certamente subordinato all'esercizio di un potere sostanziale di parte, discrezionale però solo nell'*an*, perché il contenuto degli effetti è già previsto dalla legge<sup>132</sup>: pertanto,

128 **Ampiamente**, PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 551 s.

129 **ARGIROFFI**, *op.cit.*, 143; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 552 ss., cui si rinvia per gli ulteriori argomenti a favore della tesi qui sostenuta.

130 **Da ultimo**, LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 5<sup>ed.</sup>, Milano, 2009, 205 s. Sul tema, si segnala Cass.civ., 26.1.2005, n. 1619, in *Giust.civ.*, 2005, I, 2057, che ha esteso il regime della provvisoria esecutorietà, di cui all'art. 282 c.p.c., anche alle sentenze di c.d. "condanna implicita", nelle quali l'esigenza di esecuzione deriva dalla stessa funzione che il titolo è destinato a svolgere, giungendo per tale via ad ammettere la provvisoria esecuzione di una sentenza costitutiva di servitù ex art. 1051 c.c., allorchè contenga tutti gli elementi in concreto della servitù.

131 **Sul diverso problema dell'anticipazione, rispetto al momento del passaggio in giudicato**, degli effetti sostanziali prodotti dalle sentenze costitutive, e sulla sua soluzione in termini restrittivi, si rinvia a CONSOLO, in *Codice di procedura civile commentato* diretto da Consolo, a cura di Consolo e Luiso, 3<sup>ed.</sup>, Milano, 2007, sub art. 282, 2214 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 20 ed., Torino, 2009, 316 s. Recentemente, con riferimento ad una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., Cass.civ., 3.9.2007, n. 18512 (in *Corr. giur.*, 2008, 350, con nota critica di GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*) aveva esteso la disciplina dell'immediata esecutività della sentenza di primo grado dell'art. 282 c.p.c. alla statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo. Tuttavia, da ultimo, Cass.civ., 26.3.2009, n. 7369, in <http://bd46.leggiditalia.it>, ha riaffermato il principio che le sentenze di accertamento e quelle costitutive non hanno l'idoneità all'efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato, al di fuori delle statuizioni di condanna consequenziali.

132 **A ciò non è di ostacolo che i fatti costitutivi siano indicati in modo generico tramite il ricorso a nozioni e parametri mutevoli nel tempo**, quali lo stato di bisogno e le condizioni

l'effetto giuridico è ricollegato dal legislatore ad una "fattispecie complessa di cui sono elementi costitutivi *oltre* il fatto e l'esercizio del potere *anche* il previo accertamento giudiziale dell'esistenza dei fatti cui l'esercizio del diritto pretende attribuire rilevanza"<sup>133</sup>. Da ciò consegue che l'attore, con la richiesta, anche non formale, di adempimento della futura prestazione alimentare o con la proposizione della domanda giudiziale, esercita il suo diritto potestativo, che conseguentemente si estingue per raggiungimento della funzione di attribuire rilevanza ai fatti costitutivi del futuro rapporto: pertanto, oggetto dell'eventuale accordo delle parti o, più frequentemente, del processo diventa, non già il diritto potestativo ormai estinto, bensì la situazione soggettiva costituenda<sup>134</sup>.

### 9. ASSEGNO PROVVISORIO: PRESUPPOSTI E NATURA CAUTELARE ANTICIPATORIA

Ai sensi dell'art. 446 c.c., finché non sono determinati definitivamente il modo e la misura degli alimenti, il Presidente del tribunale può, sentita l'altra parte, ordinare un assegno in via provvisoria ponendolo, nel caso di concorso di più obbligati, a carico anche di uno solo di essi, salvo il regresso verso gli altri: la norma non rappresenta una duplicazione del già esaminato art. 443, 3°co., c.c., perché in quest'ultima disposizione l'*an* e il *quantum* devono risultare già individuati<sup>135</sup>. Si tratta di una misura cautelare anticipatoria, alla quale si estende la disciplina del rito cautelare uniforme in virtù dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., sia pure col temperamento della valutazione di compatibilità ivi prevista<sup>136</sup>: è

---

economiche, perché questo è solo un problema interpretativo e "il carattere elastico della norma non impedisce alla...stessa di operare direttamente sui fatti": PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 223 (ora in PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, in *Tratt.dir.civ. del Consiglio Nazionale Notariato*, diretto da Perlingieri, Esi, Napoli, 2008, 158). Diversamente, invece, se si ritiene che la fattispecie sostanziale debba essere completata, chiamando così le parti o il giudice a svolgere una funzione integrativa del testo normativo: di qui la discussa categoria delle sentenze costitutive-determinative (sulle quali, ampiamente, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, 2°ed., Torino, 1994, 152 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4°ed., Milano, 2003, 361 ss., 388 ss.; in materia di alimenti, già BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati di alimenti*, Camerino, 1921, 8 ss.; per una critica, PROTO PISANI, *op.cit.*, 222 ss.).

133 Da ciò consegue, secondo PROTO PISANI (*Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 195 ss.; ID., *I diritti e le tutele*, cit., 123 ss.), la necessità di sottoporre a revisione critica la categoria delle azioni costitutive.

134 Così PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 555. Sul tema, ampiamente, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 190 ss.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 204 ss.; ID., *I diritti e le tutele*, cit., 130 ss.

135 AULETTA, *op.ult.cit.*, 138; in *obiter* T.Catania, ord. 22.3.2005, cit.

136 In questo senso, da ultimo, CONSOLO, RECCHIONI, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 669 *quaterdecies*, 4902; TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare* a cura di Tarzia e Saletti, 3°ed., Padova, 2008, XXIX ss. In giurisprudenza, Trib. Firenze, ord. 7.11.1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1360; Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit.; parlano di misura cautelare tipica anche Pret.Roma, ord. 5.4.1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1820; Trib.



pertanto riconducibile ai “provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, ora espressamente contemplati dall’art. 669 *octies*, 6°co., c.p.c.<sup>137</sup>. Il giudice deve valutare il *fumus boni iuris*, cioè i presupposti oggettivi e soggettivi del diritto alimentare (rapporto di parentela<sup>138</sup>, stato di bisogno, capacità economica dell’obbligato); mentre per il *periculum in mora* sarebbe sufficiente che la causa non sia prossima a decisione<sup>139</sup>.

Peraltro, la disciplina dell’art. 446 c.c. è lacunosa, perchè si limita a prevedere la competenza del Presidente del tribunale<sup>140</sup> e sembra presupporre, nel suo inciso iniziale, che il giudizio di merito sia già stato instaurato<sup>141</sup>, il che comporta una duplice conseguenza: anzitutto, per la corresponsione periodica a titolo provvisorio di una somma di denaro prima della causa di merito, sarà esperibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*,<sup>142</sup>; in secondo luogo, per gli altri profili di disciplina, non contemplati dall’art. 446 c.c., troveranno applicazione le norme del rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., secondo il rinvio, in termini di compatibilità, operato dall’art. 669 *quaterdecies* c.p.c.<sup>143</sup>.

La sentenza che conclude il giudizio può presentare discordanze rispetto all’ordinanza di liquidazione dell’assegno, negando il diritto all’assegno nei confronti di quel determinato obbligato oppure riconoscendolo, ma in misura

---

Milano, 12.12.1984, in *Giur.it.*, 1986, I, 2, 344; Pret.Taranto, 26.1.1988, in *Arch.civ.*, 1988, 577; Pret.Ceglie Messapico, ord. 31.5.1989, in *Giust.civ.*, 1989, I, 2753. Invece, nel senso di una procedura incidentale di natura contenziosa, SALA, *op.ult.cit.*, 625; mentre T.Venezia, ord. 28.7.2004, in *Giur. mer.*, 2005, 250, riconosce al provvedimento presidenziale una funzione, non già cautelare, ma solo anticipatoria degli effetti della sentenza (ma già Cass.civ., 16.3.1977, n. 1040, in *Foro it.*, 1977, I, 1725).

137 Sul nuovo procedimento cautelare uniforme, da ultimo MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 20 ed., Torino, 2009, 243 ss.

138 Tuttavia, Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit., ha ritenuto astrattamente ammissibile la domanda di assegno provvisorio, da parte del figlio, in un giudizio per la dichiarazione della paternità naturale, dove ancora si controverteva in ordine alla stessa collocazione di un soggetto, il padre, nel novero degli obbligati.

139 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 518.

140 In giurisprudenza, si è ritenuto che l’applicazione delle regole del procedimento cautelare uniforme avrebbe sottratto al Presidente del tribunale la competenza a provvedere, riconoscendola, invece, al g.i. in corso di causa: così Trib.Firenze, ord. 7.11.1994, cit.; Trib. Catania, ord. 22.3.2005, cit.

141 E’ pressochè pacifica l’opinione che applica l’art. 446 c.c. solo in pendenza del giudizio: Trib. Roma, ord. 21.12.1967, in *Temi rom.*, 1967, 645; Trib.Cassino, 23.1.2001, in *Gius.*, 2002, 98; Trib.Venezia, ord. 28.7.2004, cit.

142 Nel senso che il provvedimento può essere richiesto anche *ante causam* al giudice competente a conoscere il merito, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5°ed., Napoli, 2006, 656 s.; F.VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, Padova, 2006, 73 s.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 446, 567; in giurisprudenza, in *obiter*, Cass.civ., 11.10.1972, n. 3000, in *Giust.civ.*, 1973, I, 18; Pret.Roma, ord. 5.4.1974, cit.; Pret.Ceglie Messapico, ord. 31.5.1989, cit. *Contra* Trib.Milano, 12.12.1984, cit.; Pret.Taranto, 26.1.1988, cit.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 517 s.

143 Per gli ulteriori profili, v. PACIA, *op.cit.*, sub art. 446, 568. Anche PROTO PISANI, *op.ult.cit.*, 656 s.; CONSOLO, RECCHIONI, *op.cit.*, sub art.669 *quaterdecies*, 4902; T.Firenze, ord. 7.11.1994, cit.

inferiore o superiore a quella in precedenza liquidata: in quest'ultimo caso, l'efficacia retroattiva della sentenza al momento della domanda o della costituzione in mora *ex art. 445 c.c.*, impone al debitore di integrare, da quella data, l'assegno già corrisposto in via cautelare<sup>144</sup>; mentre, nelle prime due ipotesi, il diritto al rimborso opererà secondo le regole dell'*art. 440 c.c.*<sup>145</sup>.

## 10. MODALITÀ DI SOMMINISTRAZIONE

La facoltà di scelta, riconosciuta al debitore dal primo comma dell'*art. 443 c.c.*, di versare anticipatamente un assegno oppure di accogliere in casa l'alimentando, induce la maggioranza degli interpreti a qualificare l'obbligazione alimentare come obbligazione alternativa<sup>146</sup>; ma la presenza di alcune peculiarità, che l'allontanano dallo schema tipico degli *artt. 1285 ss. c.c.*, rendono preferibile l'opinione che trattasi, in realtà, di obbligazione semplice avente ad oggetto la prestazione alimentare, mentre alternative sono solo le modalità di esecuzione della stessa<sup>147</sup>. Tuttavia, occorre precisare che la scelta della convivenza non può mai esser imposta, perché ciò comporterebbe problemi di compatibilità con la tutela costituzionale della libertà personale: il creditore può opporsi e richiedere l'intervento del giudice, senza per questo perdere il diritto agli alimenti<sup>148</sup>.

Ai sensi del capoverso dell'*art. 443 c.c.*, l'autorità giudiziaria interviene quando l'obbligato non effettui la scelta ovvero vi sia contrasto tra le parti in ordine alle modalità di somministrazione: l'intervento appare come il necessario correttivo al potere decisionale del debitore. Nell'esercizio del suo potere discrezionale, il giudice può disattendere la domanda delle parti, senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>149</sup>; ma la natura disponibile del diritto alla prestazione alimentare, come si vedrà nel prosieguo, dovrebbe negargli questo potere in presenza di accordo tra le parti sulle modalità di somministrare gli alimenti<sup>150</sup>.

Si discute sull'ammissibilità di modalità di somministrazione diverse da quelle

144 AULETTA, *op.ult.cit.*, 8.

145 PACIA, *op.cit.*, *sub art.* 446, 568. Invece, Cass.civ., 18.4.1956, n. 1152, in *Foro it.*, 1957, I, 1258, applica il principio della retroattività solo a favore dell'alimentando, non imponendogli la restituzione della somma percepita in eccedenza.

146 Cass.civ., 14.6.1966, n. 1538, in *Rep.Giur.it.*, 1966, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n.117; GALLETTA, *op.cit.*, 949; SALA, *op.ult.cit.*, 624.

147 AULETTA, *op.ult.cit.*, 7; ANGELONI, *cit.*, 49; ARGIROFFI, *op.cit.*, 187 s.; per gli ulteriori riferimenti, PACIA, *op.cit.*, *sub art.* 443, 540.

148 GALLETTA, *op.cit.*, 949; ARGIROFFI, *op.cit.*, 191; App.Firenze, 8.6.1956, in *Giur.tosc.*, 1956, 698; Trib.Bari, 17.3.1961, in *Corte Bari, Lecce e Potenza*, 1961, 407.

149 Cass.civ., 14.7.1986, n. 4539, in *Giust.civ.*, 1987, I, 1520; così anche MESSINA, *L'obbligazione alimentare*, in *Trattato Autorino Stanzione*, I, Torino, 2005, 380.

150 TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, *cit.*, 487; PACIA, *op.cit.*, *sub art.* 443, 543. Di diverso avviso, Cass.civ., 14.7.1986, n. 4539, *cit.*, che ha statuito d'ufficio la conversione delle prestazioni pattuite in natura in prestazioni pecuniarie; MESSINA, *op.cit.*, 380.

indicate dal primo comma della norma<sup>151</sup>: a titolo di esempio, attribuzione gratuita del godimento di altro alloggio, fornitura periodica di beni in natura, destinazione al creditore delle rendite di un determinato cespite patrimoniale, pagamento diretto al terzo che presti assistenza all'alimentando, esenzione dal pagamento del canone dell'immobile di proprietà dell'obbligato<sup>152</sup>. La risposta, nel rispetto sempre di interessi fondamentali o di diritti costituzionalmente garantiti dell'obbligato, dev'essere positiva, specialmente se si accetta l'affermazione che all'alimentando non può esser imposta la convivenza con l'obbligato, perché in questo caso al giudice non resterebbe che ordinare il pagamento dell'assegno, con conseguente svilimento della portata dell'art. 443, 2°co., c.c. e del richiamo alle circostanze ivi contenuto<sup>153</sup>.

## **11. STRUMENTI DI TUTELA CIVILE DEL CREDITO ALIMENTARE**

Oltre agli strumenti specifici di tutela previsti dagli artt. 441, 3°co., 443, 3°co., e 446 c.c., la destinazione del credito alimentare al sostentamento della persona in stato di bisogno è assicurata dall'esclusione della somma dal pignoramento (art. 545, 1°co., c.p.c.) e quindi dal sequestro (art. 671 c.p.c.), tranne che per causa di alimenti e sempre con l'autorizzazione del Presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata; nonché dalla massa fallimentare ai sensi dell'art. 46, 1°co., n. 2, l. fall., nei limiti di quanto necessario per il mantenimento del fallito e della sua famiglia. Alla medesima finalità è ispirato anche l'art. 545, 3°co., c.p.c., che considera impignorabili stipendi, salari ed altre indennità, salvo che si proceda per un credito alimentare e sempre nella misura fissata dal giudice<sup>154</sup>.

Il credito alimentare già costituito gode dei normali strumenti di tutela a disposizione dei creditori, quali azione revocatoria e surrogatoria, nonché azione di simulazione, se il debitore effettuasse atti simulati<sup>155</sup>; inoltre, i crediti relativi agli ultimi tre mesi sono forniti di privilegio generale sui mobili ex artt. 2751, n.4, e 2778, n.17, c.c., e per l'art. 2776 c.c., in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, sono collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai crediti chirografari.

151 In senso favorevole la giurisprudenza: Cass.civ., 9.10.1952, n. 2990, in *Rep.Giur.it.*, 1952, voce *Alimenti*, n. 11; Cass.civ., 17.3.1958, n. 870, in *Giust.civ.Mass.*, 1958, 306; Trib.Sant'Angelo dei Lombardi, 17.3.1970, in *Dir. e giur.*, 1970, 230; Trib.Genova, 31.12.1971, in *Dir.fam. pers.*, 1972, 500; in dottrina, da ultimo, GALLETTA, *op.cit.*, 949 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 624; ARGIROFFI, *op.cit.*, 189 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 541 s.

152 In quest'ambito, peraltro, non può ammettersi la somministrazione degli alimenti *una tantum*, perché in contrasto con i parametri dell'art. 438 c.c. e con la variabilità dell'obbligazione alimentare prevista dall'art. 440, 1°co., c.c. (ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 50 ss.).

153 PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 543 s.

154 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 503 s.

155 AULETTA, *op.ult.cit.*, 10, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 514 s.

Infine, è ammissibile il ricorso agli ordinari mezzi di tutela del credito, quali pegno, ipoteca, sequestro e fideiussione: peraltro, se è pacifico che l'alimentando può soddisfarsi, quanto agli arretrati, con preferenza rispetto agli altri creditori o nei confronti del fideiussore<sup>156</sup>; si dubita, invece, che il credito alimentare sia garantibile per il futuro, perché, presupponendo la possibilità economica del debitore di provvedervi, sarebbe l'ultimo dei crediti da soddisfare, con conseguente inutilità della garanzia stessa<sup>157</sup>.

Da ultimo, come già ricordato parlando del donatario, la disposizione dell'art. 801 c.c. contempla una sanzione specifica per l'inadempimento del credito alimentare da parte dell'obbligato che a suo tempo avesse ricevuto una donazione dall'alimentato: si tratta della revocazione per ingratitudine dell'atto di liberalità, ma solo nell'ipotesi di debitore, che sia anche familiare ai sensi degli artt. 433 e 436 c.c.

## 12. MODIFICABILITÀ DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

La sentenza alimentare è subordinata alla clausola *rebus sic stantibus* e quindi passa in giudicato in correlazione alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia: pertanto, come dispone l'art. 440, 1° co., c.c., un mutamento sopravvenuto nelle condizioni economiche del debitore o dell'alimentando consente di adire nuovamente l'autorità giudiziaria per chiedere la riduzione, l'aumento o addirittura la cessazione dell'obbligazione<sup>158</sup>; analogamente deve dirsi, anche se la norma testualmente non lo prevede, per il caso in cui dovessero diversificarsi i bisogni dell'alimentato<sup>159</sup>. La circostanza sopravvenuta, che influisce con maggiore frequenza sulle condizioni economiche delle parti, è certamente l'inflazione: al riguardo, se è pacifico tra gli interpreti che è consentito chiedere un adeguamento<sup>160</sup>; si nega invece, soprattutto in giurisprudenza, la possibilità di una forma di indicizzazione a carico dell'obbligato, fondandosi sull'assunto che eventuali clausole di adeguamento automatico non permettono di conservare una precisa relazione tra stato di bisogno e condizioni economiche del debitore<sup>161</sup>, salva l'ipotesi in cui si possa determinare con una certa sicurezza l'effetto della svalutazione sulle condizioni di entrambe le parti e, in particolare, si possa prevedere che i redditi dell'obbligato siano destinati a crescere in misura tale da assorbire il diminuito potere di acquisto della moneta<sup>162</sup>.

156 Fra i tanti, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 515; SALA, *op.ult.cit.*, 630.

157 PROVERA, *op.ult.cit.*, 105 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 515; SALA, *op.ult.cit.*, 630.

158 In giurisprudenza, Cass.civ., 3.1.1962, n. 3, in *Giust.civ.*, 1962, I, 246; Cass.civ., 5.6.1967, n. 1231, in *Foro pad.*, 1967, I, 852. In caso di condotta dolosa del debitore, v. riferimenti in PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 526.

159 FIGONE, *Gli alimenti*, cit., 105; FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, cit., 268.

160 *Ex plurimis* BIANCA, *op.cit.*, 486; Cass.civ., 6.1.1981, n. 51, cit.

161 In questo senso, da ultimo, Cass.civ., 4.7.1985, n. 4030, in *Giust.civ.Mass.*, 1985, 1235.

162 Cass.civ., 13.1.1982, n. 169, in *Giur.it.*, 1982, I, 1, 1196; Cass.civ., 15.11.1985, n. 5600, in *Giust.civ.Mass.*, 1985, 1692. Invece, sembrano ammettere senza limiti clausole di adeguamento

Il primo comma dell'art. 440 c.c. prevede anche, nel caso di condotta disordinata o riprovevole dell'avente diritto, la possibilità di ridurre, ma non di escludere, gli alimenti, lasciando intendere che la riduzione, se pure rimessa nell'*an* e nel *quantum* ad ampia discrezionalità del giudice, tuttavia non debba essere di livello tale, da pregiudicare il soddisfacimento dei bisogni primari ed essenziali<sup>163</sup>. Deve trattarsi di comportamento con "effetti, volontari o oggettivi ... idonei a far permanere lo stato di bisogno o a impedirne un'attenuazione", quali il rifiuto di lavorare, il parassitismo, lo sperpero dell'assegno o il suo impiego al soddisfacimento di bisogni futili, dannosi o comunque estranei alla sua destinazione<sup>164</sup>. Tuttavia, l'espressione "riprovevole" ha un significato autonomo e consente di estendere la fattispecie anche a quei comportamenti irriguardosi o irriconoscenti nei confronti dell'obbligato ovvero gravemente lesivi dei suoi interessi fondamentali<sup>165</sup>.

Da ultimo, va ricordato che anche l'obbligazione del donatario è caratterizzata dal perdurare nel tempo dei presupposti in forza dei quali era sorta: in particolare, il riferimento a possibili cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare, dovuti al mutamento delle "condizioni economiche" dell'obbligato, di cui all'art. 440 c.c., va rapportato, nel caso della donazione, ad eventuali variazioni del suo valore residuale<sup>166</sup>.

Nel prevedere la variabilità degli alimenti, l'art. 440 c.c. nulla dispone con riguardo alla decorrenza e, quindi, deve applicarsi la regola dell'art. 445 c.c., che prevede la retroattività della sentenza al momento della domanda giudiziale o della costituzione in mora, se seguita entro sei mesi dalla domanda stessa<sup>167</sup>.

### 13. ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

L'obbligazione alimentare legale ha carattere strettamente personale, in quanto legata ai rapporti soggettivi che intercorrono tra obbligato ed alimentando: pertanto, non è trasmissibile *mortis causa* agli eredi, né dal lato attivo, dove oltretutto con la morte verrebbe meno anche il presupposto dello stato di bisogno, né dal lato passivo, come previsto testualmente dall'art. 448 c.c. L'obbligo si estingue *ipso iure*: nel primo caso, riguarda anche i crediti arretrati<sup>168</sup>; nella seconda ipotesi, invece, l'estinzione non si estende agli assegni già scaduti e non corrisposti per

---

automatico, BIANCA, *op.cit.*, 486; SALA, *op.ult.cit.*, 626, nota 140.

163 Così VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 913 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 514. In giurisprudenza, Cass.civ., 26.7.1966, n. 2066, in *Rep.Giur.it.*, 1966, voce *Alimenti*, n. 5.

164 G.B.FERRI, *op.cit.*, 645. Nello stesso senso, da ultimo, GALLETTA, *op.cit.*, 945; SALA, *op.ult.cit.*, 627.

165 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 627; PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 528. Ma l'opinione non è pacifica: DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 513.

166 SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015 ss.

167 Così Cass.civ., 20.6.1962, n. 1589, in *Dir.fall.*, 1962, II, 772. *Contra*, nell'ipotesi di riduzione dell'assegno, Cass.civ. 5.6.1990, n. 5384, in *Giust.civ.*, 1990 I, 2900.

168 In questo senso, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; SALA, *Gli alimenti*, cit., 627.

inadempimento del debitore<sup>169</sup>, con la precisazione che la natura costitutiva della sentenza rende però irrilevanti gli alimenti non corrisposti nel periodo intercorrente tra domanda (o costituzione in mora) e morte dell'obbligato<sup>170</sup>.

Anche con la dichiarazione di morte presunta dell'obbligato o dell'alimentando, cessa l'obbligazione alimentare, come si desume dall'art. 63, 3°co., c.c., salvo il risorgere di essa con il ritorno o con la prova dell'esistenza della persona dichiarata presuntivamente morta<sup>171</sup>.

Nell'ipotesi di dichiarazione di assenza, l'art. 50, 4°co., c.c. dispone che coloro, i quali sarebbero liberati da obbligazioni per effetto della morte dell'assente – e in questa situazione si trova, appunto, il debitore di alimenti – possono venire temporaneamente esonerati dall'adempimento, salvo che si tratti delle obbligazioni alimentari tra affini previste dall'art. 434 c.c., nel senso che il coniuge dell'assente, dal quale deriva l'affinità, non è esonerato dall'adempiere la sua obbligazione nei confronti dei suoceri, né questi ultimi sono liberati nei suoi confronti. Invece, la dichiarazione di assenza dell'obbligato non sembra costituire causa di cessazione dell'obbligazione alimentare già fissata, perché tale istituto non apre la successione e si limita a consentire l'immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, ai sensi dell'art. 50 c.c., con funzioni di amministrazione e di rappresentanza: pertanto, in questa veste, risponderanno dell'obbligazione nei confronti dell'alimentando<sup>172</sup>.

Il capoverso dell'art. 440 c.c. prevede quale ulteriore fatto estintivo, a favore del debitore, la circostanza che uno degli obbligati di grado anteriore sia (ora) in condizione di potere somministrare gli alimenti; ma impone di non liberare l'attuale debitore fino a quando non sia costituito a tutti gli effetti l'obbligo per il gravato di grado anteriore, al fine di tutelare la posizione dell'alimentando, il quale potrebbe vedersi mancare gli alimenti in pendenza della controversia tra gli obbligati, se il primo fosse liberato automaticamente con l'esistenza di un obbligato di grado anteriore<sup>173</sup>.

A prima vista, potrebbe sembrare che l'art. 440, 2°co., c.c. faccia decorrere l'effetto estintivo (nei confronti dell'attuale debitore) e quello costitutivo (nei confronti del nuovo obbligato) dalla sentenza, con ciò derogando alla regola dell'art. 445 c.c., che dispone l'efficacia retroattiva del provvedimento giudiziale al momento di proposizione della domanda: in realtà, la norma si limita a sancire il principio di continuità degli alimenti; ma presuppone la regola generale, secondo la quale la liberazione dell'obbligato di grado posteriore e la costituzione dell'obbligo per quello di grado anteriore retroagiscono al tempo della domanda<sup>174</sup>. A questo

169 E'opinione pacifica: TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, cit., 274; GALLETTA, *op.cit.*, 954.

170 *Contra* AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 194 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; App.Bologna, 5.2.1948, in *Foro pad.*, 1948, I, 437.

171 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; SALA, *op.ult.cit.*, 628.

172 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 506; SALA, *op.ult.cit.*, 629.

173 G.B.FERRI, *op.cit.*, 646.

174 Così PROVERA, *op.ult.cit.*, 108; PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 529..

punto, può porsi l'interrogativo se il vecchio debitore abbia un diritto di rivalsa per le prestazioni effettuate dopo la domanda giudiziale, con la quale egli ha chiesto ed ottenuto la cessazione della propria obbligazione alimentare<sup>175</sup>. La retroattività<sup>176</sup> del provvedimento giudiziale attribuisce a tali prestazioni la qualifica di pagamento di un debito altrui per un errore certamente scusabile: di conseguenza, saranno esercitabili l'azione di indebito soggettivo *ex art. 2036 c.c.* verso l'alimentato<sup>177</sup>; in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, in presenza dei presupposti dell'*eventus damni* e dell'inerzia del titolare, il diritto di credito dell'alimentato verso il nuovo debitore per le prestazioni arretrate<sup>178</sup>; nonché, in ultima istanza, l'azione di arricchimento senza causa *ex art. 2041 c.c.*<sup>179</sup>.

E'opportuno richiamare brevemente le altre possibili cause di estinzione del rapporto obbligatorio, in precedenza esaminate nel commento agli altri articoli in tema di alimenti: per il coniuge, l'annullamento del matrimonio, fatta eccezione per la fattispecie dell'*art. 129 bis c.c.*, e il divorzio; per gli affini, le ipotesi contemplate dall'*art. 434 c.c.* e la nullità del matrimonio dal quale derivava il vincolo di affinità; per i figli, la perdita dello *status*; per il donatario, la nullità o la revoca della donazione, nonché, nei termini a suo tempo indicati, perimento, perdita o alienazione del bene donato<sup>180</sup>.

Ulteriore causa di cessazione dell'obbligo alimentare è il fallimento del debitore, potendo il creditore insinuarsi nel passivo solo per le rate scadute

175 Sembra escludere qualsiasi azione per il rimborso, Trib.Monza, 15.1.2007, in *Rep.Giur. it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 15; nello stesso senso, ma solo nei confronti del vero obbligato, VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., 169 ss., 194 ss.; v. anche ARGIROFFI, *op.cit.*, 174 ss.

176 Peraltro, va segnalato che, secondo una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina, le disposizioni dell'*art. 445 c.c.* in tema di decorrenza degli alimenti riguardano l'azione alimentare diretta e non l'azione del terzo verso l'obbligato: Cass.civ., 20.5.1961, n. 1196, in *Foro it.*, 1962, I, 756; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, cit.; G.B.FERRI, *op.cit.*, 651; SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 329.

177 AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 6; G.B.FERRI, *op.cit.*, 650; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491, SALA, *op.ult.cit.*, 622.

178 CABELLA PISU, *Prestazioni alimentari del terzo e strumenti di regresso*, in *Foro it.*, 1971, I, 723 ss.; AULETTA, *op.ult.cit.*, 6 s.

179 Accogliendo, però, una nozione restrittiva della sussidiarietà dell'azione *ex art. 2042 c.c.* (SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2005, 105 ss.; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, 2<sup>ed.</sup>, Torino, 2008, 68 ss.): così. CABELLA PISU, *op.cit.*, 732 ss.; PROVERA, *op.ult.cit.*, 117 s.; TRABUCCHI, *op.cit.*, 236; AULETTA, *op.ult.cit.*, 7; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491. Invece, non dovrebbe essere proponibile la gestione d'affari, mancando il presupposto della spontaneità dell'intervento, anche se questa sembra essere l'opinione prevalente nella giurisprudenza: Cass., 6.12.1968, n. 3901, cit.; Cass., 17.7.1969, n. 2636, in *Foro it.*, 1970, I, 260; Cass., 9.8.1988, n. 4883, cit.; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.; App.Milano, 1.3.2002, cit.; anche SIRENA, *La gestione di affari altrui*, cit., 326 ss.; GALLO, *op.cit.*, 288 s. In argomento, per ulteriori rilievi, PACIA, *op. cit.*, sub art. 440, 528 ss.

180 Con riferimento al donatario, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 527 s.; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015 s.

prima della dichiarazione di fallimento<sup>181</sup>; inoltre, la perdita degli alimenti è pena accessoria, ai sensi dell'art. 609 *nonies*, 1°co., n. 3, c.p., per i delitti di violenza sessuale previsti, nell'ambito dei delitti contro la libertà personale, dagli artt. 609 *bis* - *octies* c.p.

Da ultimo, con riferimento alle singole prestazioni, in cui si articola un credito alimentare già sorto, l'art. 444 c.c. prevede che l'assegno alimentare prestato secondo le modalità stabilite non può essere nuovamente richiesto, qualunque uso l'alimentando ne abbia fatto, salvo rinascere alle successive scadenze: è controverso se il rischio per il perimento incolpevole della prestazione, dovuto ad esempio al furto, gravi sull'alimentato; tuttavia, sia la finalità principale della disposizione, che è quella di tutelare l'obbligato, sia i principi generali in tema di obbligazioni, consentono di affermare che il rischio del perimento della prestazione ricevuta grava sul creditore<sup>182</sup>. Sempre con riferimento alle singole prestazioni, vanno ricordate le ipotesi di rinuncia e di prescrizione, nei limiti che si indicheranno nel paragrafo seguente.

#### **14. DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO ALLA PRESTAZIONE ALIMENTARE**

Se l'alimentando è libero di fare ciò che vuole delle prestazioni ricevute ai sensi dell'art. 444 c.c., l'art. 447 c.c. sembra limitarlo, invece, nel potere di disporre del credito non ancora soddisfatto: il primo comma vieta la cessione del credito alimentare; mentre il capoverso nega all'obbligato la possibilità di opporre in compensazione un proprio credito, anche se il debito alimentare riguarda prestazioni scadute, e ciò indipendentemente dalla causa del credito, che potrebbe essere anche di natura alimentare<sup>183</sup>. Con riferimento alla seconda ipotesi, la finalità della norma è chiaramente quella di evitare che l'obbligato volutamente ritardi il pagamento, onde avvalersi della compensazione<sup>184</sup>: se questa è la *ratio*, non si può condividere l'opinione di chi applica il divieto anche nell'ipotesi opposta ed afferma che l'alimentando non potrebbe opporre in compensazione il suo credito alimentare<sup>185</sup>.

In giurisprudenza, nel riformare una sentenza di primo grado in modo più favorevole all'obbligato, il giudice dell'appello, ravvisando nelle maggiori somme corrisposte sulla base della prima pronuncia il carattere della non ripetibilità ed applicando altresì la regola della non compensabilità del credito alimentare, ha finito per temperare l'efficacia retroattiva della sentenza di secondo grado, con una

181 FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, cit., 274; GALLETTA, *op.cit.*, 953; SALA, *Gli alimenti*, cit., 629.

182 G.B.FERRI, *op.cit.*, 659; SALA, *op.ult.cit.*, 625 s. *Contra* VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 929; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 467.

183 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 502; CUBEDDU, *Riforma in appello di condanna agli alimenti e ripetizione delle prestazioni eseguite*, in *Fam. e dir.*, 1997, 118.

184 Da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 217 s.

185 In questo senso, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 502. Diversamente, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 932; MORELLI, *op.cit.*, 339 s.; TERRANOVA, *op.cit.*, 272.



soluzione che non si può condividere: infatti, al soggetto obbligato sono stati negati, sia il diritto di chiedere la restituzione delle prestazioni adempiute in eccedenza, sia la possibilità di opporre in compensazione il relativo credito, in relazione alle prestazioni future dovute sulla base della sentenza di appello<sup>186</sup>.

Se il divieto di compensazione da parte dell'obbligato è condivisibile, altrettanto non può dirsi, in contrasto però con l'opinione dominante, per il divieto di cessione dei crediti non ancora esigibili di cui al primo comma dell'art. 447 c.c.<sup>187</sup>. In termini generali, secondo la disciplina dell'art. 1260 c.c., non sono cedibili i crediti di "carattere strettamente personale" ed i crediti per i quali il trasferimento sia vietato dalla legge (1°co.), nonché quelli la cui cedibilità sia stata convenzionalmente esclusa dalle parti (2°co.). Tuttavia, nell'ambito delle fattispecie ricordate, occorre distinguere, perché alcuni crediti diventano cedibili con il consenso del debitore: sono le ipotesi di cosiddetta cedibilità relativa, alla quale sono senz'altro riconducibili i crediti per i quali il divieto di trasferimento discenda da un precedente atto di autonomia, nonché quelli a carattere strettamente personale, quando la non cedibilità trovi fondamento nell'esigenza di tutelare un interesse privato disponibile<sup>188</sup>.

A questo punto, occorre chiedersi se il limite sia superabile anche in presenza, come nella fattispecie in esame, di un divieto legale di trasferimento: a mio avviso, la risposta dev'essere positiva, perché il divieto di cessione è qui disposto ad esclusiva tutela di una posizione patrimoniale disponibile del debitore, quella di tutelare il medesimo contro il rischio di prestare gli alimenti, sia al cessionario, sia al familiare che, dopo il trasferimento del credito, si ritrovi nuovamente in stato di bisogno<sup>189</sup>.

Tuttavia, è doveroso segnalare che la tesi assolutamente prevalente tra gli interpreti, non solo considera insuperabile il divieto di cessione dell'art. 447 c.c., ma da tale norma inferisce l'indisponibilità del diritto alla prestazione alimentare anche per i profili non espressamente disciplinati, in particolare affermando che è irrinunciabile<sup>190</sup>, imprescrittibile, intransigibile<sup>191</sup>, non compromettibile in arbitri<sup>192</sup>,

186 Cass.civ., 5.11.1996, n. 9641, in *Fam. e dir.*, 1997, 115, con nota contraria, per il profilo dell'irripetibilità, di CUBEDDU, *op.ult.cit.*; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 569 s. In senso favorevole, invece, FERRANDO, voce *Alimenti*, in *Dig.disc.priv.(sez.civ.)*, Agg., I, Torino, 2000, 57; BIANCA, *op.cit.*, 487.

187 La norma, infatti, non contiene il riferimento anche alle prestazioni arretrate, che pertanto diventano credito comune: VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 929; BIANCA, *op.cit.*, 487. *Contra*, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 499; MORELLI, *Gli alimenti*, cit., 339 ss.

188 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma*, 1982, 66 s.; con riferimento al tema specifico degli alimenti, ARGIROFFI, *op.cit.*, 202 ss.

189 Si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 570 ss.

190 In questo senso, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 166 s.; BIANCA, *op.cit.*, 487; SALA, *op.ult.cit.*, 603; Cass.civ., 28.2.1966, n. 616, in *Foro it.*, 1966, I, 1841; Cass.civ., 21.5.1984, n. 3115, in *Rep.Giur.it.*, 1984, voce *Separazione dei coniugi*, n. 32.

191 PROVERA, *op.ult.cit.*, 166 ss.; AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 9; ANGELONI, *op.cit.*, 66 s.; DOGLIOTTI, *op.cit.*, 500; FIGONE, *op.cit.*, 100; BIANCA, *op.cit.*, 487; SALA, *op.ult.cit.*, 603; Cass.civ., 20.4.1942, n. 1081, in *Rep.Foro it.*, 1942, voce *Alimenti*, nn. 2-4. In senso parzialmente diverso, Cass.civ., 18.10.1955, n. 3255, in *Rep.Giur.it.*, 1955, voce *Alimenti*, n. 28, per la quale l'indisponibilità riguarda solo il diritto agli alimenti, non la loro misura.

192 *Ex plurimis* DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 501; SALA, *op.ult.cit.*, 603; App.Brescia, 25.6.1952, in

salvo poi a dividersi sull'applicabilità di tale regola solo alle prestazioni future o anche a quelle scadute<sup>193</sup>.

Sull'affermata indisponibilità degli alimenti, in mancanza di un'espressa previsione di legge, occorre fare alcuni *distinguo*, legati alla situazione giuridica di riferimento. Se per essa s'intende il diritto (potestativo) di avvalersi, tramite accordo o provvedimento giudiziale, dell'assistenza delle persone indicate dalla legge in caso di bisogno, non si può non convenire sulla sua indisponibilità, perché trattasi di un diritto strettamente personale ed ancora potenziale rispetto al sorgere del diritto alla prestazione alimentare<sup>194</sup>.

L'impostazione cambia radicalmente, invece, se per indisponibilità s'intende l'impossibilità di rinunciare alle singole prestazioni, in cui si articoli un credito alimentare già accertato e sorto (in via convenzionale o giudiziale); ovvero di pattuire o chiedere al giudice un assegno di importo inferiore alla misura legale; ancora, di sostituire alla determinazione giudiziale una diversa previsione delle parti in via transattiva o arbitrare<sup>195</sup>. Se la nascita dell'obbligazione alimentare è sempre subordinata alla volontà dell'avente diritto, se l'alimentando è libero nell'uso dell'assegno ricevuto ai sensi dell'art. 444 c.c., è difficile poi affermare l'indisponibilità del diritto di credito alla prestazione. Né, d'altra parte, l'irrinunciabilità può essere considerata una conseguenza logica del divieto di cessione, perché rinuncia e disposizione sono attività distinte, che rispondono ad interessi diversi, in quanto nella rinuncia il debitore non corre il rischio di prestare gli alimenti, sia al cessionario, sia al familiare nuovamente in stato di bisogno<sup>196</sup>.

Le considerazioni svolte permettono di risolvere agevolmente il problema dell'imprescrittibilità del diritto alimentare, costantemente affermata sulla base della sua natura indisponibile e della previsione dell'art. 2934, 1°co., c.c.<sup>197</sup>. In realtà, imprescrittibile è il diritto astratto alla pretesa alimentare, poiché è il solo ad essere indisponibile<sup>198</sup>: quindi, mentre il diritto di credito alle rate scadute è soggetto alla regola speciale dell'art. 2948 c.c., deve ritenersi soggetto al termine ordinario di prescrizione il diritto alle prestazioni future, già statuito con sentenza o accordo<sup>199</sup>.

*Foro pad.*, 1953, I, 536.

193 Consentono la rinuncia e, più in generale, la disponibilità, delle prestazioni arretrate, PROVERA, *op.ult.cit.*, 165 ss.; ANGELONI, *op.cit.*, 69; MORELLI, *op.cit.*, 341 s.; BIANCA, *op.cit.*, 487; App.Roma, 3.4.1956, in *Rep.Giust.civ.*, 1956, voce *Alimenti*, n. 28.

194 Nello stesso senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 670; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 931; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 576.

195 Favorevoli all'ammissibilità degli atti indicati, G.B.FERRI, *op.cit.*, 670 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 930 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 223 ss. Distingue tra rapporto alimentare (irrinunciabile) ed obbligazione alimentare già sorta, suscettibile di remissione e novazione, anche TERRANOVA, *op.cit.*, 270 ss.

196 ARGIROFFI, *op.cit.*, 224; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 576 s.

197 E'affermazione assolutamente prevalente tra gli interpreti: *ex plurimis*, BIANCA, *op.cit.*, 491; SALA, *op.ult.cit.*, 603 s.

198 G.B.FERRI, *op.cit.*, 673; VINCENZI AMATO, *Gli alimenti.Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., 141 ss.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 220 ss.

199 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 144 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 577.

## 15. FONTI DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE DIVERSE DAL PROVVEDIMENTO GIUDIZIALE

La norma di chiusura in materia di alimenti, l'art. 448 c.c., dispone la cessazione dell'obbligo con la morte del debitore, "anche" se questi li ha somministrati in esecuzione di sentenza, con ciò presupponendo che, "pur rimanendone immutata la complessa disciplina, la fonte dell'obbligo possa trovarsi al di fuori dallo schema legale descritto dall'art. 445 c.c."<sup>200</sup>.

Quanto affermato trova conferma, in ambito *mortis causa*, nell'art. 660 c.c. che prevede il legato di alimenti, il quale consiste in un lascito disposto per testamento, a carico di un erede o di un legatario, a favore di un beneficiario, allo scopo di fare fronte ai bisogni di quest'ultimo. La norma stabilisce che il legato, a favore di chiunque sia fatto, comprende le somministrazioni indicate dall'art. 438 c.c., ma fa salva una diversa volontà del testatore: l'ipotesi è chiaramente riferita al legato generico di alimenti, senza cioè l'assegnazione di una somma prestabilita a tale titolo<sup>201</sup>.

Quindi, gli artt. 448 e 660 c.c., unitamente alle considerazioni in precedenza svolte sulla funzione della costituzione in mora, provano, non solo il potere dei privati di creare vincoli alimentari, ma anche l'applicabilità ai medesimi della disciplina della figura legale, nel presupposto, s'intende, che la causa alimentare sia presente nell'atto negoziale<sup>202</sup>; ma non si tratterà di un negozio di accertamento, perché l'obbligo legale, comunque, non nasce direttamente dalla legge<sup>203</sup>. A mio avviso, il principio di autonomia permette la conclusione di un contratto alimentare anche alle parti che non siano legate tra loro da uno dei rapporti menzionati nell'art. 433 c.c.<sup>204</sup>: il contratto alimentare dovrebbe considerarsi atto a titolo gratuito, poiché la necessaria presenza dello stato di bisogno rende difficilmente configurabile, senza entrare in altra figura contrattuale<sup>205</sup>, la possibilità di pattuire un corrispettivo, quale la cessione di un bene o di altro diritto<sup>206</sup>; peraltro, non si tratterà di donazione

200 ARGIROFFI, *op.cit.*, 150.

201 Diversamente, ove il testatore abbia indicato una prestazione periodica di danaro, sarà necessario verificare se il testatore abbia legato, piuttosto, una rendita vitalizia, svincolata dallo stato di bisogno, e non gli alimenti: per un esame più dettagliato dell'istituto e per gli ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia, da ultimo, a BOERO, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, II, Torino, 2010, sub art.660, 701 ss.; BONILINI, *Il legato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, 581 ss.; in giurisprudenza, Cass.civ., 5.8.1987, n. 6727, in *Riv.not.*, 1988, 1390.

202 Ampiamente, sul punto, ARGIROFFI, *op.cit.*, 147 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 557 ss.; anche CARUSI, *op.cit.*, 57.

203 Così, invece, la dottrina prevalente: AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 65 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 506 ss., 533; SALA, *op.ult.cit.*, 632.

204 Sembra favorevole TRABUCCHI, *op.cit.*, 229; diversamente, ARGIROFFI, *op.cit.*, 161.

205 Parla, infatti, sempre di rendita vitalizia, MARINI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato Rescigno*, 13, V, Torino, 1985, 35 s.

206 PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 558 s.; v. anche SALA, *op.ult.cit.*, 633; GALLETTA, *op.cit.*, 960.

perchè, anche a ritenere presente l'*animus donandi*, siffatta obbligazione non comporta arricchimento del beneficiario, inteso come stabile maggiorazione del suo patrimonio o come risparmio di spesa<sup>207</sup>, in quanto lo stato di bisogno dell'alimentato impedisce il suo sostentamento e quindi l'erogazione di spese<sup>208</sup>.

In dottrina e in giurisprudenza, oltre alla rendita vitalizia, è diffusa la figura dei cosiddetti vitalizi impropri, cioè dei contratti innominati di mantenimento, di vitalizio assistenziale e di vitalizio alimentare<sup>209</sup>: solo quest'ultimo potrebbe, a mio avviso, identificarsi con il contratto alimentare, ma bisogna intendersi sul significato dell'espressione, che spesso è utilizzata, soprattutto dalla giurisprudenza, come sinonimo di vitalizio di mantenimento<sup>210</sup>.

Da ultimo, è opportuno dare atto dell'attuale vigenza, secondo la giurisprudenza di legittimità, della l. 3.12.1931, n. 1580, in tema di "rivalsa delle spese di ospedalità e manicomiali"<sup>211</sup>; anche se la normativa è ritenuta implicitamente abrogata dalla prevalente dottrina e da una parte della giurisprudenza di merito, a seguito della chiusura dei manicomi (l. 13.5.1978, n. 180) e, soprattutto, della riforma del servizio sanitario nazionale (attuata con l. 23.12.1978, n. 833)<sup>212</sup>. Pur condividendo quest'ultima soluzione, la fattispecie merita comunque di essere ricordata, perchè, a seguire l'indirizzo delle Corti di legittimità, ci si troverebbe in presenza di un provvedimento costitutivo di alimenti della Pubblica Amministrazione, a riprova della nascita non automatica del diritto alla prestazione alimentare; anche se l'ipotesi in esame presenta indubbe particolarità, che l'allontanano dalla disciplina generale degli alimenti<sup>213</sup>.

207 Nel primo senso, TORRENTE, *La donazione*, cit., 7 ss.; nel secondo, LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 214. Sul tema, ampiamente, CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009, 28 ss.

208 Diversa, invece, è l'ipotesi del contratto di mantenimento: Cass., 19.10.1998, n. 10332, in *Contr.*, 1999, 221.

209 Anche se la dottrina dominante preferisce parlare di contratti "socialmente tipici", vista la frequenza con la quale vengono impiegati: v., ad esempio, BONILINI, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *Contr.*, 2000, 869.

210 Per ulteriori riferimenti, si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 559 s.; MALVANO, "Vitalizio assistenziale" e nullità per mancanza di alea, in *Notariato*, 2010, 274 ss.

211 In particolare, Corte.Cost., 22.6.1989, n. 349, in *Cons.Stato*, 1989, II, 826; Cass.civ., 20.1.1998, n. 481, in *Dir.fam.pers.*, 1998, 904; Cass.civ., 16.3.2001, n. 3822, in *Giur.it.*, 2001, 1822; Cass.civ., 24.2.2004, n. 3629, in *Rep.Giur.it.*, 2004, voce *Spedalità (spese di)*, n. 4; Trib.Genova, 8.11.2006, *ivi*, 2007, voce *cit.*, n. 2. Limitatamente alle ipotesi di onerosità, per il beneficiario, delle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale, Cass.civ., 26.3.2003, n. 4460, *ivi*, 2003, voce *cit.*, n. 2, e recentemente Cass.civ., 20.1.2009, n. 1352, in <http://dejure.giuffre.it>.

212 FERRARA, *op.cit.*, 279 ss.; SALA, *op.ult.cit.*, 622, nota 122. In giurisprudenza, Trib.Verona, 14.5.1996, in *Fam. e dir.*, 1997, con nota adesiva di ANSALDO, *Anziani non autosufficienti: obbligo alimentare e pagamento della retta degli istituti di assistenza*; Trib.Torino, 1.3.1999, *ivi*, 2000, con nota adesiva di FIGONE, *Diritto degli anziani non autosufficienti e pagamento delle rette di ricovero*; T.A.R. Veneto, 3.11.1999, n. 1785, in *Rep.Giur.it.*, 2000, voce *Invalidi*, n. 24. Per ulteriori riferimenti, ROLANDO, *op.cit.*, 295 ss.

213 Così, infatti, ARGIROFFI, *op.cit.*, 163 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 561 ss.

## **16. COMPETENZA, LEGGE APPLICABILE, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI ALIMENTARI: REGOLAMENTO (CE) N. 4/2009**

I temi della cooperazione giudiziaria e dell'uniformazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni alimentari sono stati recentemente affrontati, sia in sede comunitaria, sia nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato. In particolare, in seno a quest'ultima, il 23 novembre 2007 è stata adottata la Convenzione sul recupero internazionale degli alimenti destinati ai minori e agli altri membri della famiglia, dove sono dettate regole sulla cooperazione fra Autorità centrali degli Stati contraenti, stabilendo un procedimento di circolazione delle decisioni rese dalle autorità giudiziarie o amministrative in materia<sup>214</sup>. Nel medesimo giorno è stato approvato anche il Protocollo alla Convenzione, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari<sup>215</sup>.

In ambito comunitario, il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato il 18 dicembre 2008 il Regolamento (CE) n. 4/2009, che disciplina la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obblighi alimentari: ai sensi dell'art. 76, sarà applicabile a partire dal 18 giugno 2011, a condizione che in quella data il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007 sia "applicabile nella Comunità"; in caso contrario, dalla successiva data di applicazione di detto Protocollo nella Comunità<sup>216</sup>.

214 La Convenzione è consultabile al sito [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Sulla Convenzione, recentemente, BORRÁS, *La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in tema di alimenti*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, a cura di Baruffi e Cafari Panico, Padova, 2009, 17 ss.

215 Il Protocollo è consultabile sul sito [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Il termine Protocollo è probabilmente impiegato perché, secondo il suo stesso Preambolo, lo sviluppo di regole generali relative alla legge applicabile può costituire un'integrazione utile alla Convenzione del 2007. Tuttavia, il Protocollo non è un mero atto sussidiario: infatti, ai sensi dell'art. 23, è aperto alla firma di tutti gli Stati e tutti gli Stati firmatari possono ratificarlo, accettarlo o approvarlo; inoltre, il Protocollo è aperto all'adesione di qualsiasi Stato. Pertanto, non vi è alcun rapporto di sussidiarietà o di complementarietà, trattandosi di una Convenzione autonoma, che bene potrebbe essere ratificata da uno Stato non parte alla Convenzione del 2007: così anche BORRÁS, *op.cit.*, 34 ss.

216 Il Regolamento (consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. e in *Riv.dir.int.priv. e proc.*, 2009, 1038 ss.) sarà senz'altro applicabile a decorrere dal 18 giugno 2011, perché il Protocollo (non ancora internazionalmente in vigore, in mancanza della seconda ratifica) è stato, però, già approvato e ratificato dall'Unione europea in data 8 aprile 2010, in base alla Decisione del Consiglio dell'Unione europea 30 novembre 2009, n. 2009/941/CE, che ha approvato il Protocollo e ne ha dichiarato comunque la sua applicazione in via provvisoria nella Comunità (con esclusione di Regno Unito e Danimarca, che non hanno partecipato all'adozione della decisione in oggetto) dal 18 giugno 2011, così ricorrendo allo strumento, previsto dall'art. 300, par. 2, TCE (dopo il Trattato di Lisbona, art. 218, par. 5, TFUE), dell'applicazione provvisoria di un accordo internazionale prima della sua entrata in vigore. In questo senso, già VIARENGO, in POCAR, VIARENGO, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv.dir.int.priv. e proc.*, 2009, 810 s., 821, cui si rinvia anche per i profili soggettivi di applicazione nei confronti di Danimarca e Regno Unito (sul punto, anche

Il nuovo Regolamento, sostituendosi alle disposizioni preesistenti<sup>217</sup>, ha voluto realizzare l'obiettivo di racchiudere in un unico atto le norme in materia di giurisdizione (artt. 3-14); legge applicabile (art. 15); riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni (artt. 16-43), delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici (art. 48); patrocinio a spese dello Stato (artt. 44-47); cooperazione tra Autorità centrali (artt. 49-63). A questo fine, l'art. 2, n. 2, consente di applicare il Regolamento anche alle decisioni adottate dalle autorità amministrative degli Stati membri competenti in materia di obbligazioni alimentari, purché offrano garanzie sull'imparzialità e sul diritto di audizione delle parti, e siano altresì suscettibili di riesame dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

In particolare, il Regolamento ha recepito le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 23 novembre 2007, sul recupero internazionale degli alimenti destinati ai minori e agli altri membri della famiglia, e del Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Il Regolamento pone norme specifiche per il coordinamento con altre Convenzioni internazionali, delle quali gli Stati membri siano parti, in particolare nell'art. 69<sup>218</sup>. Invece, in relazione al rapporto fra il Protocollo del 2007 ed il Regolamento, quest'ultimo, nell'art. 15, si limita ad affermare che l'individuazione della legge applicabile è disciplinata dal Protocollo negli "Stati membri vincolati da questo strumento": il fine della disposizione, che pareva significare l'intento della Comunità di non esercitare la propria competenza interna in materia, rimettendosi alle soluzioni raggiunte dalla Conferenza de L'Aja ed alla discrezionalità degli Stati di aderire al Protocollo, è stato però smentito dalle recente ratifica del Protocollo da parte

---

MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, II, 600).

Per un primo commento al Regolamento, v. PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario cod. civ.* diretto da E.Gabrielli, *Della famiglia* a cura di Balestra, III, Torino, 2009, sub art. 433, 485 ss. Ampiamente, AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., *passim*; CASTELLANETA, LEANDRO, *Il Regolamento CE n.4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 1051 ss.; POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 805 ss.; MARINO, *op.cit.*, 599 ss.

217 Per le quali si rinvia a TROMBETTA-PANIGADI, *Le obbligazioni alimentari*, in *Tratt.dir. priv.Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, II, *Persone e famiglia*, Torino, 2008, 449 ss. Sull'ambito di applicazione del Regolamento n. 4/2009, v. VIARENGO, *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 111 ss.

218 Così dispone l'art. 69: "1. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento, fatti salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 307 del trattato. 2. Nonostante il paragrafo 1 e fatto salvo il paragrafo 3, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri, sulle convenzioni e gli accordi che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento e di cui sono parte gli Stati membri". Il par. 3 disciplina il coordinamento con la Convenzione del 23 marzo 1962 tra la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda e la Norvegia sul recupero dei crediti alimentari, che, come risulta dal *considerando* n. 40, contiene norme più favorevoli in tema di riconoscimento ed esecuzione. V. LEANDRO, in CASTELLANETA, LEANDRO, *op.cit.*, 1110 s.

dell'Unione europea<sup>219</sup>. Inoltre, ai sensi dell'art. 68, n. 1, il nuovo Regolamento "modifica" il Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (cd. "Bruxelles I") - concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - "sostituendone le disposizioni applicabili in materia di obbligazioni alimentari", in relazione ai procedimenti avviati successivamente alla data di applicazione del Regolamento in esame<sup>220</sup>. Analogamente, il n. 2 dell'art. 68 prevede la sostituzione del Regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004, sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, tranne che per "i titoli esecutivi europei riguardanti obbligazioni alimentari emessi in uno Stato membro non vincolato dal protocollo de L'Aja del 2007"<sup>221</sup>.

## 17. SEGUE: NOZIONE DI OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione e la nozione di obbligazioni alimentari, è necessario muovere dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui contenuto, in applicazione delle nuove competenze conferite alla Comunità dal Trattato di Amsterdam, fu poi trasfuso nel già ricordato Regolamento (CE) n. 44/2001. Pur mancando in entrambe le fonti ricordate una definizione di obbligazioni alimentari, soccorrono, da un lato, la relazione Jenard e la relazione Schlosser che accompagnavano, rispettivamente, la menzionata Convenzione di Bruxelles e la Convenzione di Lussemburgo del 9 ottobre 1978, con la quale alla prima avevano aderito Danimarca, Irlanda e Regno Unito; dall'altro, le soluzioni interpretative fornite dalla Corte di Giustizia sulle norme della Convenzione di Bruxelles ed applicabili anche alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (CE) n. 44/2001, in armonia con quanto previsto dal suo *considerando* n. 19. La Corte ha sempre adottato un'accezione di obbligazione alimentare ampia ed indipendente dalla diversa denominazione eventualmente assunta all'interno dei vari ordinamenti nazionali, sottolineando l'utilità e l'esigenza di elaborare una nozione autonoma dell'espressione, perché la sola in grado di garantire l'applicazione uniforme della Convenzione<sup>222</sup>: in particolare, i presupposti dell'obbligazione alimentare sono

219 Peraltro, per una diversa lettura della norma alla luce del successivo Regolamento (CE) n. 664/2009, LEANDRO, *op.cit.*, 1055 ss.

220 Al riguardo, complesse regole di coordinamento sono dettate dall'art. 75 del Regolamento n. 4/2009: LEANDRO, *op.cit.*, 1093 s.

221 Sul rapporto con gli altri regolamenti comunitari, BARUFFI, *In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 138 ss.; con particolare riguardo al Regolamento (CE) n. 2201/2003, ESPINOSA CALABUIG, *Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los reglamentos 4/2009 y 2201/2003*, *ivi*, 51 ss.

222 Così C.Giust.CE, 6.3.1980, 120/1979, *de Cavel c. de Cavel*, in *Riv.int.dir.priv. e proc.*, 1980, 475; C.Giust.CE, 20.3.1997, C-295/1995, *Farrell c. Long*, in *Fam. e dir.*, 1997, 205, e C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, *ibidem*, 206, con nota di

costituiti dallo scopo, anche solo parziale, del mantenimento del soggetto bisognoso e dalla commisurazione della prestazione alle necessità del creditore ed alle capacità economiche del debitore<sup>223</sup>. La nozione europea, quindi, è molto diversa dai corrispondenti alimenti dell'ordinamento italiano e si avvicina, piuttosto, a quella di mantenimento accolta nei diritti inglese (*maintenance*), americano (*alimony*), francese (*obligation* o *prestation alimentaire*) e tedesco (*unterhalt*)<sup>224</sup>. Così, l'obbligazione alimentare trova applicazione, nel caso di rapporti tra coniugi, quando la medesima sia corrisposta prima o dopo lo scioglimento del matrimonio, sia imposta *ex lege* o con provvedimento giudiziale; è altresì indipendente dal carattere provvisorio o no della prestazione, dalla sua funzione parzialmente compensativa, dalle modalità di pagamento (potendo consistere anche in soluzioni *una tantum*) o di somministrazione della stessa, ad esempio mediante costituzione di garanzie reali o trasferimento di diritti patrimoniali<sup>225</sup>. Invece, la Corte non ha avuto occasione di pronunciarsi sulle obbligazioni alimentari di carattere successorio, che peraltro, secondo una parte della dottrina, andrebbero escluse dalla nozione comunitaria, unitamente a quelle derivanti da atto negoziale o da fatto illecito<sup>226</sup>.

Anche il Regolamento CE n. 4/2009 non offre alcuna definizione dell'istituto e si limita ad affermare, nell'art. 1, la sua applicazione alle "obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità". Tuttavia, il nuovo Regolamento, non solo sembra collocarsi, sotto questo profilo, nel solco del Regolamento CE n. 44/2001, come risulta dal *considerando* n. 44, ma contiene anche una serie di elementi idonei a fare ritenere che la nozione sopra individuata

---

BALLARINO, *Le obbligazioni in materia alimentare nella Convenzione di Bruxelles*.

223 C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, cit., dove si escludono dall'ambito alimentare le prestazioni attinenti unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, in quanto riconducibili al regime patrimoniale della famiglia.

224 In questo senso si è espressa anche Cass.civ., S.U., 24.7.2003, n. 11526, in *Rep.Giur.it.*, 2003, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 632, con riferimento ad una domanda di revisione delle disposizioni contenute in una sentenza di divorzio, proposta nei confronti dell'ex coniuge e del figlio maggiorenne, in tema di mantenimento di quest'ultimo; Cass. civ., S.U., ord. 1.10.2009, n. 21053, in *Fam. e dir.*, 2010, 821, con nota adesiva di GRASSO, *La controversia in "materia di obbligazioni alimentari" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione*, in merito all'assegno di mantenimento tra coniugi separati. Diversamente, T.Firenze, decr. 20.5.2003, in *Riv.internaz.dir.priv. e proc.*, 2005, 737 (con nota di MARONGIU BUONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti "Bruxelles I" e "Bruxelles II"*, *ivi*, 2005, 699), il quale ha ritenuto di non applicare il Regolamento CE n. 44/2001 in relazione ad una domanda di modifica delle condizioni di separazione consensuale sull'ammontare di un assegno a titolo di contributo per il mantenimento del coniuge separato, argomentando, fra l'altro, dalla differenza esistente nel nostro ordinamento tra mantenimento ed alimenti.

225 C.Giust.CE, 6.3.1980, 120/1979, *de Cavel c. de Cavel*, cit.; con riferimento alla prestazione *una tantum* ed al trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei coniugi all'altro in sede di divorzio, C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, cit. V., altresì, PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 488 ss.; VIARENGO, *op.ult.cit.*, 116 s.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 807 s.

226 In questo senso, VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di Bariatti, Milano, 2007, 235.



sia stata mantenuta: anzitutto, ai sensi del *considerando* n. 11, “la nozione di obbligazione alimentare dovrebbe essere interpretata in maniera autonoma”; in secondo luogo, l’art. 4, n.1, lett.c), espressamente richiama le obbligazioni alimentari anche tra *ex coniugi*, laddove nell’ordinamento italiano gli alimenti non sono in questo caso dovuti; analogamente, l’art. 3, lett.d), è riferito ad una domanda di alimenti accessoria ad un’azione relativa alla responsabilità genitoriale. Pertanto, il Regolamento in esame esprime favore per un trattamento unitario di tutti gli istituti che mirano ad assicurare ai congiunti mezzi di sussistenza, indipendentemente dal loro *nomen iuris*. A questo fine, inoltre, viene introdotta una disposizione (art. 64), la quale consente di ricondurre alla nozione di «creditore» (ai fini della presentazione di una “domanda di riconoscimento e di dichiarazione di esecutività o di esecuzione” di decisioni in materia di obbligazioni alimentari) anche gli enti pubblici aventi il diritto di agire per conto di una persona, cui siano dovuti alimenti, o di chiedere il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti; precisando, tuttavia, che il diritto di azione è disciplinato dalla legislazione cui è soggetto l’ente<sup>227</sup>.

In conclusione, la nozione comunitaria di obbligazione alimentare continua a differire da quella del diritto italiano sotto un duplice profilo. Da un lato, nei rapporti familiari l’espressione è certamente più ampia, in quanto riferibile anche alle ipotesi di mantenimento, soprattutto nei rapporti tra coniugi o *ex coniugi* e nei confronti dei figli; al riguardo, è doveroso segnalare che il Regolamento si è però discostato dalla Proposta presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005, il cui art. 1, 1°co., estendeva il Regolamento anche ai “rapporti che, in forza della legge ad essi applicabile, producono effetti simili” a quelli familiari, con l’effetto di escludere dall’ambito della nuova disciplina i rapporti di convivenza non matrimoniale, ad esempio l’ipotesi contemplata dall’art. 342 *ter*, 2°co., c.c. in tema di misure di protezione contro gli abusi familiari<sup>228</sup>. Dall’altro lato, però, la nozione di obbligazione alimentare è più restrittiva, perché, in quanto collegata unicamente al rapporto familiare, esclude l’applicazione del Regolamento al caso del donatario; nonché agli alimenti di fonte successoria e convenzionale, fatta salva l’ipotesi dell’accordo meramente determinativo del contenuto di un rapporto alimentare tra familiari già esistente<sup>229</sup>.

227 La previsione si ispira ad una soluzione già adottata dalla Convenzione de L’Aja del 2 ottobre 1973 e dalla C.Giust.CE, 14.11.2002, C-271/2000, *Gemeente Steenberg c. Baten*, in <http://eur-lex.europa.eu>. (diversamente, invece, C.Giust.CE, 15.1.2004, C-433/2001, *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, in <http://eur-lex.europa.eu>, in un’ipotesi di regresso per somme versate in applicazione di disposizioni di diritto pubblico); poi ripresa dall’art. 36 della Convenzione de L’Aja del 2007.

228 Peraltro, non si esclude la possibilità che la definizione di tali rapporti, in assenza di una nozione autonoma, sia rimessa ai singoli Stati membri, con un’interpretazione *lege fori*: VIARENGO, in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 809 s.; LEANDRO, *op.cit.*, 1060 ss.

229 PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 490; LEANDRO, *op.cit.*, 1060.

## **18. SEGUE: GIURISDIZIONE; FORI SPECIALI ALTERNATIVI, ELETTIVI E RESIDUALI**

In tema di giurisdizione, l'art. 3 del Regolamento, diversamente dal Regolamento (CE) n. 44/2001<sup>230</sup>, non contempla un foro generale, ma prevede quattro fori speciali alternativi, dei quali due sono stabiliti per materie specifiche; inoltre, è ammessa la proroga, sia espressa, che tacita; infine, sono previsti due fori residuali; mentre non rimane alcuno spazio per i titoli di giurisdizione nazionali.

In particolare, i primi tre fori individuati dall'art. 3 stabiliscono la competenza del giudice del luogo della residenza abituale del convenuto o del creditore, oppure, se la domanda alimentare è accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, del giudice avente giurisdizione per quest'ultima, salvo che la medesima non sia fondata solo sulla cittadinanza di una delle parti<sup>231</sup>. A questi fori, si aggiunge, con una previsione formalmente nuova rispetto al Regolamento (CE) n. 44/2001, la giurisdizione del giudice competente a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, sempre che la domanda alimentare sia accessoria e la competenza non sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti<sup>232</sup>. L'art. 4 disciplina, poi, la proroga di competenza, ma il potere di scelta delle parti, rispetto al Regolamento (CE) n. 44/2001, incontra numerosi limiti, peraltro non subordinati ad alcuna valutazione di merito: anzitutto, è ammissibile solo nelle cause concernenti obbligazioni alimentari nei confronti di persone maggiori di diciotto anni d'età; inoltre, è comunque molto circoscritto, al fine di garantire l'esistenza di un collegamento fra la controversia e il giudice adito<sup>233</sup>. Tale fine,

---

230 Sulla disciplina di diritto internazionale privato e processuale concernente le obbligazioni alimentari nel campo di applicazione del Regolamento (CE) n. 44/2001, v. VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 227.

231 Pertanto, nel mutamento delle norme contenute nel Regolamento (CE) n. 44/2001, vengono meno il foro generale del domicilio del convenuto ed il foro speciale del domicilio dell'attore: la scelta è probabilmente dovuta alla preferenza della residenza abituale come criterio di collegamento in questa materia ed alla previsione di un ampio numero di fori speciali. Anche per gli ulteriori rilievi in merito alla nozione di residenza abituale, si rinvia a POCAR, in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 811 s.; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 5 ss.; CASTELLANETA, in CASTELLANETA, LEANDRO, *op.cit.*, 1068 ss.; MARINO, *op.cit.* 802 s.

232 Infatti, come rileva POCAR, *op.ult.cit.*, 7 s. (ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 813), la nuova normativa non modifica nella sostanza il Regolamento (CE) n. 44/2001, ma ne permette una corretta interpretazione, alla luce del Regolamento (CE) n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II-bis), relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

233 Possono essere scelti il giudice della residenza abituale o della cittadinanza di una delle parti; mentre, nelle cause relative alle obbligazioni alimentari fra coniugi ed ex coniugi, può essere designato il giudice competente a conoscere della causa in materia matrimoniale, assicurandosi così la concentrazione di tutte le controversie presso un unico giudice, oppure quello del luogo dell'ultima residenza abituale comune per un periodo di almeno un anno. In argomento, CASTELLANETA, *op.cit.*, 1070 ss.; MARINO, *op.cit.*, 604 ss.; anche i profili di coordinamento con la Convenzione di Lugano 30.10.2007, che riguarda i rapporti fra Stati

però, sembra poi pregiudicato dall'ampia possibilità di prorogare tacitamente la competenza giurisdizionale prevista dall'art. 5, essendo sufficiente che il convenuto si costituisca e non eccepisca l'incompetenza: non solo tale norma è applicabile anche alle controversie relative ad obbligazioni alimentari nei confronti dei minori; ma il giudice così prorogato non necessariamente presenta un collegamento con la fattispecie, contrariamente a quanto l'art. 4 vorrebbe assicurare<sup>234</sup>. Infine, gli artt. 6 e 7 introducono altre novità, prevedendo due casi particolari di competenze speciali, cioè un foro sussidiario e il foro di necessità, quest'ultimo indicato con una formula che sarà sicuramente fonte di numerosi dubbi interpretativi<sup>235</sup>. Il primo, rappresentato dal giudice del luogo della comune cittadinanza delle parti, opera quando nessun giudice appartenente a uno Stato membro sia competente in virtù dei precedenti artt. 3, 4 e 5 del Regolamento e la giurisdizione non sussista nemmeno in capo alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte alla Convenzione di Lugano 30 ottobre 2007<sup>236</sup>. Il *forum necessitatis*, invece, può esser invocato solo se la competenza di un giudice di uno Stato membro non può fondarsi su nessuna delle precedenti norme e se è soddisfatta una condizione di tipo materiale, cioè il procedimento non può ragionevolmente esser intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo: in questo caso, è competente il giudice del luogo che presenta un collegamento sufficiente con la controversia. Per concludere, le norme di diritto processuale civile internazionale nazionali non sono più invocabili nel campo di applicazione del Regolamento, nemmeno in via ulteriormente residuale rispetto agli artt. 6 e 7: i titoli di giurisdizione ivi stabiliti costituiscono un sistema completo ed esclusivo, che sostituisce integralmente le disposizioni interne<sup>237</sup>.

## 19. SEGUE: LEGGE APPLICABILE, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI

Con riferimento alla legge applicabile, l'art. 15 del Regolamento prevede che essa sia determinata secondo il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007: questo spiega la condizione, in precedenza indicata, della sua entrata in vigore;

---

membri dell'Unione europea e Stati membri dell'EFTA (Paesi parte dell'accordo europeo di libero scambio, ma non membri dell'Unione europea), POCAR, *op.ult.cit.*, 813 ss.; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009, cit.*, 8 ss.

234 Oltretutto, la disposizione potrebbe esser utilizzata consapevolmente dalle parti per superare i limiti della proroga espressa: PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 491; nello stesso senso, MARINO, *op.cit.*, 606.

235 Per un'analisi più dettagliata della disciplina, si rinvia a POCAR, *op.ult.cit.*, 11 ss.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 815 ss.; v. anche CASTELLANETA, *op.cit.*, 1073 ss.; MARINO, *op.cit.*, 606 s.

236 Sui rapporti tra la Convenzione di Lugano, entrata in vigore il 1° gennaio 2010, ed il Regolamento, v. BORRÁS, *op.cit.*, 25 ss.

237 In questo senso, già PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 492; conformi POCAR, *op.ult.cit.*, 818; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009, cit.*, 14; MARINO, *op.cit.*, 607.

ma consente anche l'armonizzazione della normativa comunitaria con quella posta a livello più ampio della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato<sup>238</sup>. Tuttavia, un problema sorge specificamente nell'ordinamento italiano, a seguito del rinvio che l'art. 45, l. 31 maggio 1995 n. 218, sulla Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, fa alla Convenzione de L'Aja 2 ottobre 1973 per individuare in essa la legge in ogni caso applicabile alle obbligazioni alimentari<sup>239</sup>: occorre chiedersi come dovrà interpretarsi questo richiamo, nel momento in cui il Protocollo del 2007 già ratificato dall'Unione europea - il quale sostituisce, ai sensi dell'art. 18, le precedenti Convenzioni de L'Aja in materia alimentare fra gli Stati contraenti il Protocollo stesso - sarà applicabile nell'Unione europea (comunque, in via provvisoria, a decorrere dal 18 giugno 2011) e quindi sarà vincolante per l'Italia. La soluzione più idonea sarebbe quella di intendere il rinvio, di cui all'art. 45, come formale nel suo campo di applicazione, perché ciò consentirebbe di adattare immediatamente l'ordinamento italiano a tutte le modifiche apportate alla Convenzione richiamata: pertanto, il Protocollo del 2007 sarebbe applicabile nell'ordinamento italiano, in forza dell'obbligatorietà che esso assume per il tramite dell'art. 15 del Regolamento (CE) n. 4/2009, nel suo campo di applicazione materiale originario<sup>240</sup>.

Per quanto concerne il riconoscimento e l'esecuzione, il Regolamento contempla due sistemi per la circolazione delle decisioni fra Stati membri. Il primo prevede per le decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal Protocollo de L'Aja una specifica procedura di riconoscimento e di dichiarazione di esecutività, che sostanzialmente riproduce la procedura ed i motivi di rifiuto del riconoscimento, di cui al Regolamento (CE) n. 44/2001. Il secondo, invece, stabilisce che la decisione emessa in un Paese vincolato dal Protocollo de L'Aja, è riconosciuta automaticamente in ogni Stato membro, senza la necessità di esperire alcun procedimento e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento (art. 17, n. 1)<sup>241</sup>. Pertanto, la fase del merito è interamente disciplinata dalla *lex fori*; la decisione, esecutiva nello Stato in cui è stata emessa, lo è anche in ogni Stato membro, senza che sia necessaria una dichiarazione che ne attesti l'esecutività (art. 17, n. 2)<sup>242</sup>; viene meno ogni controllo, ivi compreso quello relativo alla violazione

238 Ampiamente, LEANDRO, *op.cit.*, 1079 ss.; BARUFFI, *op.cit.*, 125 ss.

239 Sul tema, da ultimo, VIARENGO, in ZACCARIA, *Comm.breve dir.fam*, Padova, 2008, *Legge 31 maggio 1995, n. 218, sub art. 45*, 2418 ss.

240 PACIA, *op.loc.ult.cit.*; per la necessità di un intervento normativo, LEANDRO, *op.cit.*, 1088 ss.

241 Infatti, il riesame della sentenza, ai sensi dell'art. 19 del Regolamento (CE) n. 4/2009, è ammissibile solo nella limitata ipotesi in cui il convenuto, non comparso, non abbia ricevuto comunicazione o notificazione dell'atto introduttivo della domanda in tempo utile per presentare le proprie difese oppure non abbia avuto la possibilità di contestare il credito alimentare a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non imputabili.

242 Solo in alcune circoscritte ipotesi, contemplate dall'art. 21, l'esecuzione nello Stato membro richiesto può essere negata su istanza del debitore: prescrizione del diritto in forza della legge dello Stato membro di origine o di quello dell'esecuzione, se prevede un termine più lungo; contrasto con altra decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione ovvero in altro Stato

dell'ordine pubblico<sup>243</sup>. E' importante ricordare che tale automaticità mira soltanto a consentire il recupero del credito alimentare e non implica anche il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità che ha dato luogo all'obbligazione alimentare, cui è riferita la decisione (art. 22).

Così operando, il Regolamento ha recepito le indicazioni del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, nel quale Consiglio e Commissione erano stati invitati a dettare norme procedurali comuni e speciali, volte a semplificare ed accelerare la composizione delle cause transfrontaliere riguardanti, soprattutto, i crediti alimentari; nonché a sopprimere tutte le formalità e le procedure di autorizzazione interne agli Stati membri (cd. "exequatur"), necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse in altro Stato membro in materia di crediti alimentari, in modo da introdurre un certo automatismo nella suddetta esecuzione.

A questo fine, il Regolamento istituisce, a somiglianza di altre convenzioni in materia di diritto internazionale privato, un sistema di Autorità centrali destinato a facilitare la raccolta di informazioni e la trasmissione delle domande di alimenti<sup>244</sup>. Fra i compiti di tali Autorità rientrano l'assistenza ai creditori e ai debitori di alimenti nel fare valere i propri diritti in un altro Stato membro, mediante la presentazione di domande di riconoscimento, di dichiarazione di esecutività e di esecuzione di decisioni esistenti, di modifica di tali decisioni e di emanazione di una decisione. Inoltre, le Autorità devono scambiarsi informazioni per localizzare debitori e creditori ed individuare, se del caso, i loro introiti e beni; infine, devono cooperare tra loro, scambiandosi informazioni e promuovendo la cooperazione tra le autorità competenti del rispettivo Stato membro.

Sempre al medesimo fine, il nuovo Regolamento prevede che il creditore di alimenti non è tenuto a disporre nello Stato membro dell'esecuzione, né di un recapito postale, né di un rappresentante autorizzato, ferma restando peraltro l'organizzazione interna degli Stati membri in materia di procedure di esecuzione. Non è necessaria neppure la traduzione del provvedimento da portare ad esecuzione, a meno che non vi sia una contestazione di detta esecuzione e fatte salve le regole applicabili alla notificazione e alla comunicazione degli atti. Inoltre, al fine di assicurare il recupero rapido ed efficace di un credito alimentare ed evitare i ricorsi dilatori, l'art. 39 riconosce all'autorità giurisdizionale d'origine il potere di dichiarare la decisione provvisoriamente esecutiva, "nonostante un eventuale ricorso, anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto".

---

membro o in uno Stato terzo, che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato dell'esecuzione; invece, può essere sospesa, se nello Stato membro di origine è stata presentata domanda di riesame ex art. 19 o se ivi l'esecutività è stata sospesa.

243 **Ampiamente**, LEANDRO, *op.cit.*, 1090 ss.; VIARENGO, *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, cit., 119 ss.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 822 ss.; BARUFFI, *op.cit.*, 135 ss.; MARINO, *op.cit.*, 609 ss.

244 Si rinvia a VIARENGO, *op.ult.cit.*, 826 ss.; ID., *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, cit., 122 ss.; LEANDRO, *op.cit.*, 1103 ss.

## Summary

### ALIMENTARY OBLIGATION IN THE ITALIAN LEGAL ORDER

Presumptions for alimentary obligation are a state of necessity and economic conditions of a debtor. Due to the first presumption, this institute differs from other obligations of contribution and maintenance. Moreover, the presumption is a basis for its identification with hereditary legal maintenance of a separated spouse with duties or of a divorced spouse. The second presumption does not call for a special diligence of a debtor, and therefore, it presents an exception from the general rule prescribed in the Article 1175 c.c. Under the Article 445. c.c. the right to alimony can be executed from the day when legal actions were brought in court or from the day of debtor's *interpellatio morae*. Having in mind that a complaint or *interpellatio morae* has an exclusive function to limit retroactivity of a court judgment, it is believed that the right to alimony does not exclude a constitutive nature of the judgment if the complaint is filed in the period of six months. It is a complex case where plaintiff's potestative right is involved together with a decision on the establishment of presented facts and condemnatory judgment as an outcome.

Contrary to the prevailing opinion it is thought that, with debtor's consensus, it is possible to overcome the prohibition of alimentary claim cession under the Article 447. c.c. Furthermore, it is not possible to conclude that the above provision is also about undisposable rights in cases of aspects which are not explicitly regulated (withdrawal, settlement, compromise during the arbitration). According to the Article 448 c.c. and Article 660 c.c. that regulates the legacy, private subjects have the right to create alimentary obligations and the possibility to apply solutions that are provided for legal obligations.

Regulation (EC) no. 4/2009 (in force from 18 October 2011) contains new provisions which were created due to the implementation of the Hague Convention of 23 November 2007, and the Hague Protocol of 23 November 2007. Now, provisions on jurisdiction, implementation of rights, recognition and enforcement of decisions, court settlements, public acts, cover of expenses by the state and cooperation with the central authorities have been provided in a single legal act. The Regulation accepts a common notion of alimentary obligation, which also stands for maintenance, exclusively relating to family legal relations. In regard to the issue of jurisdiction, the Regulation presents a comprehensive and exclusive system that entirely substitutes domestic (internal) provisions. The Article 15 specifies that the applicable law shall be determined in accordance with the Hague Protocol of 23 November 2007.

**Key words:** *notion, expiration of the time-limit, disposability, sources, Regulation.*

## Zusammenfassung

### UNTERHALTSZAHLUNGSPFLICHT IM ITALIENISCHEN RECHT

Notlage und wirtschaftliche Verhältnisse des Schuldners stellen die Voraussetzungen für die Unterhaltszahlungspflicht dar. Durch die erste Voraussetzung unterscheidet sich dieses Institut von anderen Beitrags- und Unterhaltspflichten, weshalb dieses Institut mit dem nachlassrechtlichen Unterhalt zu Gunsten des getrennten Ehegatten, der Verpflichtungen hat oder des geschiedenen Ehegatten identifiziert wird. Die zweite Voraussetzung fördert keine besondere Sorgfalt seitens des Schuldners auf, und weicht insofern vom Artikel 1175 Zivilgesetzbuch Italiens ab. Das Recht auf Unterhaltszahlung, das ab dem Tag der Klage oder ab dem Tag des *interpellatio morae* des Schuldners geltend gemacht werden kann (falls die Klage innerhalb von sechs Monaten erfolgt), schließt die konstitutive Art des Urteils nicht aus, aus dem Grunde, dass sowohl die Klage, als auch *interpellatio morae* ausschließlich zur Einschränkung der Rückwirkung des Urteils dienen. Deswegen handelt es sich um einen schwierigen Fall, welcher das Gestaltungsrecht des Klägers, die Entscheidung über die Feststellung beilegender Tatsachen und schließlich ein Leistungsurteil umfasst.

Im Gegensatz zu der überwiegend vertretenen Meinung wird in dieser Arbeit argumentiert, dass das Abtretungsverbot der Unterhaltsforderung aus Art. 447 ZGB mit der Einwilligung des Schuldners überbrückbar ist. Insbesondere sollte nicht geschlossen werden, dass die genannte Norm auch Nichtverfügbarkeit von Rechten und von anderen Aspekten wie Verzicht, Ausgleich oder schiedsrichterlichen Kompromiss vorausieht. Aus Art. 448 und 660 über Legat ZGB ergibt sich, dass private Subjekte auch das Recht auf Unterhaltspflichtentstehung haben und dabei gleiche Lösungen wie für gesetzliche Pflichten anwenden können.

Als eine Art Ersatzes der vorherigen Bestimmungen der Haager Konvention vom 23. November 2007 und des Haager Protokolls vom 23. November 2007 beinhaltet die Verordnung Nr. 4/2009 (tritt in Kraft am 18. Oktober 2011) einheitliche Bestimmungen über Zuständigkeit; Rechtsanwendung; Anerkennung; Vollstreckbarkeit des Urteils; gerichtliche Ausgleiche; öffentliche Akten; Kostenbegleichung vom Staat und Mitarbeit zwischen den Behörden. Diese Verordnung führt außerdem einen gemeinsamen Begriff der Unterhaltszahlungspflicht ein. Darunter ist auch Unterhalt zu verstehen, wobei sich dieser Begriff ausschließlich auf familienrechtliche Verhältnisse bezieht. In Hinsicht auf die Zuständigkeitsfrage, bring diese Verordnung ein Exklusivsystem dar und ersetzt somit die gesamten nationalen Bestimmungen, während Art. 15 vorausieht, dass durch das Haager Protokoll vom 23. November 2007 festgestellt wird, welches Recht anzuwenden ist.

**Schlüsselwörter:** *Begriff, Fristablauf, Verfügbarkeit, Quellen, Verordnung*

## Riassunto

**L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE  
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

Dei due presupposti dell'obbligazione alimentare, stato di bisogno e condizioni economiche dell'obbligato, il primo consente di distinguere l'istituto dagli obblighi di contribuzione e di mantenimento, ma di affermarne l'identità con gli assegni successori a favore del coniuge separato con addebito e divorziato; il secondo, non richiedendo una diligenza specifica dell'obbligato, si discosta dalla regola generale degli artt. 1175 s. c.c. Si ritiene che la decorrenza degli alimenti, *ex art. 445 c.c.*, dal giorno della domanda giudiziale o della costituzione in mora dell'obbligato, se seguita entro sei mesi dalla domanda, non escluda la natura costitutiva della sentenza, avendo la domanda o la costituzione in mora solo la funzione di segnare il limite di retroattività del provvedimento giudiziale: trattasi di fattispecie complessa, di cui sono elementi il diritto potestativo dell'attore e la pronuncia di accertamento costitutiva dei fatti allegati; ad essa si accompagna una sentenza consequenziale di condanna. In contrasto con la tesi prevalente, si considera superabile, con il consenso del debitore, il divieto di cessione del credito (alla singola prestazione) alimentare previsto dall'art. 447 c.c.; di conseguenza, si nega la possibilità di inferire da tale norma l'indisponibilità del diritto anche per i profili non espressamente disciplinati (rinuncia, prescrizione, transazione, compromesso in arbitri). Dalla lettera dell'art. 448 c.c. e dalla previsione del legato di alimenti *ex art. 660 c.c.*, derivano il potere dei privati di creare vincoli alimentari e l'applicabilità ai medesimi della disciplina della figura legale.

Il Regolamento (CE) n. 4/2009 (applicabile a decorrere dal 18 giugno 2011), sostituendosi alle norme preesistenti e recependo le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 23 novembre 2007 e del Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007, ha racchiuso in un unico atto le norme in materia di giurisdizione; legge applicabile; riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici; patrocinio a spese dello Stato; cooperazione tra Autorità centrali. Il Regolamento non si discosta dalla nozione comunitaria di obbligazione alimentare, comprensiva anche del mantenimento e collegata unicamente al rapporto familiare; i titoli di giurisdizione costituiscono un sistema completo ed esclusivo, che sostituisce integralmente le disposizioni interne; l'art. 15 prevede che la legge applicabile sia determinata secondo il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007.

**Parole chiave:** *nozione, decorrenza, disponibilità, fonti, Regolamento comunitario*



## MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Dr. sc. Mirela Šarac, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu  
Irena Stanić, dipl. iur., asistentica  
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

UDK: 34(37)  
Ur.:10. rujna 2010.  
Pr.: 9. studenoga 2010.  
izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Mandatum pecuniae credendae* specifičan je tip mandata kojim se mandataru nalaže dati zajam određenoj trećoj osobi, pri čemu se mandant – jamac obvezuje mandataru – vjerovniku naknaditi svaki gubitak uzrokovan ispunjenjem naloga. Nastao je krajem razdoblja Republike kao rezultat razvijene trgovine i financijskoga prometa u svrhu ustanovljavanja novog oblika neformalnog jamstva, s mogućnošću zaključenja inter absentes. Dok mu pravnici pretklasičnog razdoblja (Servius Sulpicius Rufus) osporavaju pravnu valjanost, u klasičnom je pravu prihvaćeno suprotno Sabinovo mišljenje. Glavni su razlozi njegova uvođenja bili namirenje potreba za kreditom kao i eliminiranje nedostataka fidejusije. Kod kreditnog naloga litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta. U kasnom klasičnom i postklasičnom pravu dolazi do suštinskog približavanja instituta *mandatum pecuniae credendae* i *fideiussio*. Taj je proces zaokružio Justinijan gotovo izjednačivši kreditne mandante i fidejusore. U Justinijanovom je pravu mandantima općenito priznat *beneficium excussionis*, *beneficium divisionis* i *beneficium cedendarum actionum*.

**Ključne riječi:** rimsko pravo, *mandatum pecuniae credendae*.

### I. UVOD

*Mandatum pecuniae credendae*<sup>1</sup> (opisno označen kao *mandatum ut Titio*

1 Osnovni izvori i literatura o *mandatu pecuniae credendae*: G.3.121; G.3.136; G.3.156; D.17.1; D.46.1; C.4.35; C.8.40; I.3.26; Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft nach roemischem und gemeinem Recht, Halle 1891; Förster, Der Kreditauftrag. Eine Studie nach römischem und neuem bürgerlichem Recht, disert., Leipzig 1903; Bortolucci, Il mandato di credito, BIDR 27 (1914), 129; BIDR 28 (1915), 191; Müller, Der Kreditauftrag als *mandatum qualificatum* insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht, disert., Zürich 1926; Last, Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, von Empfehlung und der Auskunft, Palermo 1936; Sanfilippo, Corso di diritto romano, Il mandato, 1, Catania 1947, 73; Arangio Ruiz, Il mandato in diritto romano, Napoli 1949; Segrè, In materia di garanzie personali, Scritti vari di diritto

*credas*; u pandektnoj znanosti označavan je terminom *mandatum qualificatum*<sup>2)</sup> tip je mandata kod kojeg nalagatelj (mandant) nalaže nalogoprimatelju (mandataru)

- romano, Torino 1953, 477; Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni I, Le garanzie personali*, Padova 1962, 199; Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982; Bombarda, *Il mandato di credito. Evoluzione storica e diritto attuale*, Studi Parmensi XXXVI (1984), 137; Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, 139; Wacke, *Der originäre Regreß des Kreditmandanten aus Auftrag oder negotiorum gestio im römischen Recht*, *Orbis Iuris Romani* 10 (2005), 243.
- 2) Taj naziv nije klasičan, ne nalazi se ni u vrelima ni u djelima glosatora i postglosatora. Izraz *mandatum qualificatum* kao sinonim za *mandatum pecuniae credendae* prvi je upotrijebio Stryk u djelu *Usus modernus Pandectarum, Florentiae MDCCCXLII*, t. XIV, l. XVII, tit. I, c. 707. Vidi: Bombarda, nav. dj., 66, n. 2, Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, Torino 1976, 82; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa I*, Milano 1979, 466. Posebice kada se radi o rimskom pravu puno je precizniji naziv *mandatum pecuniae credendae* jer rimsko pravo za *mandatum qualificatum* vezuje različite tipove kvalificiranih mandata koji se bitno razlikuju od kreditnog naloga: npr.: *mandatum ut fideiubeas* (I.3.26.6; D.17.1.2.2) čiji je cilj preuzimanje jamstva, ili nalog da se prihvati nasljedstvo (D.17.1.32) čija je osobitost u prihvaćanju svojstva nasljednika, ili nalog koji podjeljuje jamac da se najprije utuži glavni dužnik čime se obvezuje za štetu koja iz toga proistekne, itd. Specifični sadržaj kvalificiranih mandata bio je vrlo različit. Sve su to bili česti oblici ugovora o nalogu u Rimu koji su stvarali formalnu *indamnitatis promissio*. Takvi i slični tipovi mandata u ovom radu neće biti uzimani u razmatranje nego samo pravni posao čiji je specifični sadržaj bio u kreditiranju u svoje ime, tj. *mandatum pecuniae credendae* (*mandatum ut Titio credas pecuniam*) kao jedan od tipova *mandata qualificata*. Rimljani su *mandare ut credas pecuniam* shvaćali prema formi i sadržaju kao mandat kojeg su od početka tretirali kao mandat posebne vrste: uvijek se radilo o kreditiranju: mandataru je nalagano dodijeliti kredit trećemu. Ovdje se može postaviti pitanje što je to kredit? U D.12.1.1.1 kaže se „... *omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, . . . ex hoc contractu credere dicimur.*“ Rimljani govore o *credere*, što upućuje na ugovorom zasnovan odnos povjerenja s ciljem prepustiti trećemu na upotrebu ili u vlasništvo određeni predmet kako bi isti predmet (*commodatum, pignus*) ili njegov ugovoreni ekvivalent (*mutuum*) bio vraćen nakon određenog vremena. *Credere* je jedna *generalis appellatio* jer se kredit može dodijeliti na razne načine, ali je u rimskom pravu, kada se govori o mandatu, bio čest nalog usmjeren na dodjeljivanje kredita zajmom, posebice onaj s odgodom plaćanja. Tako se u D.17.1.12.14 kaže „*Plane, si ut exspectares . . . periculum debere ad mandatorem pertinere.*“

Mandatar mora, ne samo igrati ulogu stranke u pravnom smislu jer zaključuje pravni posao u svoje ime čime stječe prava za sebe, nego treba biti i stranka u ekonomskom smislu ukoliko je dodijelio kredit iz svoje imovine. Sadržaj naloga je biti stranka na upravo opisani način. Davanjem kredita je ispunjenje naloga tek započelo nakon čega može od trećega zahtijevati pripadajuća prava. Opseg i vrsta njegove djelatnosti nisu određeni iz početka i unaprijed nego se upravljaču prema kasnije nastalim okolnostima i obuhvaćaju sve ono što nalaže *bona fides* kako bi s obzirom na mandantovo povjerenje bili ostvareni njegovi interesi. Još jedna posebnost po kojoj se kreditni nalog razlikuje od uobičajenog mandata. Dok se kod redovitog naloga rijetko javlja mandantova obveza na naknadu štete i izdataka, mogućnost da se oni pojave puno je veća kod kreditnog naloga. U ovom radu će biti analiziran samo redoviti slučaj kreditnog naloga čiji je sadržaj dodjeljivanje zajma.

pozajmiti novac trećoj osobi, pri čemu mandant nastupa kao jamac te je, ako treći ne bi vratio zajam, mandatnim odnosom obavezan za pozajmljenu sumu (posredstvom *actio mandati contraria*).<sup>3</sup> Jedna od osnovnih i najčešćih funkcija koju ima *mandatum pecuniae credendae* je u ostvarivanju intercesije (*intercessio*). Mandant nalaže mandataru da pozajmi određenu sumu novca trećemu pri čemu jamči njegov povrat.<sup>4</sup> Primjerice, Mevije naloži Ticiju da pozajmi novac Seju preuzimajući na taj način jamstvo za njega. Ako *Seius* ne vrati pozajmljenu sumu, Ticije je mogao tužiti Mevija s *actio mandati contraria* zbog štete pretrpljene izvršenjem njegova naloga. Nastao je krajem Republike ili u prvim desetljećima Principata kao rezultat praktičnih potreba trgovine i financijskoga prometa.<sup>5</sup>

- 3 Accarias, *Droit romain II*, Paris 1878, 532. ističe da je navedena formulacija suviše uska i ograničavajuća. *Mandatum pecuniae credendae* postoji i u slučaju kada se naloži drugome kupiti zemljište za Ticija i tada je mandatar angažiran kao fidejuszor, ili deponirati kod Ticija određeni predmet. Općenito rečeno, *mandatum pecuniae credendae* postoji uvijek kada po nalogu i na mandantov rizik, mandatar postane vjerovnik određene treće osobe. Ako mandant ne odredi trećega s kojim se mandatar obvezuje stupiti u ugovorni odnos, onda se radi o običnom savjetu za koji mandant ne snosi nikakav rizik. Takva proširena definicija kreditnog naloga u suglasju je s široko shvaćenim izrazom *credita pecunia* i u potpunosti je opravdana Julijanovim tekstom (D.17.1.32) u kojem se kaže da je svaka obveza koja je podesna da za nju može jamčiti fidejuszor, može biti ugovorena mandantom.
- 4 Već je *Quintus Mucius Scaevola* izričito naglašavao usku vezu između fidejuszije i mandata, vidi: D.17.1.48pr.; Giménez-Candela, *Mandatum und Bürgenregreß*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin/Heidelberg/New York 1993, 169.
- 5 Kao podvrsta mandata kreditni nalog pretpostavlja prethodno postojanje redovitog naloga. Nije moguće precizno utvrditi kada je mandat postao pravno obvezujući sporazum niti kada se po prvi put pojavio ugovor o nalogu čiji je sadržaj bio kreditni posao. Kao konsenzualni kontrakt pored *pacta nuda* mandat spada među posljednje priznate pravne poslove u rimskom pravu. Sigurno je da je mandat već prije Cicerona općenito priznat kao konsenzualni kontrakt čemu je prethodio dulji razvitak. Sadržajno je mandat kao pravni posao od svog pojavljivanja mogao biti usmjeren na ispunjenje i pravnog i faktičnog posla. Sukladno tomu oblikovao se daljnji razvitak mandata u rimskom pravu. Ništa nije sprječavalo da se mandataru podijeli nalog da s trećim zaključi kreditni posao pri čemu je mandatar nastupao kao mandantov posredni zastupnik. Nakon kreditiranja uzimao je regres i ustupao mandantu eventualna prava prema trećemu. Vjerojatno se težilo tomu da se proširi takav nalog. Tako što mandataru neće biti povjeren samo zaključenje kreditnog posla nego je na njega trebalo prenijeti izvršenje cjelokupnog posla. Posebice je to bilo razumljivo u slučajevima kada su mandatar i treći živjeli u istom mjestu, a mandant boravio u drugom. Mandantu je tada odgovaralo da mandatar zadrži položaj vjerovnika i da ga iskoristi sukladno prilikama. Pri tomu je nalagao mandataru da kredit dodijeli ne samo u vlastito ime nego i za vlastiti račun. Sigurno je da je potreba za takvim mandatima u Rimu bila vrlo velika, posebice u razdoblju gospodarske i trgovinske ekspanzije. Opširnije vidi: Bombarda, nav. dj., 66; Pernice, Labeo. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1873, 449; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, 662; De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1987; Cerami/Di Porto/Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004, 99; Di Porto, *Il diritto commerciale romano. Una „zona d'ombra“ nella storiografia romanistica e nele riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, u: *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, 3, Napoli 1997, 413; Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II. sec. A.C. – metà*

Kreditni nalog bio je pogodan kako bi se trgovcima mogao osigurati kredit u svim dijelovima Carstva, a ne samo kod poznanika u Rimu. *Mandatum pecuniae credendae* pojavljivao se izvorno uglavnom kao pravni posao *inter absentes*. Vlasnici kapitala bili su zainteresirani za dodjeljivanje kredita trgovcima u udaljenim gradovima. Usprkos tome često nisu mogli ili nisu htjeli sami osigurati kredit, zato što nisu imali gotovine pri ruci, ili što su se bojali poslati veću sumu, ili im nije odgovaralo nadzirati dalekog dužnika, zbog čega su povjerali kreditiranje drugomu. Drugi će ispuniti nalog imajući u vidu svog poslovnoga partnera ili će biti vođen vlastitim interesima znajući da će mu nalagatelj odgovarati za moguću štetu koju bi mogao pretrpjeti ispunjavajući nalog. Na temelju toga je jasno zbog čega se u vrelima tako često spominje kreditni nalog u pisanom obliku.<sup>6</sup> Takvom mandatu nije bilo potrebno dodavati nikakav poseban sporazum o naknadi štete da bi se mandanta učinilo odgovornim. Bila je dostatna činjenica što je on dao nalog. Ipak, da bi se otklonile moguće nejasnoće i dvojbe kod mandataru, radi li se o kreditnom nalogu ili možda samo o savjetu, mandant je često izričito preuzimao odgovornost (*periculo meo crede, bene credis*). Kada se uzme u obzir praktični cilj kreditnoga naloga, očito je da nije tipičan i uobičajen za mandat. Njegova *causa* sastoji se u tomu učiniti da mandant posredstvom naloga datog mandataru da pozajmi novac trećemu, garantira da će mandataru obešteti u slučaju da treći, tj. mandatarov dužnik ne vrati dug i tako mu prouzrokuje imovinsku štetu.

U romanističkoj znanosti izdvojilo se nekoliko teorija kojima se pokušalo objasniti nastanak i pravnu narav kreditnog naloga. Starija romanistika većinom zastupa mišljenje da je *mandatum pecuniae credendae* nastao kao rezultat potrebe za uvođenjem neformalnog oblika jamstva.<sup>7</sup> Zagovornici prve teorije prave jasnu razliku između kreditnog naloga i fidejusije priznajući da kreditni nalog predstavlja valjani tip mandata sa specifičnom strukturom.<sup>8</sup> Zastupnici, tzv. mješovite teorije konstruiraju kreditni nalog kao jamstvenu garanciju u formi mandata: mandat po formi i određenim učincima, a jamstvena garancija u biti i svrsi. Razlikuju dva trenutka: onaj koji prethodi davanju kredita i koji se ravna prema uobičajenim pravilima mandata i drugi trenutak nakon što mandatar dodjeli trećem koji je

---

del III sec. d.C.), Napoli 1991, 397; isti, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, Torino 2002, 82; Andreau, La vie financière dans le monde romain. Le métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.C. – IIIe siècle ap. J.C.), Rome 1987, 447; isti, Banking and Business in the Roman World, Cambridge 1999, 30; Bürge, Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, ZSS 104 (1987), 472.

6 C.4.35.7; D.17.1.56pr; D.17.1.59.5; C.8.40(41).22

7 Windscheid, Pandekten II, Frankfurt 1900, 763; Michels, De intercessione per mandatum, Halae 1867, 80; Sokolowsky, nav. dj., 70.

8 Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte, Iena 1851, 60, 540; Geib, Zur Dogmatik des roemischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894, 149; Stammler, Der Garantievertrag, Archiv für die civ. Praxis (69), 1.

reguliran pravilima fidejusijske.<sup>9</sup> Sokolowsky<sup>10</sup> negira kreditnom nalogu svojstva mandata svrstavajući ga pod posebnu formu osobnog jamstva, koje naziva „Mandatsbürgschaft“ nastojeći ustanoviti novi slobodniji tip fidejusijske. Smatra da kreditni nalog duguje svoj nastanak starom institutu *iussus*, da se razvio iz njega ili je *iussus* barem poslužio kao uzor za njegov nastanak. Müller<sup>11</sup> smatra da se nastanak i široko prihvaćanje kreditnog naloga ne mogu objasniti samo usavršavanjem posljednjeg oblika adpromisije. Svakako da se kreditnom nalogu ne mogu poreći ciljevi jamstva, ali se ne slaže sa Sokolowskym ističući da je *iussus* uvijek jednostrano očitovanje, nikada ugovor. *Iussus* je samo gola ovlast za ugovaranje. Bez obzira smatra li se upravljanim na osobu izvan obitelji da zaključi pravni posao s kućnim sinom ili je to ovlast upućena sinu ili robu na zaključenje posla, uvijek ostaje jednostrano očitovanje koje se čak može naknadno pridodati već zaključenom poslu.<sup>12</sup> Sasvim je razumljivo da kreditni nalog ne podnosi nikakvu *ratihabitio* jer nešto što već postoji ne može više biti naloženo. I zato Ulpijan u D.17.1.12.14 s pravom kaže: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum Papinianus rectissime ait*. Kreditni bi nalog u Rimu nastao pod istim okolnostima i da je *iussus* bio nepoznat. *Iussus* uopće nije potreban za razumijevanje biti i povijesti kreditnog naloga, niti objašnjava bilo koju njegovu osobitost. Time se svakako ne može osporiti da je kreditni nalog imao slične gospodarske ciljeve kao i *iussus* ili *fideiussio*. *Pater familias* mogao je svom podčinjenom pomoći dobiti kredit tako što bi dao nalog trećemu, ili trećega putem *iussusa* navesti na davanje zajma. Ipak, pretpostavka za *iussus* uvijek je odnos podčinjenosti, što nije slučaj kod kreditnog naloga. On se posljedično kao mandat razvio iz rimskoga mandata. Svoja specifična pravila ne duguje nikakvom prethodnom uzoru, nego općim pravilima o mandatu s osobitostima svog sadržaja i odgovarajućim životnim potrebama. To dobro pokazuje njegov razvitak u rimskom pravu. Predstavnici teorije, čiji je glavni zagovornik Windscheid<sup>13</sup> izjednačavaju kreditni nalog s ugovorom o garanciji.<sup>14</sup> *Mandatum pecuniae credendae* ne može se podvesti pod pojam naloga i posloводства u širem smislu jer tzv. mandatar radi u vlastitom interesu. Sabinijanci koriste *actio mandati contraria* za utuženje neformalnog obećanja o garanciji. Tu

9 Rothenberg, Der Kreditauftrag, Beurteilung des § 680 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich nebst Abänderungs- und Ergänzungs-vorschlägen, Archiv für die civ. Praxis (77), 323.

10 Sokolowsky, nav. dj., 66.

11 Müller, nav. dj., 17.

12 Usp. D.15.4.1.6 (Ulp. 29 ad ed.): *Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur*.

13 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, Frankfurt a.M. 1891, § 412, 19; sl. von Tuhr, Actio de in rem verso, Freiburg/Leipzig 1895, 20, n. 13.

14 Kod garantnog ugovora nalagatelj prema nalogoprimatelju preuzima garanciju da nalogoprimatelj iz naloga neće pretrpjeti nikakvu štetu. Za razliku od kreditnog naloga garantni ugovor ne predstavlja nikakav *mandatum aliena gratia*. Garantni je ugovor samostalni ugovor gdje garant, garantira činidbu trećega i ne odgovara akcesorno za ono što treći duguje, nego samo za štetu koja nastane iz neizvršenja.

je ideju dalje razvio Förster<sup>15</sup> prema kojem kreditni nalog nije mandat nego samo obećanje o garanciji. Njegovim prihvaćanjem nastaje ugovor kojim mandant obećaje mandataru naknaditi štetu koju pretrpi kreditirajući određenu treću osobu.<sup>16</sup> Sukladno tomu taj ugovor naziva „Kreditgarantengeschäft“ razlikujući ga od drugih jamstvenih ugovora. Ta *promissio indemnitas* bila je vezana uz formu stipulacije, kao i *fideiussio*, tj. stranke su morale biti nazočne prilikom zaključenja. Pravila mandata nudila su Rimljanima način kako zaobići te formalnosti. Ubrzo nakon svoga priznanja kreditni nalog nije korišten samo kao sredstvo osiguranja kredita, nego i kao ugovor o osiguranju koji je imao veliku ulogu umjesto fidejusije. Sigurno je da je takva vrsta „kreditnog naloga“ bila u starom Rimu vrlo česta. Analogna primjena pravila mandata odgovala je u svim slučajevima kada je osiguranje imalo za cilj osiguranje od štete. Ipak, jasne su razlike između garantnog ugovora i kreditnog naloga.<sup>17</sup>

Jedan od glavnih razloga uvođenja kreditnog naloga bilo je eliminiranje nedostataka fidejusije. Ugovor o nalogu često je korišten umjesto fidejusije, kao alternativna forma jamstva. Nedvojbene su prednosti koje je *mandatum credendi* imao pred fidejusijom jer su puno učinkovitije istodobno sačuvani zahtjevi mandataru – vjerovnika, kao i zahtjevi mandanta – jamca.<sup>18</sup> Jednom zaključen *mandatum pecuniae credendae* obvezuje dvije osobe prema mandataru: trećega s kojim je ugovorio ispunjavajući nalog (glavni dužnik) i samoga mandanta (akcesorni dužnik). *Fideiussio*, kao i svaka druga *verborum obligatio* („*fideiussor interrogatus spopondit*“), mogla se zaključiti samo *inter praesentes*,<sup>19</sup> dok je *mandatum* kao neformalni konsenzualni kontrakt mogao biti zaključen *inter absentes*. To je posebice važno u vrijeme usloznavanja i procvata trgovinskih odnosa između udaljenih provincija. Zbog toga je *mandatum credendi* dobio vrlo široku primjenu i

15 Förster, nav. dj., 66, 117.

16 Rimljani su poznavali takav ugovor u *promissio indemnitas*, ali u vrelima o tomu ima malo tekstova. Ipak, može se saznati da je to ugovor o osiguranju koji stvara veze samo između garanta i njegovog ugovornog partnera, dok je za ostale osobe koje sudjeluju u pothvatu bez ikakva značenja. Praktično se ovo ispoljavalo prije svega u teoriji o interesiji.

17 Ugovor o garanciji je jednostrano obvezujući ugovor i nije uvjetovan stvarnim kreditiranjem. Garant odgovara samo supsidijarno jer se obvezuje samo na naknadu štete. Primatelj garancije ne može se obratiti garantu prije nego što je šteta nastala i prije nego što je njena visina utvrđena. Kod pravog kreditnog naloga forma mandata ne služi samo za osiguranje tužbe nego za izravno pribavljanje kredita. Rimljani se nisu pobliže bavili pitanjem razdvajanja osiguranja i pribavljanja kredita. Kreditni se nalog kao ugovor o osiguranju ne može pridodati već postojećem dužničkom odnosu, kao što kaže Ulpijanov tekst D.17.1.12.14: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime ait Papinianus*. Navedeno Papinijanovo pravilo, s kojim se slaže i Ulpijan, uopće ne odgovara pravilima garantnog ugovora. Ishod određenog poslovnog pothvata može se jamčiti u svakoj fazi i sve dok šteta nije objektivno utvrđena, garantni ugovor može biti zaključen. Iz mandatne forme proizilazi sljedeća osobitost kreditnog naloga koja je strana garantnom ugovoru, a to je mandantovo pravo opoziva *re integra*. Sve dok kreditni posao nije započet, mandant može jednostranim očitovanjem ugasiti mandatni odnos.

18 Giffard, *Droit romain. Obligations*, Paris 1958, 384.

19 Brigulio, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano 1999, 318; Guarino, nav. dj., 33.

u smislu njegove prikladnosti da se predoči kao iznimno vrijedno sredstvo očuvanja i unaprjeđenja kredita. Očito je da je *mandatum pecuniae credendae* imao isti cilj kao i *fideiussio* i praktično ostvarivao iste usluge. Iz tog je razloga u Digestama i Kodeksu odnosna materija ujedinjena u titulu *de fidejussoribus et mandatoribus* (D.46.1; C.8.41). Mandat je mogao biti zaključen i u slučaju kada je *fideiussio* već postojala. Tako je zajmodavac mogao dogovoriti s fidejusorom da s njegove strane bude naloženo tužiti dužnika (D.17.1.22.2; I.3.26.2). Na taj je način izbjegavan konsumptivni učinak litiskontestacije. Dok je vjerovnikova tužba nastala iz fidejusije već bila konzumirana, *actio mandati contraria* je još bila moguća protiv fidejusora čak i nakon neuspješnog pokušaja namirenja od dužnika. Tako je osiguravano da vjerovnik najprije pokrene legalna sredstva protiv glavnog dužnika, prije nego li što se obrati fidejusu. Kreditni nalog razlikovao se od fidejusije jer litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta (Pap. D.46.1.52.3; C.8.40.28pr.). Vjerovnik je mogao birati koga će prvoga tužiti.<sup>20</sup> U slučaju ako se ne bi namirio od jednog, nije bilo prepreke tužiti drugoga.<sup>21</sup> Budući da je spadao u *iudicia bonae fidei*, sudac je sukladno postupovnoj formuli osuđivao tuženika na „*quidquid . . . dare facere oportet ex fide bona*“ i imao je široke ovlasti u ustanovljavanju obveza stranaka sukladno načelu pravičnosti u konkretnom slučaju. Suprotno tomu, tužba nastala iz fidejusije bila je *stricti iuris*.<sup>22</sup>

Praktični nedostatak mandata očitovao se što je *mandatum* morao biti zaključen prije glavne obveze (Ulp. D.17.1.12.14), dok je *fideiussio* mogla biti zaključena i unaprijed i, kako je bilo uobičajeno, nakon glavne obveze. Odlučujući motiv za zaključenje kreditnog naloga bilo je ostvarenje učinka jamstva. Onaj tko je htio dobiti kredit i u tu je svrhu htio ili morao ponuditi garanciju osobne naravi, zamolio bi trećega naložiti zajmodavcu da mu se odobri zajam. Zajmodavac bi odlučio prihvatiti nalog i time se obvezivao dati zajam, isključivo s ciljem pojačavanja svojeg prava putem obveze mandanta *ex causa mandati*.<sup>23</sup> Da bi se ugovor što više prilagodio tom cilju, stranke su uvodile klauzule kojima su korigirani njegovi naravni učinci. Time se gubila izvorna funkcija kreditnog naloga koji je sve više svrstavan u oblast pravih ugovora o jamstvu. Posebice je sporno pitanje sudbine mandata *pecuniae credendae* u Justinijanovom pravu. Dok je gledište starije romanistike da se ne može govoriti o stapanju ili tendenciji za objedinjavanjem fidejusije i kreditnog naloga,<sup>24</sup> novija znanost smatra da je u Justinijanovom pravu došlo do prilagodbe tih kontrakata. To je ostvareno najprije u poslovnom prometu, a kasnije i na pravnom području, te da upravo ta distorzija funkcije ugovora o kreditnom nalogu predstavlja glavni razlog njegova propadanja već u postklasičnom

20 Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, 1966, 38.

21 Arangio Ruiz, nav. dj., 129. ističe da su neki pravници smatrali *mandatum pecuniae credendae* zbog njegova svojstva supsidijarnosti opasnim za sigurnost kredita, te da su iz tog razloga nastale rasprave oko njegove valjanosti.

22 Guarino, nav. dj., 36.

23 Guarino, Diritto privato romano, Napoli 1988, 806.

24 Müller, nav. dj., 20.

pravu i rijetke primjene u srednjovjekovnom pravu.<sup>25</sup> Može se postaviti pitanje, je li toliko približavanje kreditnog naloga i fidejusijske rezultat iznenadne Justinijanove reforme ili je posljedica dugotrajnoga procesa približavanja tih instituta. U novijoj romanistici prevladava mišljenje da su pretpostavke za rješenja Justinijanovog prava postavljene već krajem klasičnog i na početku postklasičnog razdoblja.<sup>26</sup>

U članku će biti analizirani razlozi zbog kojih je promijenjeno gledište rimskih pravnikâ prema kreditnom nalogu: od odbijanja priznanja njegove pravne valjanosti u pretklasičnom pravu, preko shvaćanja pravnikâ Augustovog i Hadrijanovog doba, zaključno s rješenjima postklasičnoga i Justinijanovoga prava. Posebice je teško odgovoriti na pitanje je li *mandatum pecuniae credendae* od početka konstituiran kao garantni mandat, tj. kao institut koji je konkurirao fidejusijski.

## II. SPORNA PITANJA

Uz *mandatum pecuniae credendae* vezane su mnoge dvojbe i kontroverze koje se prvenstveno odnose na njegovu valjanost.

Valjanost tog tipa ugovora bila je u početku sporna jer prema Serviju Sulpiciju mandant-jamac nije imao utuživi materijalni interes na izvršenje naloga. Ipak, prevladalo je suprotno Sabinovo mišljenje koje je bilo prihvaćeno u klasičnom pravu.<sup>27</sup>

Iz kojih je razloga jurisprudencija oklijevala priznati valjanost kreditnog naloga? To se pitanje može postaviti temeljem G.3.156 i I.3.26.6.

G.3.156: *Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis tecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sententis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*<sup>28</sup>

25 Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1983, 408; Bombarda, nav. dj., 95.

26 Guarino, *Mandatum credendi*, 19.

27 Watson, nav. dj., 84; Jolowicz/Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 1972, 301.

28 G.3.156: Ali, dadem li ti nalog u tvoju korist, onda je takav mandat suvišan; naime, ono što hoćeš učiniti u svoju korist, to moraš učiniti temeljem vlastite nakane, a ne moga naloga. Otuda, ako bih te potaknuo da novac koji neupotrijebljen držiš u kući, pozajmiš uz kamatu i kasnije ga ne bi mogao povratiti, ipak ne postoji tužba iz naloga protiv mene. Isto tako neću ti biti obvezan temeljem mandata ako bih te pozvao da kupiš neku stvar, a učinjena kupnja ti



Temeljem navedenog teksta<sup>29</sup> očito je da su protivnici pravne valjanosti kreditnog naloga isticali da iz toga tipa ugovora o nalogu ne nastaje valjana obveza kao što ni općenito obveza ne nastaje kada netko drugome naloži pozajmiti novac.<sup>30</sup> Za taj je mandat zainteresiran samo mandatar pa se *mandatum credendi* ne razlikuje ni po čemu od običnog savjeta kako raspolagati svojim novcem. Kao što se vidi iz Gajeva teksta,<sup>31</sup> za Servija i Prokulijansku školu, berem do Celza, *mandatum pecuniae credendae* ne razlikuje se od običnoga savjeta koji se daje drugomu u svrhu ulaganja vlastitog novca. Budući da je *mandatum tua gratia* nevaljan, onda je takvo nagovaranje bez pravne valjanosti.<sup>32</sup> Osim toga, kako je zaključivan kamatni zajam (a uvijek se radilo o mandatarovom, a ne mandantovom novcu), smatrali su prevlađujućim i odlučujućim interes mandatara, ne uzimajući u obzir interes trećega (koji je svakako bio zainteresiran za dobijanje kredita). To je bio još jedan od razloga zbog kojeg su kreditni nalog svrstavali u nevaljane *mandata tua gratia*.<sup>33</sup> Suprotno je stajalište pristaša Sabinijanske<sup>34</sup> škole i kasnije jurisprudencije, za koje je takva vrsta mandata valjana, s obrazloženjem da mandatarova tužba mora imati svoj odlučujući temelj u volji nalagatelja, te da upućivanje na trećega, kojem treba biti pozajmljen novac, stvara za nalogoprimalca rizik koji on ne bi preuzeo na vlastitu inicijativu. Odlučujući kriterij nije više interes mandatara. Prema Sabinovom mišljenju za valjanost mandata više ne igra nikakvu ulogu je li preuzeti posao od koristi za

---

ne koristi. I ovo vrijedi toliko da se postavlja pitanje je li temeljem mandata odgovoran onaj koji ti je naložio da pozajmiš novac Ticiju uz kamatu. *Servius* je to porekao. Prema njegovom mišljenju u tom slučaju ne postoji obveza, kao ni općenito kada se naloži nekome da svoj novac pozajmi uz kamatu. Ali, mi slijedimo Sabinovo mišljenje koji je zastupao suprotno gledište jer se ti ne bi pouzdao u Ticija da ti nije bilo naloženo.

- 29 Gajevo mišljenje iz teksta G.3.156 u izmijenjenom je obliku preneseno u D.17.1.2 (2 *rer. cott.*) i I.3.26pr-6. Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 121; Wittmann, *Die Prozeßformeln der actio mandati. Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 39.
- 30 Treba uvijek imati u vidu da se sporni problem odnosi na nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi. Kod beskamatnog zajma nije bilo dvojbi glede njegove valjanosti: takav je nalog (u isključivom interesu trećega) bio priznat već od Servija, a ne samo Gaja i Sabina.
- 31 Arangio Ruiz, *Il mandato*, 122-123. kritizira i Servijevo i Sabinovo mišljenje zamjerajući Serviju što je zaboravio slučaj u kojem mandant nalaže u korist trećega, dok je Sabinovo obrazloženje nezadovoljavajuće jer je arbitrarno i dvosmisleno. Drukčijeg je mišljenja Wolf, *Haftungsübernahme durch Auftrag? Eine Urkunde aus dem Jahre 48. n. Chr.*, u: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes*, 72, n. 6. koji ističe da kod te kontroverze nije bitna konkretna individualna volja mandanta nego je puno bitnija *forma mandati*, odnosno objektivni kriteriji mandata.
- 32 Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 108-120; Bortolucci, *BIDR* 27 (1914), 132-141; Mancaloni, *Mandatum tua gratia e consilium*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 27 (1899), 367.
- 33 Arangio Ruiz, nav. dj., 122; Watson, nav. dj., 113. Moguće je da je na Servijevo mišljenje utjecala činjenica da je još u njegovo vrijeme kamatni zajam (*fenus*) shvaćen kao institut koji graniči s nemoralnim, te je *Servius* najvjerojatnije mislio na *mandatum pecuniae fenerandae*. I za Servija je *mandatum pecuniae credendae* (*sine usuris*) bio valjani tip mandata. Opširnije vidi Guarino, nav. dj., 130-135.
- 34 Treba uzeti u obzir da *Sabinus* djeluje u puno drukčijim povijesnim i društveno-ekonomskim prilikama od Servija.

nalogoprimatelja. Bitno je da nalogoprimatelj treba dati zajam određenoj osobi, te da on ne odlučuje tko će biti zajmoprimac. Tu se onda očito pojavljuje interes nalagatelja.<sup>35</sup> Osim toga, za sklopljeni zajam zainteresiran je podjednako i dužnik kojem se pribavlja kredit.<sup>36</sup> Iz Digesta je očito da su Sabinovo mišljenje slijedili već *Iulianus*<sup>37</sup> i *Celsus*.<sup>38</sup> Gajevo, (tj. Sabinovo) obrazloženje<sup>39</sup> „*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*“ izrekao je na opći način Ulpijan u D.17.1.6.5 (*Ulp. 31 ad ed.*) kao osnovu za iznimku od načela o nevaljanosti mandata *tua gratia*: *Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*.<sup>40</sup> Ostaje otvoreno pitanje, je li se za Sabina radilo o mandatu *tua gratia* koji je u tom slučaju iznimno valjan ili je mandat da se pozajmi određenoj osobi prestajao biti *tua gratia* i postajao *aliena gratia*.<sup>41</sup> Sabin nigdje ne tvrdi da se radi o mandatu *aliena gratia*, iako bi mu takvo obrazloženje bilo najjednostavnije. On je i dalje smatrao da se radi o nalogu u interesu mandatar

35 Wolf, nav. dj., 72.

36 Sabin se u svom obrazloženju ipak ne poziva na interes trećega vjerojatno zbog toga da pozivanjem na mješoviti interes mandatar i trećega ne bi doveo do općenitog priznanja tog tipa naloga nego je htio istaknuti da je samo nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi valjan.

37 D.46.1.13 (*Iul. 14 dig.*); usp. D.17.1.27.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*).

38 D.17.1.48.1-2 (*Cels. 7 dig.*): *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.* (Naložim li ti da za mene obaviš posao tako što ćeš pozajmiti novac i na mene prenijeti tražbinu iz zajma, pri čemu će mi pripasti i rizik i dobit, onda sam mišljenja da mandat valjano postoji. 2. Ali, ako obaviš posao za sebe i osoba dužnika u tvom nahodanju stoji, što znači da kredit osiguravaš kome ti želiš, tako da ti primaš kamate, a mene samo pogađa rizik, onda to već leži izvan oblasti mandata, kao kad ti naložim da kupiš bilo koje zemljište za sebe.) U navedenim tekstovima Celzo analizira *forma mandati*. U oba slučaja težište je na činjenici da mandatar ne treba dati zajam određenoj osobi nego treba sam izabrati zajmoprimca. Ako je dogovoreno samo da će mandant snositi rizik, onda takav posao leži *extra mandati formam*, kao što je i nalog da mandatar za sebe kupi bilo koje zemljište. Ali, ako mandatar treba zaključiti *mutuum* za mandantov račun i njemu ustupiti tražbinu, tako da mandant snosi i rizik i dobitak, onda je prema Celzovu mišljenju takav posao *intra mandati formam*. Premda će mandatar sam izabrati kome će pozajmiti, podjeljivanje zajma je u mandantovom interesu.

39 Na Sabinovo obrazloženje poziva se i Julijan u D.17.1.32.

40 D.17.1.6.5: Dakako, ako ti budem naložio ono do čega ti je stalo, ništava će biti tužba iz mandata, ako i meni nije stalo, ali, ako ti to ne bi izvršio da ja nisam naložio, premda mi nije stalo, ipak će biti tužba iz mandata. (O različitim interpretacijama navedenog teksta vidi: Bortolucci, BIDR 27 (1914), 162; Burdese, *Mandatum mea aliena tua gratia*, Studi Arancio Ruiz I, 234; Segre, nav. dj., 276, n. 1; Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Tübingen 1910, 84.).

41 Rabel, *Negotium alienum und animus*, Studi Bonfante IV, Milano 1930, 286; suprotnog su mišljenja Arancio Ruiz, nav. dj., 123, n. 3; Bortolucci, BIDR (1914), 161; Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 1955, 112. koji smatraju da je Sabin priznao samo iznimku nevaljanog mandata *tua gratia*. Opširnije vidi Bombarda, nav. dj., 69, n. 7.

koji je usprkos tomu valjan.<sup>42</sup> Osim toga, to je mišljenje favorizirano općenitijim razmatranjem. Ono što je osiguravalo da se izbjegne strogost i oštrina određenih pravila vezanih za fidejusiju i davalo vjerovniku podjednako sigurno i možda potpunije jamstvo, nije u jednakoj mjeri pogađalo interese akcesornog dužnika. To proizilazi iz kratke usporedbe tih dvaju oblika jamstva. Dok se *fideiussio* zaključuje *verbis, mandatum credendi* nije vezan ni za kakve svečane formalnosti što je omogućilo njegovu jednostavniju i širu primjenu, npr. među nijemim, gluhim ili odsutnim. Ta razlika određuje drugu, još dublju: *fideiussio* je unilateralna i *stricti iuris*, *mandatum pecuniae credendae* je sinalagmatični i *bonae fidei*. Te dvije značajke imaju za posljedicu da mandant koji plati, ima pravo zahtijevati cesiju tužbi koje pripadaju njegovom mandataru (D.46.1.13), dok se to pravo za fidejusora kosilo s temeljnim načelima umjesto da se smatra uobičajenim. Mandant je u puno boljem položaju od fidejusora jer nije obvezan zadovoljiti se tužbama koje preostanu od mandataru nego mu taj mora položiti račun i za one tužbe koje je propustio podići svojom voljom ili svojom pogriješkom (D.46.3.95.11). Gaj u svojim Institucijama (G.3.155-156) potvrđuje njegovu valjanost općenito govoreći da je mandat u interesu mandanta ili trećega valjan, dok je mandat ugovoren u interesu mandataru nevaljan. Iz postklasične parafraze Gajeva teksta reproducirane u D.17.1.2 (2 *res cott.*) i Justinijanovim Institucijama (I.3.26.6) može se zaključiti da je barem za postklasične škole i Justinijanove kompilatore *mandatum ut Titio credas* svrstavan pod kategorije mandata *aliena gratia* ili *tua et aliena* kod kojih je spor o njegovoj valjanosti imao samo povijesnu vrijednost. Tako dok Gaj kaže: „*et adeo haec ita sunt ut quaeratur . . . sed sequimur Sabini sententiam*“, u Justinijanovim Institucijama stoji: „*et adeo haec ita sunt ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*“<sup>43</sup> U tom se djelu puno jasnije nego u Gajevim Institucijama govori o nevaljanosti mandata *tua gratia* s argumentacijom „. . . *cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur; cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium.*“<sup>44</sup>

Sabinov novi kriterij valjanosti mandata općenito je prihvaćen u Hadrijanovo vrijeme.<sup>45</sup>

42 Last, nav. dj., 245-248. smatra da se Sabin nije očitovao o tome, radi li se o nalogu u interesu mandataru. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II, Roma 1928, 306, n. 2. se izjasnio za *mandatum aliena gratia*; suprotno Litewski, *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, BIDR 78 (1975), 199.

43 I.3.26.6: Ovo je (načelo, pravilo) dovelo do toga da se postavljalo pitanje odgovara li onaj na temelju naloga tko ti je naložio da dadeš novac Ticiju uz kamatu; za takav slučaj prihvaćeno je Sabinovo mišljenje po kojem je ovdje nalog (ipak) obvezan, jer ti inače ne bi Ticiju dao zajam da ti nije bilo (ovako) naloženo. (prijevod: Romac, *Justinijan/Institucije*, Zagreb 1994, 393.).

44 I.3.26.6: Ovaj oblik naloga više je savjet nego nalog, pa zbog toga nije ni obvezan, jer se nitko davanjem savjeta ne obvezuje kao da je u pitanju nalog (mandat), pa i kada ne bi odgovarao onome kome se daje (savjetuje), kad svatko može utvrditi (razmisliti) je li mu savjet koristan. (prijevod, Romac, nav. dj., 393.).

45 Frezza, nav. dj., 206.

### III. MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE I FIDEIUSSIO

Premda je u klasičnom razdoblju došlo do izvjesnog približavanja instituta *mandatum ut Titio credas* i *fideiussio* kao usporednih formi osobnog osiguranja, zadržala se različitost njihovih struktura koja je bila tako duboka da je isključeno da su pravnici te institute poistovjećivali ili stopili u jedan. Klasična *fideiussio* je verbalni kontrakt za čiju je valjanost nužna nazočnost stranaka. Obveza koja iz nje nastaje je akcesorna,<sup>46</sup> ali nije supsidijarna glavnoj obvezi za koju *fideiussor* može upotrijebiti prigovore glavnog dužnika. Ona može prethoditi, pratiti ili uslijediti nakon zaključenja glavnog duga (smatra se da je u početku *fideiussio* smatrana pojačanjem odgovornosti za već nastalu obvezu, a da je tek kasnije i to uz poteškoće priznata kao osiguranje buduće obveze.<sup>47</sup>) Iz nje nastaje *actio ex stipulatu* koja je *stricti iuris*; *litis contestatio s reusom* gasi obvezu fidejusa i obrnuto.<sup>48</sup> Suprotno tome, kreditni je nalog konsenzualni kontrakt, valjan i ako je zaključen *inter absentes*. Obveza koja iz njega nastaje nije akcesorna, ali je stranke mogu zaključiti kao supsidijarnu. Za mandanta vrijede samo prigovori proizašli iz mandata. Mandat mora prethoditi davanju zajma trećemu. *Litis contestatio* protiv dužnika ne gasi mandantovu obvezu i obrnuto. Tužbe koje iz njega nastaju su *bonae fidei*. Opći stav u romanističkoj znanosti čiji su glavni predstavnici Bortolucci,<sup>49</sup> Frezza<sup>50</sup> i Talamanca<sup>51</sup> je da su ti instituti u klasičnom pravu zadržali svoju individualnost. Takav je stav zorno očitovan u Scevolinom tekstu D.17.1.62.1 (6 *dig.*) iz kojeg se može jasno zaključiti da su u klasičnom pravu *mandare* i *fideiubere* smatrani potpuno različitim pravnim poslovima. Fidejusa<sup>52</sup> se, zbog same strukture jamstvene stipulacije, zadovoljavao time da mu se obeća *idem* od glavnog dužnika. On se obvezivao *in eandem causam*. Stvorivši tako odnos solidarnosti između glavnog dužnika i fidejusa, vjerovnik je imao *libera electio*, te je mogao tužiti jamce i onda kada je dužnik bio solventan.<sup>53</sup> Zbog postupovnog pravila koje nije dopuštalo dva spora o istom predmetu, nije mogao sukcesivno utužiti dvojicu obvezanika. Sukladno

46 D.46.1.71pr.

47 Segrè, In materia di garanzie personali, 490, n. 16.

48 Nedvojbeno je da *litis contestatio s* glavnim dužnikom oslobađa jamca, ali je sporno, oslobađa li se glavni dužnik litiskontestacijom protiv jamca. Opširnije vidi: Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I, Berlin 1918 (Aalen 1964), 173; Kühling, Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht, 1962, 14; Sacconi, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto, 1973, 19-24; Siber, Römisches Recht II, Berlin 1928, 297; Schulz, Classical Roman Law, Oxford 1951, 497; Frezza, nav. dj., 129; Briguglio, nav. dj., 15; Steiner, Die praescriptio aus Gai. 4.137 und ihre Bedeutung für das „materielle“ Bürgschaftsrecht, ZSS 123 (2006), 185.

49 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 240.

50 Frezza, nav. dj., 71, 215.

51 Talamanca, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, 659; isti, Fideiussione, 338.

52 Termin *fideiussio* izveden je upravo iz formule „*idem fide tua esse iubes?*“ „*iubeo*“ koja je korištena za nastanak fidejusa od odgovornosti. Vidi: Frezza, nav. dj., 12; De Martino, nav. dj., 18; Segrè, nav. dj., 478. O fidejusa u Justinijanovom pravu vidi: I.3.20; Guarino, nav. dj., 27-32.

53 Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1911, 755; Frezza, nav. dj., 160.

tomu, ako je tužio dužnika i nije bio u cijelosti namiren, nije mogao ništa zahtijevati od fidejusa jer se tužba protiv njega već ugasila.<sup>54</sup> Tuženi fidejusa mogao je upotrijebiti prigovore glavnog dužnika, i kada je jednom isplatio dug, eventualno tužiti za regres dužnika s *actiones mandati*<sup>55</sup> ili *negotiorum gestorum contrariae*.<sup>56</sup> Regres je bio isključen ako je jamstvo dato *invito reo, donandi animo* ili *in rem suam*.<sup>57</sup> Prije nego što bi platio, fidejusa je imao mogućnost osigurati svoje pravo regresa s *actio mandati*. Ta mogućnost, barem za klasično pravo, bila priznata samo kada je dužnik izričito dao nalog za zaključenjem fidejusijske.<sup>58</sup> Fidejusa nije imao pravo na cesiju tužbi namirenog zajmodavca, kao što je slučaj kod kreditnog naloga. Prinudna cesija tužbi bila je isključena zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije ili isplate. Ipak, pravници carskoga razdoblja dopustili su tzv. *venditio nominis* dragovoljnu cesiju tužbi od zajmodavca na fidejusa.<sup>59</sup> Za razliku od fidejusijske, ako mandatar tuži glavnog dužnika, *litis contestatio* neće imati posljedicu gašenja tužbe protiv mandanta. Odnosno ako tuži mandanta i dalje ostaje mogućnost podizanja tužbe protiv glavnog dužnika. Mandant protiv mandataru može upotrijebiti samo prigovore vezane uz njihov obvezni odnos, ali ne i one koji se odnose na dužnika.<sup>60</sup> Mandantova je obveza valjana i u slučaju ako je obveza glavnog dužnika nevaljana.<sup>61</sup> Kako je mandant obvezan na izvršenje, ne temeljem tužbe *stricti iuris* kao fidejusa, nego temeljem tužbe *bonae fidei*, zahtjev mandataru – vjerovnika mogao je biti odbijen. Odnosno, mandant je oslobođan obveze ako mu mandatar zbog svoje krivnje nije mogao ustupiti tužbe ako bi izgubio spor pokrenut protiv

- 54 P.S. 2.17.16. O konsumptivnom učinku litiskontestacije vidi: Meylan, *Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio*, *Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil II*, Paris 1926; Buckland, *Principal and fideiussor*. *Consumptio litis*, *Juridical Review* (1941), 281; Segrè, *In materia di garanzia personali*, 501; Frezza, nav. dj., 132; Guarino, nav. dj., 59.
- 55 Smatra se da *actio mandati* fidejusa predstavlja najvažniji slučaj primjene *actio mandati contraria*. Vidi: Arangio-Ruiz, nav. dj., 89. n. 1; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, *Ann. Palermo* 7 (1918), 69; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato I. L'actio mandati dell' adpromissor*, *Perugia* 1924, 3; Kübler, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, *ZSS* 38 (1917), 104.
- 56 S iznimkom *actio depensi* sponzora uvedene vjerojatno s *lex Publilia*, rimsko civilno pravo nije priznavalo *ope legis* pravo na regres jamcu koji je platio umjesto glavnog dužnika. Ipak, vodeći se razlozima pravičnosti rimska jurisprudencija priznala je jamcu regres putem instituta *mandatum* i *negotiorum gestio*, dopuštajući mu *actio mandati contraria* kada je jamstvena stipulacija izvršena u nazočnosti ili uz suglasnost glavnog dužnika, ili *actio negotiorum gestorum contraria* ako je stipulacija izvršena bez njegova znanja (*insciente debitore*). O dva tipa *negotiorum gestio*: klasičnom - subjektivnom, za koji se traži *animus alieni negotii gerendi* i justinijanskom – objektivnom, vidi: Riccobono, *Diritto giustiniano e diritto moderno I*, *Gestione d'affari senza mandato e azioni d'arricchimento*, *Scritti di diritto romano*, Palermo 1964, 319; Schwarz, *Die Konträrklagen*, *ZSS* 71 (1954), 111.
- 57 Opširnije vidi Frezza, nav. dj., 192. koji smatra da je regres priznavan posebnom formulom *in factum concepta*; suprotnog su mišljenja Donatuti, nav. dj., 3; Arangio Ruiz, nav. dj., 89, n. 1; Talamanca, nav. dj., 337.
- 58 Frezza, nav. dj., 178.
- 59 D.46.1.62; Arangio Ruiz, *Il mandato*, 15; Frezza, nav. dj., 80; Girard, nav. dj., 766.; Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 252;
- 60 D.17.1.58 (*Paul. 4 quaest.*).
- 61 D.17.1.12.13 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.4.4.13 pr. (*Ulp. 11 ad ed.*).

trećega zbog *plus petitio re, tempore, loco, causa*<sup>62</sup> ili u slučaju ako je dopustio da dužnik postane insolventan, ili mu se moglo pripisati loše ili nemarno ispunjenje naloga, o čemu govori Papinijan u tekstu D.46.3.95.11 (*Pap. 28 quaest.*): *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit ne mandatori possit actionibus cedere.*<sup>63</sup>

U navedenim slučajevima zajmodavac - mandatar gubio je pravo regresa prema mandantu.<sup>64</sup> Zajmodavac je preuzimao obvezu na pozornost prema mandantu,<sup>65</sup> dok u slučaju fidejussije nema mjesta takvoj obvezi jer se zaključuje stipulacijom kao unilateralnim kontraktom koji jedino osigurava obvezu koju treba izvršiti. Kako je tužba bila *stricti iuris*, sudac nije imao ovlasti izvesti ili narediti uzajamne obveze iz tog ugovora.<sup>66</sup> Može se postaviti pitanje zbog čega *fideiussio* nije nestala kada su prednosti kreditnog naloga očite. Jamstvo u vidu kreditnog naloga nije nikada moguće primijeniti na već postojeću obvezu. Mandantova inicijativa mora prethoditi nastanku glavne obveze. Isto tako nije pogodan za sve obveze koje tek trebaju nastati jer pretpostavlja da će mandatar htjeti postati vjerovnik. Isključene su i obveze nastale voljom samog dužnika, npr. iz posloводства bez naloga, ili obveze koje nastaju izravno temeljem zakona, zbog određenih okolnosti, npr. suvlasništva. Dakle, kao što mu ime kaže, *mandatum credendi* primjenjivao se samo za obveze nastale iz *creditum* i to je bilo dovoljno da *fideiussio* sačuva svoj razlog postojanja.

62 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 211; Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924; Watson, nav. dj., 158; Sachers, Zur Lehre von des Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht, ZSS 59 (1939), 451.

63 D.46.3.95.11: Ako je vjerovnik svojom krivnjom propustio tužbu protiv dužnika, onda ne treba dobiti ništa od mandanta temeljem tužbe iz mandata jer zbog njegove krivnje ne može prenijeti tužbe na mandanta.

64 Guarino, nav. dj. 96.

65 Rundel, Mandatum zwischen utilitas und amicitia, Münster 2005, 34; Randazzo, Mandare, Milano 2005, 246; Klami, Teneor mandati, Turku 1976, 47; Litewski, La responsabilité du mandataire, Index 12 (1983/4), 106; Sachers, nav. dj., 490; Cannata, Una casistica della colpa contrattuale, SDHI 58 (1992), 413; isti, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Catania 1996; De Robertis, La responsabilità contrattuale, Bari 1994; Fercia, Dove di diligenza e „rischi funzional“, Napoli 2005; Gordon, The liability of the mandatary, u: Synteleia V. Arangio-Ruiz I, Napoli 1964, 202; MacCormack, Culpa, SDHI 38 (1972), 123; isti, The liability of the mandatary, Labeo 18 (1972), 156; d'Ors, Una nueva lista de acciones infamantes, Sodalitas (Scritti A. Guarino) 6, Milano 1984, 2575; De Falco, Diligentiam praestare, Napoli 1991, 138; Cardilli, L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano, Milano 1995, 308; Nörr, Lex Imitana c. 84 IXB 9-10: „neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur“, ZSS 124 (2007), 2.

66 D.46.1.62 (*Scaev. 5 resp.*): *Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitore ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? respondit non posse.* (Ako je fidejutor zatražio od vjerovnika prinuditi dužnika da plati novac ili proda zalog, i time se oslobodi, može li mu se suprotstaviti prigovor prijave? Odgovorio je da ne može.) To je bio slučaj fidejussije u kojem je vjerovnik imao obvezu *promissio indemnitas*. Usp. D.46.1.41pr; D.45.1.116. Opširnije vidi: Knütel, Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, FS Flume I (1978), 568; Kunkel, Diligentia, ZSS 45 (1925), 266.

Zahvaljujući *bonae fidei* naravi svojih tužbi kreditni nalog služio je ponekad kao uzor za razvitak manje fleksibilne fidejusije. Već je u klasičnom pravu priznato da zajmodavac može zahtijevati isplatu od mandanta samo ako je bio spreman cedirati mu regresnu tužbu prema dužniku.<sup>67</sup> U tom slučaju nisu nastajale poteškoće vezane kao kod fidejusije (*solutio* ili *litis contestatio* konzumirale su obje tužbe). Ta se ideja tijekom vremena počela primjenjivati kod fidejusije kao *beneficium cedendarum actionum*.<sup>68</sup> U nastojanju da se jednom institutu osiguraju prednosti drugoga i obrnuto, u kasnom klasičnom i u postklasičnom razdoblju došlo je do bitne „*exaequatio*“ između instituta *mandatum credendi* i *fideiussio*. Justinijan je zaokružio taj razvitak izjednačivši mandante i fidejuse.<sup>69</sup> Činjenica da je *mpc* obično upotrebljavan za ostvarenje posebnog oblika personalnog jamstva vodila je u pravcu asimilacije tih kontrakata u Justinijanovom pravu do čega je došlo najprije u praktičnom poslovnom životu, a kasnije i na pravnom području. U poslovnom je prometu najprije dopuštena *venditio nominis* kojim je fidejusu koji je platio dug, omogućena cesija tužbi od strane vjerovnika, kao što je kod kreditnog naloga ugovorom mogla biti eliminirana *libera electio*. Takav sporazum zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije nije se mogao primijeniti i na fidejusiju. Ipak, pravnici su iznalazili sredstva da bi oslobodili vjerovnika učinaka litiskontestacije i fidejusa nužnosti plaćanja kada je glavni dužnik bio solventan. Tako je nastala ustanova *cautio indemnitas* kojom je vjerovnik stipulirao od jamca *quanto minus a reo consecutus fuerit*. Kako je postojala obveza *promissora indemnitas*, uvjetovana neispunjenjem od glavnog dužnika, iz toga je proizlazila zbog različitosti predmeta dviju obveza, neprimjenjivost načela procesualne konsumpcije i obveza za vjerovnika da najprije tuži glavnog dužnika.<sup>70</sup> Pretpostavlja se da je *fideiussor* u trenutku dospelosti duga ili uz prijetnju prigovorom mogao dati vjerovniku nalog da tuži glavnog dužnika. Tužeći glavnog dužnika mandatom vjerovnik je gasio tužbu iz fidejusije. Ako se ne bi naplatio od glavnog dužnika, mogao je tužiti fidejusa tužbom iz mandata.<sup>71</sup> Najzad, kasnije, se može pretpostaviti da u slučajevima u kojima je *litis contestatio* djelovala isključivo *ope exceptionis*, taj je prigovor mogao biti zapriječen replikom utemeljenom na sporazumu o odreknuću od konsumptivnog učinka.<sup>72</sup>

Poznato je da su pravni aspekti, koji se odnose na razvitak osobnih oblika jamstva koje je klasična jurisprudencija potanko razradila sukladno zahtjevima gospodarskog prometa, u postklasičnom i Justinijanovom pravu obilježeni pojednostavljanjem i osiromašivanjem.<sup>73</sup> Nakon što su nestale *sponsio* i

67 D.46.1.13; D.17.1.27.5; D.46.1.41.1; Wesener, *Labeo* 11 (1965), 347; Provera, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, *Studi Sanfilippo IV*, 1983, 609.

68 Guarino, nav. dj., 32.

69 Bortolucci, *BIDR* 28 (1915) 239; Liebs, nav. dj., 41; Guarino, nav. dj., 21.

70 D.45.1.116 (*Pap. 4 quae.*); opširnije vidi Bombarda, nav. dj., 87.

71 D.17.1.22.2 (*Paul. 32 ad ed.*).

72 Frezza, nav. dj., 136; Girard, nav. dj., 768.

73 Archi, *Riforme giustiniane in tema di garanzie personali*, *Scritti di diritto romano II*, Milano 1981, 2025.

*fidepromissio*, koje su se stopile pod režim *fidejussije*, nestao je i *receptum argentarii*. Tako su po sistematici provedenoj po Noveli 4 ostali samo *fideiussio*, *mandatum pecuniae credendae* s reguliranjem analognim *fidejussiji* i *constitutum debiti alieni*.<sup>74</sup> Justinijan je 531. godine konstitucijom C.8.40(41)28pr., držeći nedvojbeno klasičnim u natječaju između *actio certae creditae pecuniae* i *actio mandati contraria* u mandatu *pecuniae credendae* sankcionirao: . . . *quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari*.<sup>75</sup> U toj je konstituciji potvrđeno ono što su već sadržavali drugi izvori,<sup>76</sup> a to je da *libera electio* samo s obzirom na *plures mandatores* nije proizvodila procesualnu konsumpciju vjerovnikove tužbe.<sup>77</sup> Počev od konstitucije C.8.40(41)28<sup>78</sup> (531) uvodi se načelo da u slučaju pluraliteta solidarnih dužnika konsumpcija tužbe ne ovisi više o samoj litiskontestaciji, već o činjenici namirenja vjerovnika. Tužba protiv glavnog dužnika dopušta postojanje zahtjeva protiv fidejusora, kao što je uvijek dopuštala protiv nalagatelja kredita. Tako je otpao jedan od glavnih razloga koji su opravdavali upotrebu kreditnog naloga u svrhu jamstva. Kreditni nalog mogao je ponovno zadobiti svoju autonomiju i značaj samo ako bi uspio reafirmirati svoju esencijalnu narav mandata i svoju izvornu funkciju sredstva za unaprjeđenje kredita do čega ipak nije došlo<sup>79</sup> jer se u Justinijanovoj kodifikaciji dogodilo upravo suprotno. Ukidajući konsumptivni učinak litiskontestacije gore spomenuta konstitucija uklonila je i preprijetku koja je sprječavala da se vjerovniku kod utuženja nametne red koji odgovara ekonomskoj funkciji personalnog jamstva. Stoga je nekoliko godina kasnije Justinijan Novelom 4 iz 535. godine dopustio jamcu bez obzira je li on *fideiussor*, *mandator* ili *constitutae pecuniae reus* (to su bili jedini oblici jamstva koji su zadržani u Justinijanovom pravu), tzv. *beneficium excussionis* ili *ordinis* kojim se poziva vjerovnika da najprije tuži glavnog dužnika. Tako su obveze fidejusora i mandanta postale supsidijarne. Dok je uvođenje takvog beneficija za fidejusora predstavljalo samo povoljniju dispoziciju, za kreditni je

74 Archi, nav. dj., 2030; Guarino, nav. dj., 22-23.

75 C.8.40(41)28pr.: Jednako kao što je određeno za mandante *pecuniae credendae*, kada je pokrenut postupak protiv jednoga od njih, drugi se ne oslobađa. Toga se treba pridržavati i kod fidejusora.

76 D.46.1.52.3 (*Pap. 11 resp.*); C.8.40(41).23 (Diocl. et Maxim. A.D. 294.) U tom smislu Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, 659, n. 30; drukčije Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I*, Berlin 1918, 200.

77 Frezza, nav. dj., 226.

78 C.8.40(41)28.1: . . . , *et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvatur vel alio modo satis ei fiat.* (Propisujemo da se izborom jednog od fidejusora ili samog glavnog dužnika, drugi time ne oslobađa, niti će se osloboditi sam glavni dužnik ako su izabrani jamci ili jedan od njih, sve dok vjerovnik u cijelosti ne bude namiren. Njegovo pravo ostaje potpuno sve dok mu cijela tražbina neće biti isplaćena ili neće biti namiren na drugi način.)

79 Bombarda, nav. dj., 89, n. 35.



nalog značilo zadiranje u njegovu funkciju mandata<sup>80</sup> tako što ga je svrstavalo, što se tiče njegovih financijskih učinaka s obzirom na mandanta, u kategoriju personalnog jamstva, a da mu se pri tomu ne sačuva vlastita fizionomija u odnosu na fidejusiju. I tako, ako je mandant obični jamac, on više ne preuzima vlastitu samostalnu obvezu, nego kao fidejutor – *alienam obligationem suscipit*<sup>81</sup>, njegova obveza postaje akcesorna tako da i njemu pripadaju prigovori dužnika. Također se i *beneficium divisionis*, za koji Gaj<sup>82</sup> kaže da je jednom Hadrijanovom konstitucijom podijeljen sufidejutorima, primjenjuje u slučaju kada postoji *plures mandatores*.<sup>83</sup> Za razliku od Gajevog teksta (G.3.121-122) koji govori da je *beneficium divisionis* podijeljen *ex epistula divi Hadriani* samo sufidejutorima, Justinijanova konstitucija C.4.18.3<sup>84</sup> prema kojoj *de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*, zasnovanoj na Papinijanovom tekstu (3 *resp.*) D.27.7.7, proširuje taj beneficij na *plures mandatores*.<sup>85</sup> U obrazloženju odluke car kaže da pravičnost zahtijeva da beneficij podjednako treba vrijediti za sve jamstvene institute, te da *epistula Hadriani* kaže „*de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*“. Iz toga bi se moglo zaključiti da Justinijan pripisuje Hadrijanu dopuštenje beneficija ne samo za *plures fideiussores* nego i za *plures mandatores (pecuniae credendae)*, premda na temelju G.3.121 znamo da se Hadrijan bavio samo fidejutorima („*nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sit, partes petere . . . , sed ex fideiussoribus, etsi unus tantum solvendo sit, ad hunc onus ceterorum quoque pertinet*“). Odgovarajući na pitanje je li napravio omašku Gaj ili Justinijan,<sup>86</sup> treba se pozvati na Papinijanov *responsum* iz D.27.7.7 u kojem veliki pravnik, premda ne navodi izričito Hadrijanovu epistulu, jasno prezentira njen sadržaj.<sup>87</sup> Na temelju Papinijanovog teksta je očito da je Hadrijan zaista uveo

80 Bortolucci, BIDR 28 (1915), 256; Kaser, *Das römische Privatrecht II*, München 1975, 460-461.

81 C.8.40.(41), Bortolucci, nav. dj., 255; Bombarda, nav. dj., 90, n. 37.

82 G.3.121-122.

83 Bombarda, nav. dj., 91, n. 39.

84 C.4.18.3: *Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet. (a. 531)* (Pismo cara Hadrijana u kojem se govori o diobi rizika između mandanata i jamaca, mora vrijediti i za one koji pribavljaju novac za druge: zato ne smiju biti isključene tužbe različitih vrsta.)

85 Archi, *Conferenze romanistiche*, Pavia 1939, 269. i Bortolucci, BIDR 28 (1915), 250-254. smatraju da je *beneficium divisionis* Justinijanova novina, dok je Frezza, nav. dj., 228. mišljenja da je do tog proširenja došlo već po Papinijanu u kasnom klasičnom razdoblju.

86 Opširnije, Guarino, nav. dj., 44-46.

87 D.27.7.7 (*Pap. 3 resp.*): *Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniter petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequo dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?* (Ako su fidejutori koji su pupili dali osiguranje zahtijevali da nedorasli prvo tuži tutora i onda stipulacijom ugovorili da će biti obeštećeni za ono što neće biti dobiveno od njega, bilo je dogovoreno da tužba za ostatak bude razdijeljena među one koji će biti sposobni

*beneficium divisionis* i u slučaju *plures fideiussores* i u slučaju *plures mandatores*.<sup>88</sup> Opći je smisao teksta da je *divisio* duga između solventnih promitenata dopuštena jer se i u slučaju mandata *pecuniae credendae* povjerenog od strane više mandanata, tužba dijeli i jer se, polazeći od načela pravičnosti, ne vidi razlog zbog kojeg se ne bi primijenio režim raspodjele u svakom slučaju u kojem je više osoba obvezno platiti za druge (*quodam modo pro alio solvitur*). Papinijan se izgleda poslužio činjenicom da se *beneficium divisionis* primjenjuje osim na *plures fideiussores* i na *plures mandatores*, iz čega je izveo stav o općoj primjeni *divisio* na obveze koje je više osoba zajedno preuzelo u svrhu pokrića tuđeg duga.

Još jedan primjer postklasičnog procesa izjednačavanja instituta *fideiussio* i *mandatum pecuniae credendae* sadrži Julijanov tekst D.17.1.32.<sup>89</sup> U tekstu se naglašava da u svim slučajevima kada postoji mogućnost postojanja valjane *fideiussio*, isto tako mora postojati i mogućnost zaključenja valjanog ugovora o nalogu iz kojeg će nastati valjana *obligatio mandati*, te da nema velike razlike ako se netko služi fidejusijom ili daje nalog.<sup>90</sup>

---

platiti budući da su preuzeli fidejutorovu odgovornost. Ako je novac pozajmljen po nalogu više osoba, tužba će biti podjednako raspodijeljena. Ako je ono što je dato plaćeno u korist drugoga, zašto bi vrsta tužbe isključivala jednaku raspodjelu?).

88 Moguće je da se *epistula Hadriani* izvorno odnosila samo na sufidejuse, a da ju je u razdoblju između Gaja i Papinijana *interpretatio prudentium* proširila i na *plures mandatores*. Kaser, RPR I, 666. smatra da prema *epistula Hadriani* više mandanata nije imalo pravo na raspodjelu. Postoje mišljenja da je tekst proširen u postklasičnom-predjustinijanskom pravu, ili tek u vrijeme Justinijana 531. godine. Opširnije o tome vidi: Guarino, nav. dj., 48-49; Schindler, nav. dj., 39; Frezza, nav. dj., 224; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 147-150.

89 D.17.1.32 (*Iul. 3 ad Urs. Fer.*): *Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: herediatis interdum damnosa est. et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.* (Ako bih bio spreman stupiti u nasljedstvo samo uz pretpostavku da mi se pruži osiguranje zbog moguće štete i ako mi se naloži da stupim u nasljedstvo, onda se po mom mišljenju daje tužba iz mandata. Ali, ako je netko naložio drugome da ne odbije legat, postupa se naprotiv potpuno drukčije. Naime, prihvaćeni legat nije nikada mogao biti na štetu; nasljedstvo je naprotiv ponekad prezaduženo. I ukratko, smatram da svi ugovorni odnosi koji su uređeni tako da se svatko za njih može obvezati kao jamac, također dopuštaju zasnivanje obveznog odnosa iz mandata. Naime, nije toliko važno, je li netko na formalan način kao nazočni jamčio, ili je kao odsutni, ili prisutni dao nalog. Osim toga, posvuda se može opaziti da se u nasljedstvo za koje se sumnja da je prezaduženo, stupa po nalogu vjerovnika koji onda nasljedniku bez dvojbe odgovaraju tužbom iz naloga.)

90 Jasno je da se ne radi o Julijanovom mišljenju. „Puto“ (i sve što iz njega proizilazi) je djelo kasnog kompilatora postklasičnog predjustinijanskog razdoblja. Julijan još uvijek ne pravi izravnu usporedbu mandata s fidejusijom, te je potpuno sigurno da je dodatak „*et in summa quicumque . . .*“ u D.17.1.32 koji se u vrelima nalazi pod njegovim imenom, interpoliran. Bez obzira na izrazitu razliku u stilu, toj pretpostavci doprinosi i činjenica da dodatak uopće nije ispravan, a takva se pogreška Julijanu ne bi dogodila. Dodatak sigurno potječe od kompilatora

Izgleda neutemeljeno podržati tezu da je Justinijan na fidejutores proširio *beneficium cedendarum actionum*<sup>91</sup>, tj. prinudni zahtjev jamca da mu vjerovnik ustupi vlastitu tražbinu prema glavnom dužniku. U Justinijanovoj kodifikaciji je regres fidejutora i dalje reguliran po pravilima koja su vrijedila za vođenje tuđih poslova, sa ili bez naloga i u tom je razdoblju i fidejutoru priznato pravo na cesiju tužbi.<sup>92</sup> Tako je otpao i drugi učinak koji je bio isključivo vezan za *mandatum pecuniae credendae*. *Mandatum* i *fideiussio*, zadržavajući samo različite nazive, sada tvore istu formu jamstva zbog čega bizantski pravnici govore *fideiussores seu mandatores* ili *fideiussores vel mandatores* (D.46.1: *de fideiussoribus et mandatoribus*) ili kako Justinijan kaže *neque enim multo referre praesens quis interrogatus fideiubeat, an, absens vel praesens, mandat*.<sup>93</sup> Među tim institutima ostale su samo dvije razlike: *mandatum* prethodi glavnoj obvezi i ne zahtijeva formu stipulacije; ali, i ta zadnja razlika, jedina od veće važnosti, bila je ublažena u Justinijanovoj kodifikaciji jer je od nekadašnje stipulacije, koja je bila svečana *verborum obligatio*, ostala samo stipulacijska klauzula.<sup>94</sup>

#### IV. NASTANAK I RAZVITAK KREDITNOG NALOGA

Vrela ne daju iscrpne podatke o kreditnom nalogu vjerojatno zbog toga što nije bilo čestih sporova iz tog tipa ugovora. Kako se iz izvora može zaključiti, prvi rimski pravnik koji se bavio kreditnim nalogom bio je *Servius Sulpicius Rufus*. Doduše, kako Gaj kaže u G.3.156, on je poricao valjanost kreditnog naloga kao pravnog posla: . . . *et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati tenetur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit*. Takvu se odluku može razumjeti samo kada se istraži njena ovisnost o konkretnim okolnostima, o čemu Gaj ponovno govori u G.3.156: *nam si tua gratia tibi mandem... et adeo haec ita sunt, ut . . .*, kao i I.3.26.6: *si tua gratia intervenit mandatum, ... Servius negavit*.

*Servius* je poricao valjanost kreditnog naloga kao pravnog posla jer ga je uvrštavao pod *mandata tua gratia*. *Mandata tua gratia* su tako bliski s institutima *consilium* i *commendatio* da se često smatra da ih je veoma teško razlikovati.<sup>95</sup>

---

koji su predaleko otišli u nastojanju da kreditni nalog i jamstvo tretiraju prema sličnim ili istim načelima. Julijan sigurno nije mogao otići puno dalje od svog prethodnika Celza koji se još uvijek bavio pravnom valjanošću kreditnog naloga. Takvo učenje sigurno ne bi ostalo bez komentara, a ne nalazimo ih niti kod njegovog mlađeg suvremenika *Africanusa*, pripadnika Prokulijanske škole, niti kod nešto kasnijeg Gaja kojem trebamo zahvaliti što išta znamo o počecima i prvom razvitku kreditnog naloga u rimskom pravu. Opširnije vidi: Müller, nav. dj., 28; Guarino, nav. dj., 49-53.

91 Frezza, nav. dj., 182.

92 Bombarda, nav. dj., 92.

93 D.17.1.32 (*Iul. 3 ad Urs. Fer.*), o mišljenjima da tekst sadrži justinijansku interpolaciju vidi: Bortolucci, BIDR 28 (1915), 241; Biondi, Istituzioni di diritto romano, Milano 1956, 432.

94 Astuti, I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, parte generale, I, Milano 1952, 139.

95 Tanaka, Zur vertraglosen Haftung des Ratgebers, u: Nörr/Nishimura, Mandatum und Verwandtes, 193.

Već su u Rimu izgrađena pravila prema kojima su kako *consilium* i *commendatio* tako i *mandatum tua gratia* pravno bez značenja, o čemu govore I.3.26.6; G.3.156; D.17.1.2pr; D.17.1.6.5. Na osnovi toga je jasno zašto je *Servius* shvaćajući *mandatum pecuniae credendae* kao *mandatum tua gratia*, negirao njegovu pravnu valjanost. Ipak, postavlja se pitanje, je li *Servius Sulpicius* taj tip mandata zaista označavao kao *mandatum tua gratia* i time opravdao svoju odluku. Vidjeli smo da *Servius* spominje kreditni nalog kao jedan *mandatum tua gratia*, ali, naprotiv, u I.3.26.5<sup>96</sup> svrstava ga pod *mandata tua et aliena gratia*. Moguće objašnjenje za to proturječje je da su u klasičnom i Justinijanovom pravu izrazi *mea*, *tua gratia* imali različito značenje. *Tua gratia* je u klasičnom pravu značilo *negotium tuum*, dok je kasnije dobilo značenje „što je u tvom interesu“, što je očito da su klasični pravници izjednačavali *mandatum tua gratia* i *consilium*, o čemu govore D.17.1.2.5; I.3.26.6 i G.3.156. Tekstovi I.3.26.6 i G.3.156 govore o kreditnom nalogu *cum et sine usuris* kao o mandatu *tua gratia*. U D.17.1.2.5 pravi razlika: *mandatum ut credas cum usuris* je za Justinijana *mandatum tua gratia et aliena gratia*; *mandatum ut credas sine usuris* je za njega *mandatum aliena gratia*. Na temelju toga proizilazi da su klasični pravници pod *mea*, *tua*, *aliena gratia* podrazumijevali „*negotium meum, tuum, alienum*“ dok Codex pod tim podrazumijeva „što je u mom, tvom interesu“.<sup>97</sup>

Za Servija je zbog toga kreditni nalog nevaljan jer se njime mandataru nalaže *negotium proprium*. Takav je mandat suvišan i nepotreban jer se od mandataru zahtijeva obavljanje vlastitog posla. Besmisleno je nekoga obvezivati da učini nešto što sam smatra da treba učiniti i što treba sam procijeniti je li mu to u interesu ili nije (npr. prodaja vlastite kuće ili putovanje radi odmora). To su specifični *negotia propria* mandataru. Isključeno je da bi ih mandant mogao poduzeti umjesto mandataru jer su oni vezani za njegovu osobu. Potpuno je drukčije s kreditnim nalogom. Kreditiranje kao takvo može biti *negotium proprium* i mandanta i mandataru. Taj posao postaje *negotium proprium* namjerom stranaka, tj. aktom volje izraženim u vanjskom ponašanju i davanju odgovarajućeg naloga. Rimski poslovni svijet nije se obazirao na Servijevo mišljenje videći u nalogu za podjeljivanje kredita mandat kao i svaki drugi i ne shvaćajući zbog čega takav mandat ne bi mogao biti pravno valjan. Formalistička Servijeva odluka nije uzeta u obzir i kreditni nalog je i dalje podjeljiv. Već navedenim Sabinovim mišljenjem kreditni je nalog općenito priznat kao valjani pravni posao. Sabin je najvjerojatnije samo očitovao vladajuće gledište u pravnom prometu, ne stvarajući ništa novo. I za Sabina je kreditni nalog jedan *mandatum tua gratia* koji je iznimno valjan. Njegovo priznanje izraz je potreba i shvaćanja pravičnosti toga vremena. Sabin se ne upušta u dublje analiziranje biti kreditnog naloga niti njegove nužne valjanosti. Vjerojatno je smatrao da su stranke

96 I.3.26.5: *Tua et aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes. quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.* (Za tvoju i tuđu korist [nastaje nalog] na primjer kada ti bude naloženo da Ticiju dadeš novac [na zajam], uz kamate, jer ako bi ti bilo naloženo da dadeš zajam bez kamata, onda bi nalog nastao samo [jedino] u korist drugoga.) (prijevod: Romac, nav. dj., 393.).

97 Opširnije, Müller, nav. dj., 24.

suglasnim očitovanjem volje stupile u ugovorni odnos mandant – mandatar zbog čega je kreditni nalog nužno valjan pravni posao te stoga mora biti priznat kao važeći mandat. Međutim, ako se u tom smislu pod *tua gratia* shvati „u tvom interesu“, onda je kreditni nalog mandat koji je podijeljen samo u interesu mandataru. Prema općim načelima rimskog prava bio je nevaljan jer nije ispoštovan zahtjev za postojanjem novčanog interesa kod mandanta.

S druge strane, mandant često nema nikakav financijski interes za podjeljivanjem ili izvršenjem kreditnog naloga, nego samo afektivni, koji nije bio procjenljiv u novcu. Budući da je nedostajao mandantov pekunijarni interes, takav je mandat bio pravno nevaljan. Pretpostavka za valjanost *mpc* bio je novčani interes mandanta. Međutim, u vrelima ne postoji tekst koji bi sadržavao takav zahtjev za *mpc*. Kreditni je nalog u rimskom pravu valjani *mandatum tua gratia* (izjednačen s *negotium tuum*), bez obzira na interes. Taj je nalog *mandatum tua gratia* imali interes za njegovo izvršenje mandant, mandatar, ili treći, ili svi zajedno. To je dokaz za tvrdnju da je *tua gratia* u klasičnom pravu značilo „*negotium tuum*“, a ne „ono što je u tvom interesu“, kao što je slučaj u Justinijanovom pravu gdje se *mpc* više ne smatra za *mandatum tua gratia*. To je dokaz i za tvrdnju da za valjanost mandata nije potreban materijalni interes mandanta, te da je za njegovu valjanost dostatan uvijek prisutni afektivni interes. U nedostatku mandantovog materijalnog interesa, *mpc* je ipak bio valjan i mandatar je imao na raspolaganju *actio mandati contraria*. Ipak, zbog nedostatka sadržaja nije postojala *actio mandati directa* jer je *mpc* bio *negotium claudicans*, kao što je očito iz teksta D.17.1.8.6. Kasnija pravila o mandatu potvrđuju isto. *Mandatum aliena gratia* u smislu mandata „u tuđem interesu“ je pravi mandat za koji mandant ima samo afektivni interes. Interes trećega je strano tijelo u ugovoru između mandanta i mandataru. Klasično rimsko pravo zateklo je *mpc* kao već postojeći i priznati pravni institut. Kao takvog ga spominje P. *Juventius Celsus*, za kojeg je *mpc* specifični mandat, odnosno iznimno valjani *mandatum tua gratia*. To je jasno iz Celzovih riječi koje je prenio Ulpijan u D.17.1.6.4<sup>98</sup>. U tom tekstu<sup>99</sup> govori se o slučaju kada je mandataru naloženo jamčiti za drugoga ili da drugome pozajmiti novac. Iako mandant nema interesa iz ugovora, može se zaključiti da je mandat valjan i sukladno tome strankama stoje na raspolaganju odgovarajuće tužbe. Ipak, pozivanje na Celzovo mišljenje upućuje na zaključak da mandat, koji je bio isključivo u interesu trećega, nije bio tako čest u praksi kao *mandatum mea gratia*, te da mu je naknadno priznata valjanost. Zaključenjem kreditnog naloga mandant je prema mandataru odmah *in obligatione*. Zato pravnik ispravno kaže *ego sum obligatus*. S druge strane, mandantu ne pripadaju odmah tužbe na ispunjenje,

98 D.17.1.6.4 (Ulp. 31 ad ed.): *Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.* (Ako sam ti naložio nešto što mi nije u interesu, kao na primjer da jamčiš za Seja ili pozajmiš Ticiju, onda imam protiv tebe tužbu iz mandata, kako Celzo u sedmoj knjizi svojih Digesta piše, i s moje strane sam ti obvezan.)

99 O različitim tumačenjima teksta D.17.1.6.4 vidi: Burdese, nav. dj., 232-233; Litewski, nav. dj., 212; Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, ZSS 124 (2007), 129, n. 51.

odnosno na naknadu štete. Razumljivo je da je mandataru ostavljeno određeno vrijeme kako bi ispunio nalog. Tek kada to vrijeme istekne i mandant eventualno opomene mandatara, onda mandantu stoji na raspolaganju *actio mandati directa*. Na temelju teksta je očito da se pravnik pomirio s pitanjem valjanosti *mpc*. On izvodi praktične posljedice iz činjenice da je *mpc* već jednom priznat kao mandat i sukladno tome stavlja tužbe iz mandata strankama na raspolaganje. Kod Julijana, Celzova nasljednika na čelu Sabinijanske škole, nema više nikakvih rasprava je li *mpc* valjani pravni posao koji obvezuje stranke. Analizirajući kreditni nalog u D.46.1.13, za razliku od Celza koji općenito govori o tomu da mandantu i mandataru pripadaju *actiones* sukladno pravilima o mandatu, Julijan pobliže govori o najvažnijoj – *actio mandati contraria*.

D.46.1.13 (*Iul. 14 dig.*): *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*<sup>100</sup>

Mandatar će tom tužbom uspjeti namiriti od mandanta štetu koju je pretrpio izvršavajući nalog. Prema načelima mandata ne smije kod mandatara *nihil ex mandato remanere*. Sukladno tomu mandatar je obvezan ustupiti mandantu koji je platio, sve tužbe koje mu pripadaju prema trećemu. Kod kreditnog naloga mandatar je kontrahtent u dva potpuno različita ugovora koji nisu međusobno pravno ovisni. Temeljem kreditnog naloga ima tužbe prema mandantu, a protiv trećega tužbe iz kreditnog posla koji među njima postoji i koje mora ustupiti mandantu kada traži namirenje svojih tražbina. Mandant ga je na tu cesiju, za koju je bio jako zainteresiran, mogao prinuditi prigovorom ili s *actio mandati directa*. Prema mišljenju mnogih autora kreditni je nalog u tom smislu utjecao na jamstvo. *Cessio actionum* kod kreditnog naloga se razvila iz temeljnih načela mandata, da bi kao poseban *beneficium* bila proširena i na fidejusiju. Time se po prvi put u pravnom smislu susreću kreditni nalog i *fideiussio*. Svakako da su se ta dva pravna posla u gospodarskom smislu puno ranije dodirivala budući da je *mpc* bio priznat kao pravni posao kojim su postizani učinci jamstva, a da se pri tomu nije moralo pribjegavati strogoj formi koju je zahtijevala *fideiussio*. Ti su učinci prije svega počivali na *actio contraria* kojom se Julijan ovdje bavi.<sup>101</sup> Kod Scevole dolazi do određenog približavanja instituta *mpc* i *fideiussio* što je očito iz teksta D.17.1.62.1.<sup>102</sup> Mandat

100 D.46.1.13: Ako po mom nalogu pozajmiš Ticiju deset i tužiš me iz naloga, Ticije se ne oslobada; a ja smijem biti osuđen samo uz pretpostavku da mi ustupiš tužbe koje imaš protiv Ticija. Ali, ako tužiš Ticija, time doduše neću biti oslobođen, ali ti ostajem dužan samo ono što nisi mogao namiriti od Ticija.

101 Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 123, n. 33.

102 D.17.1.62.1 (*Scaev. 6 dig.*): *Mandavi in haec verba: „Lucius Titius Gaio suo salutem. peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio“. quae, si non fideiussisset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset, an*

koji *Lucius Titius* mora izvršiti savjesno i pošteno, nije *stricti iuris negotium* i *Gaius* može umjesto jamstva podijeliti kreditni nalog ako se *Lucius Titius actio mandati contraria* ne opterećuje jače, što se dogodilo u predmetnom slučaju.<sup>103</sup> Ali, ni *Scaevola* ne može ostaviti neprimijećenom glavnu razliku između *mpc* i *fideiussio*. To je očito iz teksta D.17.1.60pr.<sup>104</sup> Položaj mandatar je potpuno drugačiji nego jamstvenog vjerovnika. On ima dvije potpuno neovisne tužbe, koje međusobno nisu akcesorne niti imaju za posljedicu konsumpciju tužbe. Zato u navedenom slučaju mandatar može tužiti trećega i nakon što ga je već tužio, ali se nije naplatio.

Istu misao izriče *Papinijan* u D.46.3.95.10: *mandatore convento et mandato, ut ei satisfiat*.<sup>105</sup> Na području cesije tužbi nalazimo, kako je već navedeno, veliki utjecaj načela kreditnog naloga na *fideiussio* (*Pap.* D.20.5.2; D.50.15.5pr.). Sa sve većim korištenjem *mpc* kao ugovora o osiguranju, događali su se također utjecaji *fideiussio* na kreditni nalog: D.27.7.7 *in fine: et si mandato . . .excludit*.

Ovdje je *Papinijan* primijenio *epistula divi Hadriani* kojom je platežno sposobnim sufidejursorima dodijeljen *beneficium divisionis*, također i na *commandatores*. To sigurno nije u suprotnosti s pravilima mandata i opravdava se razlozima pravičnosti (*aequitas*), kao kod *fideiussio*.

## V. UČINCI KREDITNOG NALOGA

Kreditni nalog kao i svaki ugovor o nalogu nastaje suglasnim očitovanjem volje mandanta i mandatar: *consensu consistit obligatio*. Premda nije zahtijevana nikakva posebna forma, kreditni je nalog u starom Rimu često podjeljivan pismeno. Mandatar nije morao očitovati na izričit način prihvaćanje mandata. Njegova se volja očitovala u izvršenju kreditnog naloga.<sup>106</sup> Ako je prihvaćanje naloga izvršeno konkludentnim radnjama koje mandantu nisu bile poznate, onda je mandatar imao obvezu priopćiti mandantu prihvaćanje naloga. Ako to ne učini, obvezan je mandantu na naknadu eventualno nastale štete. Pretpostavke za valjanost kreditnog naloga su jednake kao i za ostale konsenzualne ugovore: poslovna sposobnost stranaka i

---

*actione mandati teneretur. respondit teneri.* (Naložio sam sljedećim riječima: „Lucije Ticije pozdravlja svog Gaja. Molim te i nalažem ti da jamčiš za Publija Mevija kod Sempronija. Sve što ti Publije ne bude platio, ja ću ti isplatiti, kao što ti dajem do znanja ovim vlastoručno napisanim pismom.“ Pitam, odgovaram li tužbom iz mandata ako se Gaj ne obveže, nego vjerovniku [Semproniju] samo podijeli kreditni nalog i tako se dogodi drukčije nego što mu je bilo naloženo. *Scaevola* je odgovorio da odgovara.)

103 Usp. D.17.1.60.1 (*Scaev.* 1 resp.).

104 D.17.1.60pr. (*Scaev.* 1 resp.): *Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. respondit posse.* (Vjerovnik je tužio mandanta *pecuniae credendae*. Osuđen je i uložio je žalbu. Pita se, može li vjerovnik za vrijeme žalbenog postupka tužiti dužnika. Odgovorio sam da može.)

105 Usp. D.17.1.28; D.46.3.95.11. Opširnije, Sokolowsky, nav. dj., 113; Simhäuser, *Papinian's Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht*, u: *Iuris vincula*. Studi in onore di M. Talamanca VII, Napoli 2001, 494.

106 *Pernice*, nav. dj., 470.

suglasna očitovanja volje. Vrela izričito kažu da je nevaljan mandat u nemoralnu svrhu: *ut pecunias credas meretrici*.<sup>107</sup>

Iz sadržaja kreditnog naloga proizilaze daljnje pretpostavke za njegovu valjanost. Prije svega, treća osoba kojoj se daje zajam mora biti jasno određena. Nalog *ut cuivis credas* nije kreditni nalog, nego neobvezujući savjet. Mjerodavan je položaj mandatar. Treći za njega mora biti potpuno određen. On će mandantovu volju tumačiti pošteno i savjesno. Također, visina kreditirane sume mora biti nedvojbena. U slučaju nejasnoća mandatar će djelovati sukladno načelu savjesnosti i poštenja. Kreditni nalog se mora odnositi na buduće kreditiranje. Ako je već došlo do kreditiranja, kreditni je nalog nevaljan. Moguće je ipak, izvršiti kreditiranje u formi odgode. Ulpijan u D.17.1.12.14 upućuje na valjanost takvog kreditnog naloga. Mandat zaključen nakon davanja zajma bio bi, lišen sadržaja, kao što kaže Ulpijan u D.17.1.12.14 (31 *ad ed.*). Ovdje se postavlja pitanje dopustivosti odobrenja koje bi uslijedilo mandanta nakon što je nastao kreditni odnos.<sup>108</sup> Smatra se apsurdnim primijeniti u tom slučaju pravilo *ratihabitio mandato comparatur*. Međutim, s obzirom na već postojeći kreditni odnos predmetom mandata može biti dopuštenje odgode dužniku o čemu se govori u drugom dijelu Ulpijanovog teksta D.17.1.12.14: *Plane, si ut expectares nec urgueres . . . mandatore pertinere*. U rimskom je pravu mandat za odgodom plaćanja autonomna pravna ustanova u odnosu na kreditni nalog. Budući da su Rimljani od početka shvaćali kreditni nalog kao mandat s *proprium negotium* mandatar, to proširenje područja primjene nije bilo ništa posebno, više se podrazumijevalo.

Za kreditni je nalog vrijedilo načelo *mandatum nisi gratuitum nullum*. Kamate koje plaća treći, nisu naknada za izvršenje naloga. Nije bitno hoće li mandatar nešto dobiti od trećega na ime podjeljivanja kreditnog naloga.

Budući da se na *mandatum credendi* odnose opća pravila mandata, i kod tog tipa mandata mandant je obvezan temeljem *actio mandati contraria* nakon gašenja zajma preuzeti na sebe troškove, isplatu kamata ako je bio naložen zajam uz interes: *placet mandatore teneri etiam si faeneraturo creditori mandat pecuniam credere*<sup>109</sup> i bilo kakvo umanjnje imovine koje je mandatar pretrpio bez svoje krivnje izvršavajući nalog. Mandant koji je platio, imao je temeljem mandata pravo na cesiju tužbi zajmodavca – mandatar protiv trećega – dužnika.<sup>110</sup> Prema općem načelu *apud eum qui mandatum suscipit nihil remanere oportet*<sup>111</sup> mandatar je bio

107 D.17.1.12.11 (*Ulp. 31 ad ed.*) Opširnije, Bortolucci, BIDR 27 (1914), 183.

108 Frezza, nav. dj., 212; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 186; Arangio Ruiz, nav. dj., 197; Bombarda, nav. dj., 86, n. 29.

109 D.46.1.71.2 (*Paul. 4 quaest.*): *Placet mandatore teneri etiam si faeneraturo creditori mandat pecuniam credere*. (Mandant je obvezan i u slučaju kada je dao nalog za zajam u novcu vjerovniku koji je ugovorio interes.) Opširnije vidi: Arangio Ruiz, nav. dj., 131; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 142, n. 2; BIDR 28 (1915), 209; Frezza, nav. dj., 71.

110 Guarino, nav. dj., 103.

111 D.17.1.20pr. (*Paul. 11 ad Sab.*): *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*. (Kod onoga koji je mandat prihvatio i izvršio, po osnovi naloga ne smije ništa ostati. Isto tako on ne smije



obvezan izručiti sve ono što je stekao izvršavajući nalog, pa tako i svoje tužbe protiv dužnika.<sup>112</sup> Za razliku od fidejussije kod koje je konsumptivni učinak litiskontestacije u početku onemogućavao *cessio actionum*, kod kreditnog naloga je *cessio actionum* od početka bila poznata.<sup>113</sup>

Odnos između mandanta i mandatara reguliran je načelom *bonae fidei*.<sup>114</sup> Mandatarovim prihvaćanjem kreditnog naloga zaključen je odnos povjerenja između mandanta i mandatara iz kojeg nastaju međusobne dužnosti. Mandatni odnos nastaje *consensu*, pojedinačne tužbe *re*. Kod kreditnog naloga kao *bonae fidei* pravnog posla

---

pretrpjeti štetu ako nije mogao utjerati novac koji je pozajmio uz kamatu.)

112 D.46.3.95.10: (*Pap. 28 quaest.*): *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat.* (Ako si po mom nalogu pozajmio Ticiju novac, onda je takav ugovor sličan onome tutora i dužnika njegova pupile. Ako je mandant bio tužen i osuđen, razum ne sugerira da se dužnik oslobađa premda je novac isplaćen; dakle, vjerovnik mora prenijeti na mandanta tužbe koje ima protiv dužnika tako da se mandant može namiriti.) Papinijan analizira odgovornost tutora za propuštenu naplatu tražbine koja je pripadala njegovom šticićniku. Pupila je imao zahtjeve prema dvojici dužnika: pored njegovog osobnog dužnika odgovara mu i tutor zbog nepravodobno podnesenog zahtjeva. Papinijan uspoređuje taj slučaj s kreditnim nalogom u kojem su zajmodavcu – mandataru također obvezna dvojica dužnika: pored zajmoprimca odgovara mu i mandant, poput jamca. Pravnici naglašava da je namireni vjerovnik obvezan ustupiti mandantu svoj zahtjev prema dužniku. Zajmodavac – mandatar morao je primarno tražiti povrat zajma od zajmoprimca, a tek u slučaju njegove insolventnosti, od mandanta. Ako je zajmodavac – mandatar tužio s *actio mandati contraria* mandanta i taj bude osuđen i vrati pozajmljenu sumu, time se zajmoprimac ne oslobađa jer niti jedan korak (*litis contestatio, condemnatio, solutio*) nema za zajmoprimca oslobađajući učinak. Pravnici zaključuju da tužitelj mora osuđenom tuženiku (tj. mandantu) ustupiti svoje tužbe koje ima prema dužniku kako bi se osuđeni njima mogao namiriti (*ut ei satisfiat*) Opširnije vidi: Bortolucci, BIDR 28 (1915), 202; Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 116-118.

113 Ako bi cesija tužbi ipak izostala, Papinijan u D.46.3.95.10-11 kaže da ju je osuđeni mandant mogao naknadno od mandatara zahtijevati *actio mandati directa*. Taj zahtjev ne bi bio isključen ni u slučaju ako bi mandant izravno tužio dužnika i bez prethodno izvršene cesije. Mandant je mogao tužiti zajmoprimca i zahtijevati povrat duga *actio mandati contraria* jer se najčešće događalo da je dao kreditni nalog nakon naloga dobivenog od zajmoprimca. Kreditni nalog se u pravilu zasnivao na dvostrukom mandatu (Ober- und Unterauftrag). Papinijan potvrđuje da se dužnik ne oslobađa podizanjem tužbe protiv mandanta (slično i Julijan u D.46.1.13) jer nije dolazilo do konsumptivnog učinka litiskontestacije s mandantom. Isto tako, ako je mandant vratio dug to nije oslobađalo dužnika. Namireni vjerovnik bio je dužan ustupiti mandantu sve tužbe koje je imao prema dužniku. Opširnije vidi: Wacke, Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession, 126-128; isti, Der originäre Regreß des Kreditmandanten aus Auftrag oder negotiorum gestio im römischen Recht, 245; Bortolucci, BIDR 28 (1915), 201-204; Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln/Graz 1968, 161; Frezza, nav. dj., 219. Suprotnog je mišljenja Partsch, Studien zur negotiorum gestio I, Heidelberg 1913, 61. koji u Papinijanovom tekstu vidi samo zadržanja retencije u korist mandanta, o čemu su već govorili Julijan (D.46.1.13) i Gaj (D.17.1.27.5). Pozivajući se na Celza (D.17.1.48.2) i Gaja (G.3.156) Partsch općenito negira postojanje *actio mandati directa*.

114 Behrends, *Die bona fides im mandatum*. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag, Ars boni et aequi, FS Waldstein, Stuttgart 1993, 57.

bila su priznata *pacta adiecta*. Njima se mogao uvelike modificirati glavni ugovor.

Mandatar je u svako doba mogao otkazati i ugasiti pravni odnos *re integra*.<sup>115</sup> Pri tome svakako treba uzeti u obzir da se nalog ne smije otkazati u nezgodno vrijeme. Primjerice, tako kasno da je šteta neizbježna,<sup>116</sup> ili kredit više nije moguće pribaviti pod istim nego puno nepovoljnijim uvjetima. Ako je kreditni nalog prihvaćen i mandant može računati s tim da će biti ispunjen, onda će otkaz ugasiti pravni odnos među strankama, ali ne i zahtjeve koji su do tada nastali. Prema trećemu mandatar ima tužbu iz zajma *condictio certi ex mutuo*; ili možda čak nema nikakvu tužbu. To je bez značaja za odgovornost mandanta. Zaključenjem *mpc* nastaje između njega i mandataru pravni odnos iz kojeg mogu nastati tužbe *ultra citroque*, koje nisu ovisne o mogućem pravnom odnosu između mandataru i trećega. Za odgovornost mandanta mjerodavna su samo pravila mandata. Prema načelima mandata određuje se sadržaj *actio mandati contraria*.<sup>117</sup>

Postavlja se pitanje kada mandatar može podići *actio mandati contraria*? Je li ona moguća prije negoli što će treći biti tužen, prije dospelosti duga trećega? *Actio mandati contraria* nije uvjetovana uspješnim zaključenjem kreditnog posla. Mandatar će imati pravo na naknadu pretrpljenih troškova i u slučaju kada, i pored njegovih napora, nije došlo do zaključenja posla. Budući da rimsko pravo nije poznavalo neposredno zastupanje, već zbog toga mandatar je mogao zaključiti kreditni posao samo u svoje ime i nikako drugačije. Po tomu se kreditni nalog ne razlikuje od drugih naloženih pravnih poslova. Ali, kreditni nalog razlikuje se od ostalih tipova mandata što ga mandatar poduzima za vlastiti račun. Iz toga nastaju za *mpc* specifična pravila koja ga kvalificiraju kao *mandatum qualificatum*. U pravom kreditnom nalogu ne nalaže se samo zaključenje kreditnog posla u vlastito ime, nego sudjelovanje u cijelom kreditnom odnosu u ekonomskoj vezi: kredit treba podijeliti za vlastiti račun. Kreditni nalog ne ide samo za zaključenjem kreditnog posla nego izvršenjem cjelokupnog posla. Jednom započeti nalog mandatar mora nastaviti i

115 Opširnije, Meylan, *Révocation et renonciation du mandat en droit romain classique*, Studi in onore di Giuseppe Grosso I, Torino 1968, 465.

116 *Mandator pecuniae credendae* ima na raspolaganju *actio mandati directa*: formula *actio mandati directa* je analogna formuli *actio mandati contraria*: „*Quod A.s A.s N.o N.o mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutaret (feneraret), q. d. r. a., quidquid ab eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; s. n. p. a.*“ Vidi: Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999, 54, 66; Klami, *Mandatum and Labour in Roman Law*, ZSS 106 (1989), 582.

117 Formula *actio mandati contraria* prema vladajućem mišljenju glasi: „*Quod Numerius Negidius (tuženik mandator) Aulo Agerio (tužitelj mandataris) mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutaret (feneraret), qua de re agitur; quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna, si non paret, absolvito*“. Nakon što bi ustvrdio istinitost činjenica i analizirao činjenično stanje u svjetlu načela *bona fides*, sudac je imao ovlast osuditi tuženog mandanta da tužitelju-mandataru naknadi svu štetu koju je mandatar pretrpio izvršavajući nalog (npr. štetu i interes temeljem *mora debendi*, troškove opominjanja i pozivanja na platež i utjerivanje duga); odnosno, osloboditi ga ako bi smatrao da mandatar nije pretrpio značajniju štetu. Vidi: D.46.1.13; D.17.1.27.5; Guarino, nav. dj., 88-90; Cardilli, „*Bona fides*“ tra storia e sistema, Torino 2004, 52.

završiti. Kreditiranjem za mandatara ne nastaje nikakva šteta jer pozajmljenoj sumi kao pasivi u njegovoj imovini stoji nasuprot zahtjev protiv zajmoprimca, čak i ako je u formi samo tužbe iz pravno neutemeljenog obogaćenja kao aktivni. Za mandatara može nastati šteta nakon kreditiranja tako što će njegov zahtjev protiv trećega biti obezvrijeđen. U tom slučaju može se samo raditi o naknadi štete, ali ne i o naknadi troškova. Da bi se uspjelo s tužbom za naknadu štete, mandatara mora dokazati visinu štete. On to obično može napraviti tek nakon što je utužio trećega i od njega pokušao zahtijevati ono što se moglo dobiti. Samo u iznimnom slučaju objektivna šteta može biti utvrđena bez utuženja trećega, npr. kod objavljene insolventnosti. Ta misao vodi do bezuvjetne supsidijarnosti mandantove odgovornosti i to samo na naknadu štete. Dok se kod fidejussije supsidijarnost fidejussorove obveze promatra kao *beneficium*, kod kreditnog naloga to svojstvo proizilazi iz same naravi pravnog posla. U klasičnom rimskom pravu ta nužna supsidijarnost nije općenito priznata, što se vidi iz sljedećeg Papinijanovog teksta.

D.17.1.56pr.: (*Pap. 3 resp.*): *Qui mutuum pecuniam dari mandavit omisso reo promittendi et pignoris non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimitur, distractis quoque pignoris ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt.*<sup>118</sup>

Prema Papinijanovom mišljenju mandatara se, po svojoj slobodnoj procjeni, mogao obratiti za naplatu mandantu ili trećemu. Supsidijarnost je sve češće predviđana ugovorom; D.17.1.27.5: *in id dumtaxat tibi obligatus ero quod a Titio servare non potueris*;<sup>119</sup> D.17.1.59.5: *in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati.*<sup>120</sup> U tim

118 D.17.1.56pr.: Onaj koji je naložio da se pozajmi, može biti tužen prije glavnog dužnika i prije nego što je zalog prodat. I ako je izričito predviđeno u ugovornom dokumentu da je to dopušteno, može vjerovnik bez obzira na prodaju zalog, zahtijevati povrat od nalagatelja. Dakle, ono što je u ugovorima predviđeno kako bi se otklonila sumnja, ne mijenja opće pravo.

119 D.17.1.27.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*): *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor; sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.* (Ako po mom nalogu pozajmiš Ticiju i tužiš me iz naloga, smijem biti osuđen samo uz pretpostavku da mi ustupiš tužbe koje imaš protiv Ticija. Ali, ako tužiš Ticija, neću biti oslobođen, ali ti ostajem obavezan samo za ono što od Ticija ne mogneš naplatiti.)

120 D.17.1.59.5 (*Paul. 4 resp.*): *„Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quod vixerit Blaesius Severus, praestaturum.“ postea saepe conventus mandator non respondit: quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum.* („A pozdravlja B. Nalažem ti da mom zetu Bleziju Severu uz ovaj i onaj zalog pozajmiš osamdeset. Da zbog tog novca i svega što na ime kamata dođe, ne bi nastala šteta za tvoju imovinu, jamčim temeljem naloga sve dok je Blezije Sever živ.“ Kasnije, češće opomenut, nalagatelj ipak nije odgovorio. Pitam, oslobađa li se on dužnikovom smrću. Paul je odlučio da je obveza iz naloga trajna, čak i onda kada je u nalogu jasno određeno: „Da u tvojoj imovini ne bi nastala šteta, jamčim po osnovi mandata, sve dok

tekstovima jasno se navodi da tužba podignuta protiv glavnog dužnika ne sprečava mandataru da traži ostatak od mandanta, niti će tužba podignuta protiv mandanta dovesti do osude ako prethodno nije izvršena cesija tužbi na njega.<sup>121</sup> Kasnije je supsidijarnost postala općenito uobičajena ako ne pravno, onda u sporazumu stranaka, što potvrđuje Justinijan u Nov. 4.1.

Prema temeljnim pravilima mandata, mandant mora naknaditi mandataru izdatke i štetu. *Actio contraria* primjenjuje se najčešće u cilju naknade štete koju je mandatar pretrpio uslijed kreditiranja i koju može po završetku kreditnog odnosa podići protiv mandanta. Prije svega u obzir dolazi pozajmljena suma, kamate, zatezne kamate protiv trećega i sl. Sve se to podrazumijeva u slučaju da treći nije platio (D.46.1.13: *in id tibi dumtaxat obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*). Mandant mora naknaditi i druge troškove koje je mandatar imao prilikom izvršenja naloga: opominjanjem, požurivanjem itd. Ako je treći podmirio dug prema mandataru, mandant se oslobađa. On može zahtijevati ustupanje prava prema trećemu. Mandatar će odgovarati mandantu ako je namjerno ili iz nemarnosti pogoršao ili izgubio ta prava (D.46.3.95.10; D.46.1.13). Mandatar će sam snositi štetu do koje je došlo zbog njegova zanemarivanja obveze na diligenciju. U tom slučaju *bona fides* sužava mandantovu odgovornost. Odgovornost mandanta inače može biti na bilo koji način ograničena ugovorom. On može utvrditi najvišu sumu ili se zaštititi tako što će podijeliti nalog da se pozajmi samo uz realno ili osobno osiguranje.<sup>122</sup>

*Bona fides* nije ni ovdje isključena i korigira prekomjernu strogost. Posebice Paulova rečenica u D.17.1.5pr: *qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur*. Sigurno su već Rimljani smatrali ispravnim suprotno Prokulovo mišljenje iz D.17.1.4: *sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est*, koje je na odgovarajući način primijenjeno na mandat.

U odnosu mandanta i trećega susreću se dva traga regressa. Mandant ima *actio cessa* i u većini slučajeva *actio mandati* ili *negotiorum gestorum*. Mogućnost regressa kod kreditnog naloga ne proizilazi izravno niti iz njegove funkcije kreditnog sredstva niti iz funkcije instituta osiguranja.<sup>123</sup> Treći ne dolazi pravno u vezu s mandantom niti podjeljivanjem naloga niti činjenicom pozajmljivanja. Time ne nastaju nikakva uzajamna prava niti obveze. Obično ipak između mandanta i trećega nastaje poseban pravni odnos. U obzir dolaze prije svega mandat i poslovodstvo. Teško je zamisliti

---

je Blezije Sever živ.“)

121 Sporno je pitanje jesu li se rimski pravnici razilazili u mišljenjima glede pitanja kada je mandatar postajao obvezan ustupiti mandantu tužbe protiv dužnika: prije ili nakon mandantove osude. Dok Papinijan u D.46.3.95.10 kaže da je mandant mogao zahtijevati cesiju putem *actio mandati directa* ne navodeći preciznije kada se mandataru moglo prisiliti na cesiju, Julijan (D.46.1.13) i Gaj (D. 17.1.27.5) smatraju da je mandatar bio dužan cedirati tužbe prije mandantove osude. Opširnije o tome vidi: Schulz, ZSS 27 (1906), 100; Guarino, nav. dj., 105; Wacke, ZSS 124 (2007), 130-132.

122 C.8.40.7

123 Seiler, *Das Regressrecht des Bürgen*, disert., Zürich 1924; Wacke, ZSS 124 (2007), 130, n. 52, 131, n. 57.

da mandant podijeli kreditni nalog, a da ga na to nije treći potaknuo.

Obveze mandanta i trećega imale su svaka svoju posebnu osnovu i bile su potpuno neovisne jedna o drugoj što je sprječavalo da *litis contestatio* izvršena protiv jednoga od njih, oslobodi drugoga.<sup>124</sup> Mandantova odgovornost, *ex causa mandati*, natjecala se s odgovornošću dužnika iz zajma: različitost kauza dviju obveza, sprječavajući nastanak odnosa solidarnosti između mandanta i dužnika, dovodila je do toga da *litis contestatio* izvršena protiv jednoga, nije gasila tužbu protiv drugoga. Tako je postupak pokrenut protiv dužnika, ostavljao nedirnutom *actio contraria* protiv mandanta. Ako bi i završio u cijelosti ili djelomično neuspješno, mandatar je mogao zahtijevati cjelokupnu sumu ili ostatak od drugoga, a da pri tome taj zbog autonomnosti svoje obveze nije mogao podići prigovore dužnika.<sup>125</sup> Ako bi se mandatar htio okoristiti činjenicom nepostojanja postupovne konsumpcije pa bi pokušao naplatiti dug još jednom, nakon što je namiren od dužnika ili mandanta, onaj kojeg bi drugog tužio, mogao ga je odbiti s *exceptio doli*.<sup>126</sup>

Pored tužbi iz posloводства i mandata, mandantu su protiv trećega obično na raspolaganju i cedirane tužbe. Mandantova obveza nema isti predmet kao glavna obveza. Dok obveza glavnog dužnika glasi na pozajmljenu sumu, ili na bilo koju drugu stvar, mandant se samo obvezuje oštećiti mandatara za štetu koju je pretrpio ispunjavajući nalog. Iz toga proizilaze dvije bitne posljedice: 1. Postupak pokrenut protiv jednoga od dvojice obvezanika, ne dovodi do gašenja obveze drugoga, što znači da ne zadržava samo vjerovnik svoja prava nedirnuta s obzirom na drugoga, nego i da *mandator*, koji je tužen i čak osuđen, može zahtijevati cesiju tužbi i prema glavnom dužniku, i prema drugim mandantima; 2. Mandant koji je platio, dragovoljno ili nakon osude, oslobađa samo sebe. Svakako da je vjerovnik, koji je zadržao tužbu protiv glavnog dužnika i koju ne može podići zbog njegovog prigovora, obvezan ustupiti je mandantu koji je može uspješno upotrijebiti.<sup>127</sup> Dok fidejuszor prihvaća obvezu za koju nije dao inicijativu, *mandator pecuniae credendae* je taj koji je potaknuo mandatara postati vjerovnik. On određuje dužnika, prirodu i uvjete sklopljenog ugovora. Iz toga proistječe više posljedica: 1. Obveza koju jurisprudencija nalaže vjerovniku koji prihvaća fidejuszore objaviti unaprijed što je predmet duga i koliki je broj fidejuszora, ne može se zamisliti u odnosima između vjerovnika i mandanata *pecuniae credendae*. 2. Podjednako je teško zamisliti da mandant tuži protivno volji *reusa* i slijedom toga ako bude platio, uvijek će moći tužiti već prema okolnostima, ili putem *actio mandati* ili *actio negotiorum gestorum*.

124 D.17.1.28 (*Ulp. 14 ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.* (Papinijan u trećoj knjizi *Pitanja* kaže da ako plati onaj koji je naložio da se dužniku pozajmi, ne oslobađa dužnika po civilnom pravu [naime, on plaća zbog kreditnog naloga i u vlastito ime] i zbog toga podrazumijeva da nalagatelju kredita od vjerovnika moraju biti ustupljene tužbe protiv dužnika.); usp. D.46.1.13; D.46.3.95.10.

125 D.17.1.58.1 (*Paul. 4 quaest.*).

126 Frezza, nav. dj., 218; Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 211; Wacke, *ZSS* 124 (2007), 131, n. 57.

127 D.17.1.28 (*Ulp. 14 ad ed.*).

3. Pravilo koje dopušta akcesornom dužniku upotrijebiti prigovore predviđene za osobu glavnog dužnika primjenjuje se manje apsolutno na mandanta nego na fidejusora. Tako, ako nije znao za malodobnost dužnika, ne profitira iz *in integrum restitutio* koju je postigao glavni dužnik.<sup>128</sup> Slično, ako je jamčio za zajam učinjen sinu u vlasti i objavio da nema mjesta primjeni *SC Macedonianum*, odbit će mu se prigovor premda nije djelovao *animo donandi*.<sup>129</sup>

Sukladno naravi kreditnog naloga odnos između mandatara i trećega pravno je neovisan prema odnosu između mandatara i mandanta. Postojanje ili nepostojanje kreditnog naloga tu ne igra nikakvu ulogu. Treći uopće ne mora znati da mu je zajam dat nalogom. Iz kreditnog naloga za njega ne nastaju ni prava ni obveze, niti mu pripada bilo kakva tužba na izvršenje kreditnog naloga.

Kornelijev zakon koji je u određenoj mjeri ograničavao jamstvo pruženo verbalno nije se odnosio na *mpc*. Koliko *fideiussio* i *mpc* mogu biti slični po svom gospodarskom učinku, toliko su pak različiti po svojoj pravnoj konstrukciji. Papinijan je već gore ukazao na glavnu razliku. Obveza mandanta nije akcesorna. On upućuje na nešto drugo u D.17.1.12.14: *si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait*.<sup>130</sup> Kreditni se nalog kao jedan sigurnosni institut ne može pridodati već postojećem obveznom odnosu jer bi to proturječilo njegovoj biti.<sup>131</sup> To bi bio nalog na nešto nemoguće, dakle ništav mandat.<sup>132</sup> Ali, nalog da se dužniku dopusti odgoda plaćanja je valjan.<sup>133</sup> *Paulus* također često uspoređuje *mpc* i *fideiussio*.<sup>134</sup> Zanimljivo je da on, za razliku

128 D.4.4.13pr. (*Ulp. 11 ad ed.*).

129 D.17.1.12.13 (*Ulp. 31 ad ed.*).

130 D.17.1.12.14 (*Ulp. 31 ad ed.*): *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.* (Ako, nakon što je novac pozajmljen, naložim vjerovniku da pozajmi, ništav je mandat, kako potpuno ispravno kaže Papinijan. Dakako, ako ti naložim da pričekas i ne siliš dužnika na isplatu i dopustiš mu odgodu i kažem da će novac ići na moj rizik, onda smatram ispravnim da rizik neograničeno mora snositi mandant.)

131 Usp. D.46.1.71.2 (*Paul. 4 quaest.*).

132 Usp. D.17.1.8.6 (*Ulp. 31 ad ed.*).

133 Opširnije vidi: Guarino, nav. dj., 86-87; Sokolowski, nav. dj., 98-100; Bortolucci, BIDR 27 (1914), 185.

134 D.17.1.20.1 (*Paul. 11 ad Sab.*): *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.* (Fidejusor ima *actio negotiorum gestorum* ako je jamčio za odsutnoga, naime, ne pripada mu tužba iz mandata jer nikakav nalog nije podijeljen.) D.17.1.22.2 (*Paul. 32 ad ed.*): *Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat aut cum rogatu fideiussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum persequar, nihilo minus et illius negotium gero: igitur quod minus servavero, consequar mandati actione.* (Ponekad se događa da vodim vlastiti posao i ipak imam valjanu tužbu iz naloga, npr. kada mi moj dužnik na svoj rizik uputi svog dužnika, ili kada na zahtjev jamca utužim svog dužnika; onda, premda u oba slučaja utužujem svoju tražbinu, time ništa manje ne ispunjavam i nalog drugoga. Ono što ne dobijem, dalje ću postići tužbom iz naloga.) U P.S. 2.17.16 kaže se da se podizanjem tužbe protiv glavnog dužnika oslobađa

od Papinijana,<sup>135</sup> obrađujući pitanje regresa protiv trećega, govori samo o *actio mandati contraria* ili *negotiorum gestorum*. Ne spominje regres s *actio cessa*. Isto čini Ulpijan. Kako bi, kad god je to moguće, mandantu bio omogućen regres, postavlja sljedeće pravilo: D.17.1.18 (*Ulp. 40 ad Sab.*): *qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur*.<sup>136</sup> U dodatku na jednu Papinijanovu odluku prema kojoj ugovor o osiguranju ne može biti pridodan već postojećem kreditnom poslu, Ulpijan upozorava na daljnju mogućnost valjanog kreditnog naloga, nalog s odgodom plaćanja. To je proširenje područja primjene kreditnog naloga, koje nije dalje utjecalo na svoje reguliranje. Nakon velikih kasnih klasičnih pravnika nema novih gledišta na području kreditnog naloga. Ni Justinijanova kodifikacija ne donosi puno novoga o *mpc*. U Kodeksu se uspoređuju i dodiruju mišljenja klasičnih pravnika. Treba primijetiti tendenciju da se jedinstveno reguliraju *mpc* i *fideiussio* kao glavni ugovori o osiguranju u rimskom pravu, ali se ipak ne može govoriti o njihovom stapanju. Oba su instituta obrađena u istom titulu (D.46.1; C.8.40), ali su u samim titulima odijeljeni. Uostalom, tamo kreditni nalog ne služi posvuda kao ugovor o osiguranju, gdje to *fideiussio* može učiniti. Kompilatori tvrde nešto drugo. Dodatak u D.17.1.33 . . . *et in summa* je sigurno interpolacija. Već je Papinijan upućivao na to da *mpc* ne može djelovati ratihabirajuće. Time svaki dug nastao iz delikta ili ugovora, a nije neposredni predmet kreditnog naloga, ne može biti osiguran s kreditnim nalogom. A oni općenito čine veliki broj dugova.

Na oba instituta primjenjivan je *beneficium cedendarum actionum*. Za kreditni nalog uz to nije bio potreban nikakav poseban *beneficium*. Cesija se za njega događala iz načela mandata. Ni činjenica da je Justinijan u Nov. 4 predvidio istodobno *beneficium excussionis* za kreditni nalog i fidejusiju, nije utjecala na različitost pravnih konstrukcija oba pravna posla. I dalje su ostali različiti koliko je to bilo moguće. Tako je, iz u početku spornog *mpc* nastao pravni institut koji je kasnije uglavnom korišten kao ugovor o osiguranju. *Mpc* je zadržao svoj mandatni karakter.

---

jamac, što nije slučaj s obvezama utemeljenim na nalogu: *Electo reo principali fideiussor uel heres eius liberatur; non idem in mandatoribus obseruatur*. (Ako je izabran [tužen] glavni dužnik, time su poruk [jamac] ili njegov nasljednik oslobođeni [odgovornosti]; ovo pravilo, međutim, ne vrijedi kod [obveza nastalih na osnovi] naloga.) (Prijevod, Romac, Julije Paulo. Sentencije, Zagreb 1989, 95.).

135 D.17.1.56.1 (*Pap. 3 resp.*): *Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignavit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest*. (Fidejusor koji je platio u postupku i zbog tužiteljeve mladosti novac zapečatio i deponirao na javnom mjestu, može odmah tužiti iz mandata.) Usp. D.46.1.64 (*Herm. 2 iur. ep.*).

136 D.17.1.18: Onaj koji podnosi da netko drugi naloži da mu se pozajmi, smatrat će se kao da je on dao drugome nalog.

## VI. MANDATORES PECUNIAE CREDENDAE

U slučaju ako postoji više *mandatores pecuniae credendae*, svaki je od njih obvezan u cijelosti. Unatoč tomu mogli su zahtijevati diobu samo između svih solventnih (D.17.1.59.3). Pri tomu se postavilo pitanje, procjenjuje li se solventnost mandanata u vrijeme *litis contestatio* ili u vrijeme izricanja presude. Justinijan je pozivajući se na Hadrijanovo mišljenje uvažio prvu soluciju izjednačavajući ih s fidejutorima i podjeljujući im *beneficium divisionis* (C.4.18.3). Tek je u Justinijanovom pravu s Nov. 4,1 (535) *mandator pecuniae credendae*, koji je bio tužen prije glavnog dužnika, dobio pravnu zaštitu. Sve do donošenja te novele *mandator pecuniae credendae* nije bio zaštićen, o čemu govori Papinijan u D.17.1.56pr.<sup>137</sup>

Postavlja se pitanje, odgovaraju li *plures mandatores* uvijek *in solidum*, kao što smatraju Savigny<sup>138</sup> i Bortolucci<sup>139</sup> ili je njihova odgovornost u nekim slučajevima mogla biti *pro parte* kako smatra Frezza.<sup>140</sup> Poznato je da zbog različitosti tekstova koji sadrže raznovrsne oblike pluralističkih obveza, nije moguće formirati jedinstveno gledište o solidarnim obvezama u rimskom pravu.<sup>141</sup>

Ako je više mandanata zajedno naložilo kreditni nalog, onda odgovaraju solidarno. U klasičnom pravu analogno fidejutorima imaju *beneficium divisionis*. Vjerojatno je do te analogije došlo ubrzo nakon objavljivanja *epistola Hadriani*. Konstitucija C.4.18.3 dopušta zaključak da je *epistola Hadriani* od početka glasila na *comandatores* i da su stavljeni u istu razinu s *confideiussores*. U to se može s pravom sumnjati jer je sigurno već Papinijan (3 *resp.*) jednako tretirao kreditni nalog i fidejusiju u toj vezi; D.27.7.7 *in fine: nam et si mandato plurium pecunia credatur aequae dividitur actio*. Ako je više osoba dalo nalog da se novac pozajmi, tužbeni zahtjev se podjednako dijeli među njima.<sup>142</sup>

Ako dva ili više mandanata zajedno daju kreditni nalog, ili to učine jedan nakon drugoga prije nego što je mandatar dao zajam, onda svaki od njih odgovara u cijelosti, samostalno. Mandatar može od svakoga od njih zahtijevati isplatu cjelokupne sume; D.17.1.59.3 (*Paul. 4 resp*): *Paulus respondit, unum ex mandatoribus in solidum eligi potest, etiamsi non sit concessum in mandato*. Paulovo je mišljenje da jedan od mandanata može biti izabran kako bi odgovarao u cijelosti premda to nije posebno navedeno u ugovoru o nalogu.<sup>143</sup> Ipak, dalje nastavlja: *post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte*

137 Vidi napomenu br. 118 u ovom tekstu.

138 Savigny, *Le droit des obligations I*, Paris 1893.

139 Bortolucci, *BIDR* 28 (1915), 208.

140 Frezza, nav. dj., 225. Opširnije, Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, *Annali Palermo XXIV* (1955), 152, n. 80.

141 Arangio Ruiz, nav. dj., 133; Sacconi, *Sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, 86.

142 Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, 187.

143 Drukčije propisuje *epistula Hadriani* za slučaj više jamaca, kao i G.3.121; I.3.20.4; D.46.1.26; C.8.40.23; D.27.7.7; C.4.8.3.



*dimidia conveniri posse et debere*. Ali, ako je uslijedila zajednička osuda obojice nalagatelja, mogli bi i morali svaki od njih odgovarati samo za polovicu sume na koju su osuđeni.<sup>144</sup> Ako se zajmodavac ne namiri od jednoga, može se obratiti za ostatak drugome; Papinijan u D.46.1.52.3 (11 *resp*) kaže: *plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur*; ako je više osoba dalo nalog da se pozajmi ista suma novca, ako je jedan izabran za tuženika, ostali se ne oslobađaju. Moguće je da među mandantima postoji poseban pravni odnos kojim je reguliran njihov međusobni regres. U tu je svrhu kod jamstva s *lex Appuleia* uveden *quandam societatem*. Dvojbeno je, je li korišten i kod kreditnog naloga. *Comandator* koji je platio imao je od početka na raspolaganju *actio cessa* koja se mogla upotrijebiti u svrhu regresa i protiv trećega i protiv *comandatores*. Također je postojala mogućnost da mandant kojeg je tužio zajmodavac, upotrijebi ne samo vlastite nego i dužnikove prigovore.<sup>145</sup>

## VII. ZAKLJUČAK

*Mandatum pecuniae credendae* ima sve značajke konsenzualnog neformalnog besplatnog *bonae fidei* ugovora, s mogućnošću zaključenja *inter absentes*. Nastao je najvjerojatnije krajem Republike kao jedan od pratitelja razvijene trgovine i financijskog prometa. Pravnici pretklasičnog razdoblja osporavaju mu pravnu valjanost (*Servius S. Rufus*) pozivajući se na nepostojanje mandantovog utuživog materijalnog interesa zbog čega ga izjednačavaju sa savjetom i svrstavaju u nevaljane *mandata tua gratia*. U klasičnom je pravu prihvaćeno suprotno Sabinovo mišljenje koji nalog za davanjem kamatnog zajma određenoj osobi smatra valjanim. Sabinovo mišljenje slijedili su Gaj, Julijan, Celzo i kasnija jurisprudencija. Predmet je tog tipa mandata otvaranje kredita, s ili bez kamata, koji se mandatar obvezuje učiniti određenoj trećoj osobi, pri čemu se jamac (*mandator*) obvezivao naknaditi vjerovniku (*mandatarius*) svaki gubitak proistekao iz neispunjenja ugovora od strane dužnika. Takvo shvaćanje kreditnog naloga augustinskog i hadrijanskog razdoblja bilo je vjerojatno razvijeno već u zadnjem stoljeću pretklasičnog prava. U tim je razdobljima *mandatum pecuniae credendae* garantni posao, ali u potpunosti različit od drugih tipova jamstva. Uvijek se moralo raditi o budućem kreditu i ta se značajka zadržala i u Justinijanovom pravu. Kreditni je nalog specifičan po tomu što je mandatar temeljem mandantova naloga pozajmljivao novac trećemu ne samo u vlastito ime nego i za vlastiti račun. Glavni razlozi njegovog uvođenja bili su namirenje zahtjeva za kreditom i eliminiranje nedostataka fidejusije. Kod kreditnog naloga litiskontestacija s dužnikom nije konzumirala tužbu protiv mandanta. U nastojanju da se jednom institutu osiguraju prednosti drugog i obrnuto, u kasnom klasičnom i postklasičnom razdoblju došlo je do bitnog približavanja

<sup>144</sup> Usp. D.49.1.10.3.

<sup>145</sup> D.46.1.32; C.4.30.12; oba su teksta sporna, vidi: Zimmermann, nav. dj., 140, n.163; Kaser, RPR II, 460, n. 28.

instituta *fideiussio* i *mandata pecuniae credendae*. Budući da je kreditni nalog obično zaključivan zbog ostvarenja posebnog oblika osobnog jamstva taj je proces u praktičnom poslovnom životu još izraženiji da bi našao odraza i na pravnom području kada je Justinijan gotovo izjednačio mandante *pecuniae credendae* i fidejusore priznavši mandantima *beneficium divisionis* i *beneficium cedendarum actionum*. Ipak, ne može se govoriti o potpunoj asimilaciji tih kontrakata jer je zadržana različitost njihovih struktura, uz dvije bitne razlike: mandat prethodi glavnoj obvezi i ne zahtijeva formu stipulacije, s tim što je i ta zadnja razlika znatno ublažena u Justinijanovom pravu.

## Summary

### MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Mandatum pecuniae credendae is a specific type of mandate by which the mandatary undertakes to give a credit to the third person, and at the same time the mandator/surety undertakes to the mandatary/creditor to compensate any loss caused by the fulfilment of mandate. It was formulated by the end of the Republican period as a result of developed commerce and financial transactions and with the aim to create a new type of informal suretyship that could also be concluded inter absentes. While jurists from pre-classical times (Servius Sulpicius Rufus) challenged its legal validity, Sabinus' opposite opinion was accepted in the classical period. The main reasons for its acceptance were approvals of the loan demands as well as the elimination of imperfections of fideiussio. In case of mandatum pecuniae credendae the litis contestatio with the debtor did not consume the action against the mandator for failure to fulfil his obligation. In late classical and post-classical law, an important convergence of the institute of mandatum pecuniae credendae and fideiussio was reached. The process was completed by Justinian who almost assimilated these institutes. According to the laws of Justinian the mandators were generally entitled to claim the beneficium excussionis, as well as the beneficium divisionis and beneficium cedendarum actionum.

**Key words:** Roman Law, *mandatum pecuniae credendae*.

## Zusammenfassung

### MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Mandatum pecuniae credendae stellt ein spezifisches Typ Mandats dar, bei welchem der Mandatarius aufgetragen ist einer bestimmten Drittperson ein Darlehen zu geben. Dabei verpflichtet sich der Mandant (Garantiegeber) dem Mandatarius (Gläubiger) gegenüber jeglichen Verlust, der sich aus der Auftragerfüllung ergibt, zu entschädigen. Zur Einführung Mandatum pecuniae credendae kam es am Ende der Republikzeit wegen des fortgeschrittenen Handels und Finanzverkehrs mit der Absicht einer neuen informellen Garantieform die auch inter absentes abgeschlossen werden könnte. Während Juristen des vorklassischen Zeitraums (Servius Sulpicius Rufus) die rechtliche Gültigkeit des genannten Mandatum widerstritten haben, wurde im klassischen Recht Sabinus Meinung Preis gegeben. Zu den Gründen dessen Einführung zählen die Notwendigkeit der Kreditbegleichung und Behebung des Mangels von fideiussio. Bei dem Kreditauftrag Litiskontestation mit Schuldner wurde die Klage gegen Mandant nicht geltend gemacht. Im späteren klassischen und nachklassischen Recht kam es zur Annäherung von mandatum pecuniae credendae

und fideiussio und letztendlich zur justinianischen Gleichstellung beider Institute. Im justinianischen Recht wurden beneficium excussionis, beneficium divisionis und beneficium cedendarum actionum allgemein anerkannt.

*Schlüsselwörter:* Römisches Recht, *mandatum pecuniae credendae*.

## Riassunto

### **MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE**

Il *mandatum pecuniae credendae* è un particolare tipo di mandato con il quale si ordina al mandatario di dare un prestito ad una determinata terza persona, nella quale occasione il mandante-garante s'impegna a risarcire al mandatario-creditore qualsiasi perdita dovuta all'adempimento dell'ordine. E' comparso alla fine dell'epoca della Repubblica come risultato del proliferare del mercato e degli scambi economici al fine di istituire una nuova figura di garanzia informale con la possibilità di conclusione *inter absentes*. Mentre i giuristi dell'epoca preclassica (Servius Sulpicius Rufus) negavano la sua validità giuridica, nel diritto classico era accolto l'opposto pensiero di Sabino. Le principali ragioni della sua introduzione erano rappresentate dalla necessità di soddisfare il bisogno di credito, come pure l'eliminazione dei difetti della fideiussione. Nell'ordine creditizio la *litiscontestazione* con il debitore non esauriva l'azione contro il mandante. Nel tardo diritto classico ed in quello postclassico si giunse ad un sostanziale avvicinamento dell'istituto del *mandatum pecuniae credendae* e della fideiussio. Tale processo è stato concluso da Giustiniano mediante l'equiparazione fra mandanti creditizi e fideiussori. Nel diritto giustiniano venne in generale riconosciuto ai mandanti il *beneficium excussionis*, come anche il *beneficium divisionis* ed il *beneficium cedendarum actionum*.

*Parole chiave:* diritto romano, *mandatum pecuniae credendae*.

## ZAHTJEV PRAVIČNOSTI KAO TEMELJ OBVEZE NAKNADE ŠTETE BEZ ODGOVORNOSTI

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.51  
347.513  
Ur.: 20. rujna 2010.  
Pr.: 10. studenoga 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se daje pregled pretpostavki pod kojima se u poredbenom i našem pravu na naknadu štete može obvezati i osoba koja za istu nije odgovorna. Takve izuzetne situacije, u kojima se uz pozivanje na pravičnost isključuje primjena općih pravila o odgovornosti za štetu, predviđene su u većini odštetnopravnih sustava (i DCFR-u) vrlo općenitim odredbama. Zato se tek kroz sudsku praksu može dobiti odgovor na pitanje opsega i dosega primjene zahtjeva pravičnosti. Prvo se obrađuju iskustva poredbenog (austrijskoga, njemačkoga, švicarskoga, talijanskoga i švedskoga) prava i odredbe o zahtjevu pravičnosti u DCFR-u, a nakon toga odredbe ZOO-a (i bivšeg i sadašnjeg) te naša sudska praksa. Upozorava se na pomicanje težišta s pitanja odgovornosti za štetu na pitanje stvarne mogućnosti njezina snošenja i ravnoteže (imovinskih) interesa oštećenika i štetnika.*

**Ključne riječi:** *odgovornost za štetu, deliktna sposobnost, ubrojivost, pravičnost.*

### **1. UVOD**

Kada bi, primjenom općih pravila o odgovornosti, oštećenik trebao ostati bez naknade štete jer je štetnik bio deliktno nesposoban i zato za prouzročenu štetu ne odgovara, a oštećenik naknadu ne može dobiti niti od osoba koje su bile dužne nad štetnikom voditi nadzor, većina odštetnopravnih sustava nastoji održati ravnotežu između interesa deliktno nesposobnoga štetnika i oštećenika. Stoga propisuje posebne pretpostavke ispunjenjem kojih se i deliktno nesposobnu osobu može obvezati na naknadu štete. Takve se izuzetke od općih pravila o odgovornosti naziva odgovornošću po osnovi pravičnosti (*liability in equity, Billigkeitshaftung*,

*responsabilità in equità*).<sup>1</sup> Pravičnost kao moguća osnova odgovornosti ušla je i u Nacrt zajedničkog referentnog okvira europskog privatnog prava (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*).<sup>2</sup>

Mogućnost da se i deliktno nesposobnoga štetnika obveže na naknadu štete, koju je bivši Zakon o obveznim odnosima<sup>3</sup> nazivao "Odgovornost po osnovi pravičnosti",<sup>4</sup> a Zakon o obveznim odnosima<sup>5</sup> je propisuje kao „Zahtjev pravičnosti“, naša je sudska praksa dosta široko tumačila. Iako je to tumačenje zaživjelo još prije donošenja novog ZOO-a, odredba koja ga propisuje u novom je ZOO-u doživjela samo neznatne izmjene. Ovim radom želimo potaknuti na razmišljanje o tomu čini li takvo tumačenje navedene odredbe pravičnost trećom (pored odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti) osnovom odgovornosti, posebnim slučajem objektivne odgovornosti ili je to odredba koja samo omogućuje da se, izuzetno, pravila o odgovornosti ne primjenjuju i na naknadu obveže bez postojanja odgovornosti, te trebaju li nam i kakve izmjene ZOO-a u tom smislu. Naime, prosuđivanje suda po načelu pravičnosti nije uvjerenje suda je li u konkretnom slučaju nešto pravično ili nije, već mora kao načelo objektivno postojati i u konkretnom slučaju biti predviđeno zakonom, kako ne bi došlo do pravne nesigurnosti, jer „sud treba da ide jedan korak dalje od zakona, ali ne bez zakona.“<sup>6</sup> U kojoj je mjeri tome zahtjevu u našem pravu udovoljeno, te kakva su iskustva u primjeni zahtjeva pravičnosti u poredbenom odštetnom pravu osnovna su pitanja kojima se bavimo u ovom radu.

1 U ovom ćemo radu prvenstveno razmatrati pravičnost kao "osnovu" odgovornosti, odnosno kao mogućnost da štetnik iako nije deliktno sposoban bude obvezan naknaditi prouzročenu štetu, te kao temelj za umanjenje iznosa naknade štete na koju se može obvezati takav štetnik.

2 DCFR je Komisiji EU-a predstavljen u prosincu 2007. godine. On je rezultat četverogodišnjeg rada Radne grupe za Europski građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i Grupe za istraživanje važećeg europskog privatnog prava (*Research Group on the Existing EC Private Law*), tzv. „*acquis*-grupe“. Očekivano i opravdano, izazvao je veliku pozornost pravne znanosti. O tome više vidi kod Petrić, S., Nacrt zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 30., br. 1., 2009., str. 473.-512. i tamo navedena literatura, ista: Usklađivanje europskog odštetnog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7., Mostar, 2009., str. 121.-139. i tamo navedena literatura.

3 NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99. (dalje: bivši ZOO).

4 Odgovornost po osnovi pravičnosti, čl. 169.:

(1) *U slučaju štete što ju je uzrokovala osoba koja za nju nije odgovorna, a naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad njom, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili djelomično.*

(2) *Ako je štetu uzrokovao maloljetnik sposoban za rasuđivanje koji je ne može naknaditi, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obvezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili djelomično, iako za nju nisu krivi.*

5 Narodne novine 37/05., 41/08. (dalje: ZOO).

6 Vizner, B., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Zagreb, 1978., str. 716.

## 2. ZAHTJEV PRAVIČNOSTI U POREDBENOM ODŠTETNOM PRAVU I DCFR-u

### 2.1. Općenito o zahtjevu pravičnosti u poredbenom pravu

Od suvremenih europskih odštetnopravnih sustava izričito propisanu odgovornost po osnovi pravičnosti imaju, između ostalih, Austrija (§ 1310. ABGB<sup>7</sup>), Belgija (čl. 1386. bis belgijskoga Građanskog zakonika<sup>8</sup>), Njemačka (§ 829. BGB<sup>9</sup>), Švicarska (čl. 54. st. 1. OR<sup>10</sup>), Italija (čl. 2047. CC<sup>11</sup>), Portugal (čl. 499. portugalskoga Građanskog zakonika<sup>12</sup>), Švedska (čl. 2. st. 4. i 5. švedskoga Zakona o štetama<sup>13</sup>), kao i države bivše SFRJ koje pozitivno odštetno pravo i dalje temelje na rješenjima bivšega ZOO-a. I on je predmet rasprava u državama koje takav izuzetak od općih pravila o odgovornosti nemaju izričito propisan.<sup>14</sup>

Odgovornosti po osnovi (zahtjevu) pravičnosti u navedenim nacionalnim pravnim sustavima, zajednička je supsidijarna uloga. Odnosno, da bi se primijenila potrebno je da osoba koja je imala obvezu nadzora nad deliktno nesposobnim štetnikom nije odgovorna ili, premda je odgovorna ne može platiti naknadu jer je insolventna.<sup>15</sup> Iako nemaju u svim sustavima istu "težinu", u obzir se uzimaju slični elementi, od kojih je najbitniji financijska situacija stranaka. Vrlo važna okolnost je i postojanje osiguranja od odgovornosti na strani štetnika. Ali njezino značenje i primjena izazivaju rasprave je li od značaja za utvrđivanje odgovornosti ili samo za visinu naknade, te je li bitno radi li se o dobrovoljnom ili obveznom osiguranju.<sup>16</sup>

7 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* iz 1811., na snazi od 1.1.1812. (JGS 946.).

8 Ovaj je članak u belgijski Građanski zakonik dodan zakonom od 16. travnja 1935. godine. Vidi: Cousy, H., Droshout, D., Belgium, u: Koch, B., A., Koziol, H., (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002., str. 47., r. b. 10.

9 *Bürgerliches Gesetzbuch* od 18.8.1896., RGBl. S. 195.

10 *Schweizerisches Obligationenrecht* iz 1881., na snazi od 1. siječnja 1883.

11 *Codice civile*, G.U. n. 79 i 79 bis, od 4. travnja 1942.

12 Widmer, P., *Comparative Report on Fault as a Basic of Liability and Criterion of Imputation (Attribution)*, u: *Unification of Tort Law: Fault*, Widmer (ed.), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2005., str. 431.

13 *Skadeståndslagen (1972:201)*.

14 **Odgovornost po osnovi pravičnosti pokušala se uvesti i u nizozemski Građanski zakonik 1992.** godine (za djecu mlađu od 14 godina), ali je u parlamentarnoj raspravi ipak ta ideja odbačena u korist uvođenja objektivne odgovornosti roditelja. Martín-Casals, M., *Comparative Report* u: Martín-Casals, M. (ed.), *Children in Tort Law: Childrens As Tortfeasors*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2006., str. 430., r. b. 24.

U španjolskoj pravnoj teoriji, budući da to iz pravnih propisa jasno ne proizlazi, postoje izrazito podijeljena mišljenja o mogućnosti da se deliktno nesposobnu osobu ipak drži odgovornom. Martín-Casals, M., Ribot, J., Solé, J., Spain, u: Koch, B., A., Koziol, H., (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002., str. 286., r. b. 23.

15 Martín-Casals, *Comparative Report*, cit., str. 431., r. b. 25.

16 U europskim su zemljama obiteljska osiguranja od odgovornosti u širokoj primjeni, a

Kada nema osiguranja od odgovornosti, sudovi će uzeti u obzir postoji li gruba nepažnja ili čak namjera na strani štetnika, ekonomsku situaciju štetnika i žrtve, te jesu li šteta ili povreda koju je oštećenik pretrpio pokrivena privatnim ili socijalnim osiguranjem.<sup>17</sup>

## **2.2. Zahtjev pravičnosti u austrijskom, njemačkom i švicarskom odštetnom pravu**

U austrijskom pravu odgovornost na temelju pravičnosti (§ 1310. ABGB-a) može biti uspostavljena ako štetu prouzroče osobe koje općenito ne mogu biti subjekti odgovornosti za štetu (osobe mlađe od 14 godina (§ 153. ABGB) i nebrojive osobe (§§ 21., 1308. i 1310.)). Osobe koje štetu prouzroče u privremenom stanju nebrojivosti mogu odgovarati na temelju krivnje ako su se skrivljeno dovele u to stanje (§ 1307. ABGB). Odgovornost štetnika mlađih od 14 godina i trajno nebrojivih je ograničena čak i kada je njihovo ponašanje skrivljeno. Njihova je odgovornost supsidijarna odgovornosti roditelja i drugih osoba koje su imale obvezu nadzora nad njima (§ 1309. ABGB), a nemarno su je vršile. Maloljetnik ili nebrojiva osoba može biti tužen samo ako: osobe koje su imale obvezu nadzora nad njim nisu povrijedile tu obvezu (postupale su s dužnom pažnjom) ili ako su te osobe odgovorne, ali nisu u mogućnosti oštetiti žrtvu.<sup>18</sup> Nemogućnost dobivanja naknade od primarno odgovorne osobe treba dokazati tužitelj.<sup>19</sup>

S druge strane, čak ako je oštećenik u nemogućnosti dobiti naknadu od primarno odgovorne osobe, maloljetnik, odnosno nebrojiva osoba ipak nije uvijek obvezna naknaditi oštećeniku ukupan iznos štete. Sudac ga može obvezati na naknadu čitavog iznosa, ali i samo pravičnog dijela pretrpljenoga gubitka. Pritom prvenstveno treba razmotriti je li maloljetnik djelovao skrivljeno.<sup>20</sup> Čak i ako nema njegove krivnje, sudac razmatra financijsku poziciju štetnika i oštećenika, uvjerivši se da je štetniku mnogo lakše snositi štetu ili njezin dio nego oštećeniku. Pri tom

---

uobičajeno je da se osigurateljsko pokriće od odgovornosti proteže na bračnog druga i djecu. Tako je npr. u Austriji krajem 2001. godine oko 82% domaćinstava imalo obiteljska pokrića koja uključuju i osiguranje od šteta koju prouzroče djeca, dok je u Nizozemskoj taj postotak čak i nešto viši (između 80 i 90%). Ibid., str. 436., r. b. 48.

17 Ibid., str. 432., r. b. 28.

18 Koziol, H., *Characteristic Features of Austrian Tort Law*, u: Hausmaninger, Koziol, Rabello, Gilead (eds.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, 1999., Springer-Verlag, Wien, New York (dalje: Koziol, *Characteristic Features...*), str. 162.; Koziol, H., **Vogel, K., Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law**, u: Spier, J. (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003., Kluwer Law International, str. 12., r. b. 5 i str. 14., r. b. 12.; Hirsch, S., *Children as Tortfeasors under Austrian Law*, u: Martín-Casals, M. (ed.), *Children in Tort Law: Children As Tortfeasors*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2006., str. 7., r. b. 2, str. 8., r. b. 9.

19 Hirsch, op. cit., str. 24., r. b. 88.

20 Štetnikova bolja financijska situacija, odnosno mogućnost da lakše podnese štetu zamjenjuje jedino krivnju kao pretpostavku odgovornosti, ne i protupravnost, te se zato zahtijeva povreda objektivne dužne pažnje. Ibid., str. 15., r. b. 41.



se u sudskoj praksi ustalilo mišljenje da osiguranje od odgovornosti koje pokriva i štetu, koju prouzroče maloljetnici, čini dio njihove imovine i može opravdati njihovu odgovornost. Ovaj je stav naišao na oštre kritike pravne doktrine.<sup>21</sup>

U jednoj odluci iz 1969. godine<sup>22</sup> austrijski vrhovni sud (OGH) odbio je zahtjev za umanjene naknade na temelju pravičnosti jer je štetnik imao osiguranje od odgovornosti (koje treba smatrati dijelom imovine štetnika). U drugoj odluci, iste godine,<sup>23</sup> ponovio je da se osiguranje od odgovornosti treba smatrati financijskim sredstvom prema § 1310. ABGB, ali je naglasio da sama činjenica da je štetnik pokriven osiguranjem nije dostatna da opravda ustanovljavanje odgovornosti, već jedino utječe na određivanje visine naknade. Kasnijim odlukama, međutim, mijenja svoj restriktivni stav i ustanovljava odgovornost samo na temelju povrede objektivne dužne pažnje i činjenici da je štetnik bio osiguran. Ističe da pri primjeni § 1310. ABGB-a sud ne treba razmatrati samo financijska sredstva stranaka već njihovu "sposobnost snošenja štete". Budući da postojanje osiguranja od odgovornosti povećava sposobnost štetnika snositi štetu i maloljetnik bez imovine može biti odgovoran sve dok naknada ne prelazi iznos osigurane svote. Mišljenje da se zahtjev prema osiguratelju treba smatrati imovinom u smislu § 1310. ABGB-a, postalo je ustanovljena praksa. Njezini kritičari ističu nelogičnost da se pri odlučivanju o odgovornosti razmatra postojanje osiguranja od odgovornosti, budući da je funkcija osigurateljskoga pokrivača pokrivanje već postojeće odgovornosti, a ne obrnuto, uspostava ili proširenje odgovornosti.<sup>24</sup>

U njemačkom BGB-u načelo pravičnosti propisuje § 829., prema kojem u slučaju da štetnik zbog svoje malodobnosti ili neubrojivosti ne može odgovarati za štetu, može biti obvezan tu štetu naknaditi ako to prema okolnostima slučaja zahtijeva pravičnost. Prema mišljenju sudske prakse pri odlučivanju na temelju § 829. u obzir treba uzeti materijalno stanje oštećenika i štetnika. I ovdje se postavlja pitanje može li se osiguranje od odgovornosti smatrati dijelom imovine štetnika. O tomu je njemački vrhovni sud (BGH) u nekoliko navrata mijenjao mišljenje. Prvo je smatrao da je postojanje osiguranja od odgovornosti štetnika relevantna financijska okolnost koja se pri utvrđivanju postojanja odgovornosti štetnika mora uzeti u obzir.<sup>25</sup> Kasnije je zauzeo stav da je ta okolnost relevantna samo za ocjenu visine naknade štete, ali ne i samu odluku o postojanju odgovornosti štetnika.<sup>26</sup> Naposljetku se vratio na početni stav da je relevantna ne samo za visinu naknade već i samo postojanje odgovornosti.<sup>27</sup> U konkretnom se slučaju radilo o naknadi štete u prometnoj nezgodi

21 Koziol, *Characteristic Features...*, cit., str. 162.

22 (1969) Jbl, 503 et seq., cit. prema Hirsch, str. 18., r. b. 59.

23 SZ 45/69, cit. prema *ibid.*, r. b. 60.

24 Pregled odluka i razvoj sudske prakse o problemu uzimanja u obzir osigurateljskog pokrivača, kao i kritika takve prakse vidi kod *ibid.*, str. 18.-19., r. b. 59.-61.

25 BGH (15.01.1957.) u: GBHZ 23, 90,100. Cit. prema: Wagner, G., *Tort Liability and Insurance: German Report*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien, 2005., str. 105., r. b. 59.

26 BGH (16.06.1958.) u: *Versicherungsrecht*, 1958., str. 458. i 487., cit. prema *loc. cit.*

27 BGH (11.11.1994.) u: GBHZ 127, 186., cit. prema *loc. cit.*, r. b. 60.

koju je prouzročila neubrojiva osoba, a BGH je uzeo u obzir da obvezno osiguranje od odgovornosti nema samo cilj zaštititi osiguranika (plaćanjem naknade umjesto njega), već i žrtve. Stoga iako neubrojiva osoba ne može odgovarati za svoja djela, iz razloga pravičnosti za štetu ipak odgovara, odnosno postoji obveza osiguratelja isplatiti naknadu.<sup>28</sup>

Njemački sudovi razmatraju „stupanj krivnje“ na strani tuženika, usprkos činjenici da nije sposoban djelovati skrivljeno i u tu su svrhu uveli pojam „prirodne krivnje“.<sup>29</sup> BGB ne sadrži redukcijsku klauzulu, tj. ne propisuje izričito mogućnost da se pri primjeni načela pravičnosti visina naknade umanji, ali se smatra da će sud ustanoviti odgovornost samo u opsegu u kojem to pravičnost zahtijeva.<sup>30</sup>

U Švicarskoj i sudska praksa i pravna doktrina imaju stav da postojanje osiguranja od odgovornosti treba uzeti u obzir pri odlučivanju o odgovornosti po načelu pravičnosti. Prema odredbi čl. 54. st. 1. OR-a, sud može odlučiti da neubrojiva ili maloljetna osoba, koja je prouzročila štetu, za istu po načelu pravičnosti ipak odgovara. Imovinske prilike stranaka i postojanje osiguranja od odgovornosti štetnika i ovdje mogu imati ključnu ulogu pri odlučivanju o njegovoj odgovornosti za štetu. Savezni vrhovni sud zastupa gledište da se osigurateljsko pokriće od odgovornosti može smatrati dijelom imovine deliktno nesposobne osobe koja je prouzročila štetu ukoliko se ona javlja kao osiguranik, te da osiguranje od odgovornosti predstavlja činjenicu koja opravdava odluku o postojanju odgovornosti za štetu.<sup>31</sup>

### ***2.3. Zahtjev pravičnosti u talijanskom odštetnom pravu***

Prema čl. 2047. st. 2. talijanskog CC-a, naknada štete može se zahtijevati od neubrojivog štetnika ukoliko oštećenik ne može primiti naknadu od osobe koja je pravno odgovorna za radnje štetnika. Ova odredba derogira načelo neodgovornosti neubrojivih osoba propisano čl. 2046. CC-a i smatra se da značajno reducira imunitet djece i osoba nesposobnih za rasuđivanje.<sup>32</sup> U praksi se ta odredba vrlo rijetko primjenjuje.<sup>33</sup> Obuhvaća situacije u kojima se naknada od osoba koja je bila dužna voditi nadzor nad neubrojivim štetnikom ne može dobiti, zbog toga

28 Wagner, op. cit., str. 106., r. b. 60.

29 Wagner, G., *Children as Tortfeasors under German Law*, u: Martín-Casals, M. (ed.), *Children in Tort Law: Childrens As Tortfeasors*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2006., str. 224., r. b. 20.

30 Ibid., str. 223., r. b. 17.

31 Brulhart, V., Chappuis, G., De Maddalena, U., Waldmeier, J., Weber, S., *Switzerland*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien, 2005., str. 183., r. b. 37.

32 Comande, G., Nocco, L., *Children as Tortfeasors under Italian Law*, u: Martín-Casals, M. (ed.), *Children in Tort Law: Childrens As Tortfeasors*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2006., str. 273., r. b. 20.

33 Vidi: Franzoni, M., *L'illecito, Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2004., str. 618., Comande, Nocco, op. cit., str. 271., r. b. 21.

što ona nema sredstava za naknadu štete, jer se oslobodila odgovornosti ili takva osoba uopće ne postoji. Neubrojivi štetnik ne može biti obvezan na plaćanje čitavog iznosa naknade, već samo na pravičnu naknadu ("*equa indemnità*").<sup>34</sup> Tužitelj mora dokazati da od osobe obvezne vršiti nadzor ne može dobiti naknadu. Tužbeni zahtjev prema neubrojivom štetniku ne može biti usvojen sve dok spor s tim osobama nije okončan.<sup>35</sup>

Može li osiguranje od odgovornosti u korist štetnika (neubrojive osobe) utjecati na poboljšanje njegova financijskoga položaja u odnosu na oštećenika, pitanje je na koje sudska praksa još nije dala odgovor. Pravna teorija smatra da talijanski sudovi ne bi oklijevali pri donošenju odluke o postojanju njegove odgovornosti u slučaju da su njegovi postupci pokriveni osiguranjem od odgovornosti.<sup>36</sup>

#### **2.4. Zahtjev pravičnosti u švedskom odštetnom pravu**

Najbolji primjer odštetnog sustava u kojem se općenito pitanje odgovornosti najčešće procjenjuje s obzirom na postojanje osiguranja od te odgovornosti je švedski. To vrijedi i za odgovornost na temelju pravičnosti. Specifičnost je ovog sustava da je uzimanje u obzir postojanja osiguranja od odgovornosti štetnika izričito propisano zakonom.

U švedskom pravu ne postoji propisana dobna granica neodgovornosti djece. Osiguranje pokriva štete koju ona prouzroče čak i kada su djeca premala da bi bila odgovorna za štetu. Upravo pravila o odgovornosti djece ilustriraju tendenciju podjele rizika gubitaka i sklonosti davanju sudu diskrecijske ovlasti da o odgovornosti odluči na razuman način.<sup>37</sup> Bitne elemente odgovornosti po pravičnosti propisuje čl. 2. st. 4. Zakona o štetama koji spominje razumnost, godine i stupanj razvoja maloljetnika, karakteristike štetne radnje, postojanje osiguranja od odgovornosti i materijalno stanje stranaka. Najznačajnije je pitanje je li odgovornost pokrivena osiguranjem od odgovornosti.<sup>38</sup> Sudski sporovi o odgovornosti maloljetnika su vrlo rijetki, ali budući da većina osiguratelja iz pokrića isključuje štete, koje namjerno prouzroče djeca starija od 12 godina, odredbe o odgovornosti djece ipak imaju praktičnu vrijednost. Ponašanje djece procjenjuje se kao ponašanje odrasle osobe u istoj situaciji. Dijete je nemarno postupalo i odgovorno je ako, mjereno objektivnim standardima takvo ponašanje nije bilo razumno, bez obzira na njegovu dob. Zato se odgovornost djeteta (budući da može biti odgovorno bez obzira što nije sposobno razumno djelovati) smatra odgovornošću na temelju pravičnosti. Ali, dob djeteta i njegove individualne

34 Comande, Nocco, op. cit., str. 271., r. b. 21.

35 *ibid.*, str. 274., r. b. 28.

36 Iudica, G., Scarso, P. A., *Tort Liability and Insurance: Italy*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien, 2005., str. 132., r. b. 73.

37 Bengtsson, B., *Children as Tortfeasors under Swedish Law*, u: Martín-Casals, M. (ed.), *Children in Tort Law: Childrens As Tortfeasors*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2006., str. 415., r. b. 1.

38 Što je u većini slučajeva tako, budući da oko 95% švedskih domaćinstava ima osiguranje od odgovornosti koje uključuje i štetu koju počinje djeca. *Loc. cit.*, r. b. 3.

sposobnosti mogu utjecati na iznos naknade (ukoliko ne postoji osiguranje od odgovornosti). U obzir se uzima i činjenica je li šteta žrtve osigurana.<sup>39</sup>

### **2.5. Zahtjev pravičnosti u DCFR-u**

Budući da je prisutna u većini europskih odštetnopravnih sustava, ne čudi činjenica da se pravičnost i u DCFR-u javlja kao mogući izuzetak od primjene općih pravila o odgovornosti u slučaju da je štetu prouzročio deliktan nesposoban štetnik. Prema st. 3. čl. 3:103., VI. knjige<sup>40</sup> DCFR-a, odredbe o neodgovornosti maloljetnika (st. 1. i 2. istoga članka), ne primjenjuju se u slučaju: a) kada oštećena osoba ne može dobiti naknadu od druge osobe i b) kada bi obveza naknade bila pravična s obzirom na financijska sredstva stranaka i sve druge okolnosti slučaja.

Prema st. 1. čl. 5:301., osoba koja je u vrijeme prouzročenja pravno relevantne štete bila neubrojiva,<sup>41</sup> odgovorna je samo ukoliko je to pravično, s obzirom na njena financijska sredstva i sve druge okolnosti slučaja. Njezina je odgovornost ograničena na "razumnu naknadu." Stavak 2. čl. 5:301. neubrojivu osobu definira kao onu koja ne shvaća prirodu svog ponašanja, osim ukoliko je nesposobnost toga shvaćanja privremeni rezultat njenoga vlastitoga skrivljenoga ponašanja.

## **3. ZAHTJEV PRAVIČNOSTI U HRVATSKOM ODŠTETNOM PRAVU**

### **3.1. Općenito**

Bez obzira na to što je bivši ZOO pravičnost u naslovu čl. 169. izričito navodio kao osnovu odgovornosti, većina se komentatora čl. 169. bivšega ZOO-a nije bavila pitanjem predstavlja li pravičnost zaista osnovu odgovornosti za štetu.<sup>42</sup> Uglavnom je samo isticala da se radi o iznimnom odstupanju od primjene postojećih pozitivnih propisa, jer bi njihova primjena bila suprotna prihvaćenim shvaćanjima društva o pravdi i pravičnosti.<sup>43</sup> Jakaša je, međutim, isticao da se tu ne može raditi o posebnoj osnovi odgovornosti, već da se radi o odgovornosti na temelju snošenja rizika, "a pravednost je samo razlog za odstupanje od propisa koji inače u navedenim

39 Loc. cit., r. b. 5.-6.

40 Šesta knjiga DCFR-a odnosi se na izvanugovornu odgovornost za štetu (Non-Contractual liability arising out of damage caused to another) i u njoj sadržani članci započinju brojem VI., nakon kojeg slijedi oznaka poglavlja i broj članka. U daljnjem tekstu kod citiranja ćemo izostaviti broj knjige.

41 DCFR koristi izraz "*mentally incompetent*", čiji bi doslovan prijevod bio mentalna nekompetencija. Smatramo da pojmovi ubrojivost i sposobnost za rasuđivanje, u smislu u kojem se rabe u našem odštetnom pravu, odgovaraju navedenom pojmu.

42 O pravnoj osnovi odgovornosti za štetu vidi: Klarić, P., *Pravna osnova odgovornosti za štetu*, u: *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 1.-177.

43 Vidi: Vizner, op. cit., str. 713., Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF Plus, Zagreb, 1998., str. 235. Isto vrijedi i za komentar uz čl. 1060. novog ZOO-a.

slučajevima dolaze do primjene”.<sup>44</sup> Starija teorija pravičnosti i načelno je odricala svojstvo osnova odgovornosti: “...kao što je nepravedno da u određenim slučajevima štetu konačno snosi sam oštećeni, isto bi tako bilo nepravedno da u pravičnosti nalazimo osnov nečije odgovornosti. Jer, što je u danom trenutku pravično, a što ne, stvar je ocjene suca u parnici u kojoj se rješava o pravu oštećenog koje je već ranije nastalo.”<sup>45</sup> Zakonodavac se pri donošenju novog ZOO-a očito priklonio shvaćanjima da pravičnost ne predstavlja posebnu osnovu odgovornosti pa čl. 1060. čiji je tekst, u odnosu na čl. 169. bivšega ZOO-a neznatno izmijenjen, nosi naziv “Zahtjev pravičnosti”.<sup>46</sup>

U čl. 1060. ZOO priznaje dvije situacije kada se po zahtjevu pravičnosti može neodgovornoga subjekta obvezati da naknadi štetu. Prva je kada je štetu prouzročila osoba koja za nju nije odgovorna, a naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila nad njom dužna voditi nadzor (čl. 1060. st. 1.). Druga je kada štetu prouzroči maloljetnik sposoban za rasuđivanje koji je ne može naknaditi (čl. 1060. st. 2.). Radi se o dvije bitno različite situacije koje je nužno posebno analizirati. U prvoj štetnik nije odgovoran, ali ga se može obvezati na naknadu štete, a u drugoj je štetniku odgovoran ali ne može štetu naknaditi, pa se teret naknade “prebacuje” na njegove roditelje.

### ***3.2. Zahtjev pravičnosti kada je štetu prouzročila deliktno nesposobna osoba***

#### ***3.2.1. Ubrojivost kao pretpostavka deliktne sposobnosti***

U našem odštetnom pravu deliktna sposobnost je neposredna posljedica dvaju elemenata: tjelesne zrelosti (godina) i duševnoga zdravlja. Postoje dvije dobne granice, odnosno granice tjelesne zrelosti kao elementa deliktne sposobnosti. Jedna je 7 godina do koje su fizičke osobe apsolutno nesposobne biti subjektima odgovornosti. Druga je 14 godina, s kojom fizičke osobe stječu deliktnu sposobnost. U dobi od 7 do 14 godina deliktna je nesposobnost oboriva predmnijeva. Drugi element deliktne sposobnosti je duševno zdravlje. Ono se predmnijeva i onaj koji tvrdi da tjelesno zrela osoba nije duševno zdrava i zato nije deliktno sposobna, to mora i dokazati. Budući da se uvijek ocjenjuje s obzirom na neku konkretnu radnju, deliktna sposobnost ima relativan karakter. Jedna osoba može u pogledu neke štetne radnje biti deliktno sposobna, a druge ne.

S obzirom na navedeno, možemo razlikovati dvije kategorije osoba koje ne odgovaraju za štetu:

44 Jakaša, B., Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima, *Naša zakonitost*, br. 6., 1979., str. 84.

45 Tumbri, T., Šteta kao pravni osnov odgovornosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/1976., str. 194.

46 U literaturi se i dalje kod pozivanja na čl. 1060. ZOO-a ponekad govori o odgovornosti na osnovi i na temelju pravičnosti. (Vidi Crnić, I., *Odštetno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2009., str. 59., 60., 68. i 69.).

1. one koje uopće nemaju deliktnu sposobnost (štetnici koji su neubrojivi zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja, maloljetnici do 7 godina te maloljetnici od 7 do 14 godina kojima nije dokazano da su pri prouzročenju štete bili ubrojivi) i

2. štetnici koji inače imaju deliktnu sposobnost (tjelesnu zrelost i duševno zdravlje), ali su štetu prouzročili u stanju trenutne neubrojivosti.

Prva kategorija štetnika ne može biti subjekt odgovornosti za štetu, neovisno o vrsti odgovornosti koja bi se u konkretnom slučaju trebala primijeniti na štetu koju su prouzročili. Za neubrojive zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja moguće je dokazivati da su štetu prouzročili u tzv. svijetlom trenutku, tj. da su za tu konkretnu štetnu radnju u vrijeme njezina izvršenja bili deliktno sposobni.

Druga kategorija štetnika u pravilu odgovara za štetu osim ako ne dokaže da svojom krivnjom nije dospjela u stanje trenutne neubrojivosti.<sup>47</sup> Čak i u situaciji kada uspije to dokazati trebalo bi, smatramo, razlikovati situaciju kada na konkretan odnos odgovornosti treba primijeniti pravila o odgovornosti na temelju krivnje od onih kada bi takav štetnik trebao odgovarati na temelju pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu. Njihova neubrojivost isključuje krivnju kao pretpostavku odgovornosti za štetu, ali smatramo da bi takve osobe, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, mogle odgovarati prema pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu (kao imatelji opasnih stvari ili vršitelji opasne djelatnosti).

U našoj sudskoj praksi,<sup>48</sup> u kojoj se na odluke o odgovornosti neubrojivih štetnika primijenio zahtjev pravičnosti, radilo se o štetnim radnjama (kaznenim djelima) izvršenim klasičnim primjerima opasnih stvari (automatskim oružjem, sjekirom), ali se pitanje njihove eventualne objektivne odgovornosti uopće nije postavljalo. Neubrojivost štetnika (utvrđena u kaznenim postupcima koji su prethodili) u konkretnim je slučajevima djelovala kao razlog isključenja njihove odgovornosti za štetu općenito, a ne samo one na temelju krivnje. Time se, smatramo, nedovoljno naglašava razlikovanje ubrojivosti kao kategorije kaznenog prava i njezine primjene u odlučivanju o kazenoj odgovornosti u odnosu na krivnju pri odlučivanju o građanskopravnoj odgovornosti za štetu.

U kaznenom se pravu ubrojivost shvaća kao sastojak krivnje i biti ubrojav znači biti sposoban biti kriv, pa neubrojiva osoba nije kriva. Njezina radnja ne može predstavljati kazneno djelo i prema njoj se ne može primijeniti nikakva kaznenopravna sankcija. Ocjenu ubrojivosti vrši sud, na temelju psihijatrijskog vještačenja. Kao temelji neubrojivosti priznaju se: duševna bolest, privremena duševna poremećenost, nedovoljni duševni razvitak i druge teže duševne smetnje. Postojanje navedenih temelja nije samo za sebe dostatno da bi isključilo ubrojivost, već je nužno ocijeniti kako je ono djelovalo na mogućnost shvaćanja značenja vlastitog postupanja i vladanja vlastitom voljom i to u odnosu na konkretno kazneno djelo. Ne smatra se neubrojivim počinitelj koji se sam svojom krivnjom doveo u stanje neubrojivosti (samoskrivljena neubrojivost). Podvrsta ubrojivosti je smanjena ubrojivost (shvaćanje značenja svojeg ponašanja i vladanje svojom voljom počinitelju je bilo moguće, ali otežano), koja se u sudskoj praksi javlja mnogo

47 Čl. 1050. st. 2. i 3. ZOO-a.

48 Vidi odluke citirane *infra*.

češće nego li neubrojivost, a zbog koje se počinitelj može blaže kazniti i izreći mu sigurnosna mjera.<sup>49</sup>

Kod građanskopravne odgovornosti za štetu, trenutna neubrojivost također bi trebala značiti samo nesposobnost biti kriv, a ne i nesposobnost općenito biti odgovoran za štetu. Ne vidimo, naime, razlog da se zbog trenutne neubrojivosti štetnik smatra deliktno nesposobnim ukoliko bi bile ispunjene pretpostavke za primjenu pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu.

### **3.2.2. Zahtjev pravičnosti iz čl. 1060. st. 1. ZOO-a u pravnoj teoriji i sudskoj praksi**

*Kad je štetu prouzročila osoba koja za nju nije bila odgovorna, a naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad njom, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a osobito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili djelomično (čl. 1060. st. 1. ZOO).*

Citirana se odredba odnosi na osobe koje ne odgovaraju za štetu, a to su: osoba koja zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje (čl. 1050. st. 1. ZOO), maloljetnici do 7 godina (čl. 1051. st. 1. ZOO), te maloljetnici od 7 do 14 godina kojima nije dokazano da su pri prouzročenju štete bili sposobni za rasuđivanje (čl. 1051. st. 2. ZOO). Za štetu koju prouzroče navedeni štetnici ZOO u odsjeku tri, „Odgovornost za drugog“<sup>49</sup> pronalazi drugog potencijalno odgovornog subjekta. Prema čl. 1055. ZOO-a, za štetu koju prouzroči osoba koja zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje, odgovara onaj koji je na temelju zakona ili odluke nadležnog tijela ili ugovora dužan voditi nadzor nad njom. Ta se osoba može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je obavljala nadzor na koji je obvezana ili da bi šteta nastala i pri brižljivom obavljanju nadzora. Za maloljetne štetnike odgovaraju njihovi roditelji (čl. 1056. ZOO<sup>50</sup>) ili druge osobe (čl. 1058. ZOO<sup>51</sup>).

49 Vidi: Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta, Zagreb, 2007., str. 237.-251.

50 Članak 1056.:

(1) *Roditelji odgovaraju za štetu koju prouzroči drugom njihovo dijete do navršene sedme godine života, bez obzira na svoju krivnju.*

(2) *Oni se oslobađaju odgovornosti ako postoje razlozi za isključenje odgovornosti prema pravilima o odgovornosti bez obzira na krivnju.*

(3) *Oni ne odgovaraju ako je šteta nastala dok je dijete bilo povjereno drugoj osobi i ako je ta osoba odgovorna za štetu.*

(4) *Roditelji odgovaraju za štetu što je prouzroči drugom njihovo maloljetno dijete koje je navršilo sedam godina života, osim ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivnje.*

51 Članak 1058.:

(1) *Za štetu koju drugome prouzroči maloljetnik dok je pod nadzorom skrbnika, škole ili druge ustanove odgovara skrbnik, škola, odnosno druga ustanova, osim ako dokažu da su nadzor obavljali na način na koji su obvezani ili da bi šteta nastala i pri brižljivom obavljanju nadzora.*

(2) *Ako za štetu odgovara i maloljetnik, odgovornost je solidarna.*

Iako se odredba o zahtjevu pravičnosti nalazi u odsjeku koji regulira odgovornost za drugog,<sup>52</sup> prema mišljenju sudske prakse, zahtjev pravičnosti ima puno širu primjenu. Naime, u više je sudskih odluka<sup>53</sup> izraženo mišljenje, koje naša pravna teorija do sada nije potvrdila, ali ni kritizirala, da se čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a može primijeniti i u slučajevima kada osobe dužne za vođenje nadzora nad štetnikom nema (dakle, nema “prvog”, primarno odgovornog). U skladu s tim mišljenjem, naši bi sudovi u svakom slučaju kada je štetu prouzročio nebrojivi štetnik, trebali razmotriti ima li mjesta primjeni čl. 1060. st. 1. ZOO-a (odnosno čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a, ako se radi o šteti nastaloj u vrijeme njegova važenja). Vrhovni sud Republike Hrvatske u obrazloženju Rev 740/1993-2 od 25. siječnja 1995. godine, navodi da primjeni odredbe čl. 169. st. 1. “ima mjesta kako u situaciji kada se naknada ne može dobiti od osobe koja bi bila dužna voditi nadzor nad štetnikom koji je uzrokovao štetu za koju nije odgovoran tako i u situaciji kada takva osoba ne postoji.”<sup>54</sup> Ovo je mišljenje zaživjelo u sudskoj praksi pa je u Rev 327/06-

52 Glava IX, Odjeljak 1., Odsjek 3.

53 Vidi: VSRH, Rev 740-1993-2 od 25.01.1995. g., VSRH, Rev 327/06-2, od 16.05.2006. g., VSRH, Rev 599/07-2, od 06.06.2007. g., Rješenje Županijskog suda u Zlataru, Gž-2077/07-2, od 17.12.2008. g., odluke detaljnije komentirane *infra*.

54 Radilo se o kazenom djelu ubojstva koje je počinio štetnik u potpunosti nesposoban za rasuđivanje, a koji je u međuvremenu umro i za naknadu štete su tuženi njegovi nasljednici. U prvostupanjskom je postupku utvrđeno, a u drugostupanjskom ocijenjeno pravilno utvrđenim da su “kronični alkoholizam s psihoorganskim sindromom i alkoholičarskom spihozom ljubomore dugotrajni procesi koji imaju karakter trajne duševne bolesti, dok je aktualna intoksikacija alkoholom bila prolazne naravi”. Stoga štetnik trajno nije bio sposoban za rasuđivanje i nije odgovoran u smislu odredbe čl. 159. st. 1. ZOO, a ne radi se o šteti prouzročenoj u stanju prolazne nesposobnosti za rasuđivanje (i primjeni st. 2. istoga članka). Budući da nižestupanjski sudovi nisu utvrdili odlučne činjenice za primjenu čl. 169. st. 1. ZOO Vrhovni je sud njihove presude ukinuo i predmet vratio sudu prvog stupnja na ponovno suđenje. Presuda dostupna na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

Ovaj je slučaj posebno zanimljiv iz razloga što su za naknadu štete tuženi nasljednici štetnika, budući da je on u međuvremenu umro, pa se može postaviti i pitanje treba li za primjenu odgovornosti po osnovi pravičnosti (čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a) kod procjene materijalnog stanja štetnika uzeti u obzir samo materijalno stanje preminulog štetnika ili i materijalno stanje njegovih nasljednika, budući da će oni biti ti koji će naknadu, u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva trebati platiti. Njihova je odgovornost, naravno, ograničena do visine vrijednosti naslijeđene imovine, ali treba uzeti u obzir da sud kod procjene materijalne situacije sada već pokojnog štetnika (kojem više ništa od njegovih materijalnih dobara ne treba) može gotovo sve što je za njim ostalo smatrati “raspoloživim za plaćanje naknade”, te odlučiti u korist tužitelja, čak i onda kada su oni puno boljeg materijalnog stanja od štetnikovih nasljednika. Kada je riječ o situaciji u kojoj je štetnik bio odgovoran, nije sporno da njegovi nasljednici odgovaraju, ali kada se radi o naknadi štete “bez odgovornosti”, tj. primjeni zahtjeva pravičnosti kao izuzetka, trebalo bi imati u vidu i to da zbog nekih specifičnosti konkretnog slučaja primjena zahtjeva pravičnosti može biti “nepravična”.



2 od 16. svibnja 2006. godine<sup>55</sup> i Rev 599/07-2 od 6. lipnja 2007. godine,<sup>56</sup> Vrhovni sud revizije odbio kao neosnovane i prihvatio utvrđenja nižestupajnskih sudova o primjeni čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a. Niti u jednom od navedenih slučajeva nije postojala treća, primarno odgovorna osoba. Sudovi su, uzевši u obzir okolnosti slučajeva, a prvenstveno materijalne prilike oštećenika i štetnika, štetnike obvezali na naknadu štete, iako su štetu prouzročili u stanju neubroјivosti i za istu stoga ne mogu biti odgovorni. Nažalost, iz samog teksta navedenih odluka Vrhovnog suda nije jasno predstavljaju li iznosi usvojenih tužbenih zahtjeva potpunu ili djelomičnu naknadu štete. Odnosno jesu li nižestupajnski sudovi iskoristili mogućnost da u slučaju primjene zahtjeva pravičnosti ne dosude čitavi, već se ograniče na djelomičan iznos naknade.

Budući da je zahtjev pravičnosti, (odnosno odgovornost po osnovi pravičnosti, iz bivšeg ZOO-a) već desetljećima propisan kao izuzetak kod odgovornosti za drugoga, ne čudi nas činjenica da u našoj pravnoj teoriji nismo naišli na rasprave o tomu može li se primijeniti i kada tog drugog nema, dakle na svakog deliktно nesposobnog štetnika. Ipak se, prema načinu na koji se čl. 169. st. 1., bivšeg i čl. 1060. st. 1. novog ZOO-a komentirao, može zaključiti da je pravna teorija bila sklona puno užem tumačenju od ovog koje zastupa sudska praksa.<sup>57</sup>

Iako to u praksi do sada nije izazvalo nedoumica, smatramo potrebnim naglasiti da je formulacija *kad je štetu prouzročila osoba koja za nju nije bila odgovorna*, vrlo neprecizna. Ovdje se radi samo u slučajevima kada štetnik nije odgovoran zbog deliktne nesposobnosti, dok se drugi slučajevi neodgovornosti štetnika ne mogu podvesti pod zahtjev pravičnosti. Naime, ukoliko se zahtjev pravičnosti zaista treba primijeniti, bez obzira postoji li osoba koja je bila dužna voditi nadzor nad štetnikom, može se postaviti i pitanje njegove primjene i u drugim slučajevima neodgovornosti štetnika. Bez dijela odredbe koji se odnosi na osobu koja je bila dužna voditi nadzor st. 1. čl. 1060. ZOO bi glasilo: *Kad je štetu prouzročila osoba koja za nju nije bila odgovorna, (...), sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a osobito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili djelomično*. Kao što u konkretnom slučaju može biti nepravično da bez naknade ostane oštećenik, kojem je štetu nanio deliktно nesposoban štetnik, može biti nepravično i da bez naknade ostane oštećenik u nekom drugom slučaju zakonskog

55 U ovom je slučaju “tuženik u stanju sumanutosti nesposoban shvatiti značenje svog djela u vrtu kuće automatskom puškom počeo pucati u njenom smjeru i smjeru njezinog supruga koji se nalazio s njom, pri čemu je suprug tužiteljice nakon 10 dana umro, a tužiteljica je pretrpjela teške tjelesne povrede.” Nižestupajnski sudovi tuženika su obvezali na naknadu imovinske i neimovinske štete, imajući posebno na umu materijalno stanje štetnika kao suvlasnika nekretnina i materijalno stanje oštećene. Presuda dostupna na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

56 Tuženik je u stanju neubroјivosti sjekirom napao svoju snahu dok je spavala i zadao joj niz teških, po život opasnih ozljeda. Tužbeni zahtjev tužiteljice (djelomično) je usvojen primjenom čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a, pri čemu je posebno uzeta u obzir činjenica da je štetnik vlasnik, odnosno suvlasnik velikoga broja nekretnina, dok je tužiteljica bez prihoda, prima pomoć za uzdržavanje, a utvrđeno joj je tjelesno oštećenje od 90%. Presuda dostupna na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

57 Vidi infra.

isključenja štetnikove odgovornosti (nužna obrana, stanje nužde, otklanjanje štete od drugoga (čl. 1052. ZOO), dopuštena samopomoć (čl. 1053. ZOO), pristanak oštećenika (čl. 1054. ZOO)).

U najužem tumačenju dio odredbe *naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad njom* odnosio bi se samo na situaciju kada je osoba koja je bila dužna voditi nadzor nad štetnikom u konkretnom slučaju odgovorna, ali se od nje naknada ne može dobiti. Ovakvom, najužem tumačenju, čini se da je bio sklon Vizner kada je navodio da se radi o slučaju kada se “naknada za štetu ne može dobiti od, inače, za štetu odgovorne osobe koja je zadužena za vođenje nadzora nad štetnikom nesposobnim za rasuđivanje,”<sup>58</sup> odnosno da je to “mogućnost prebacivanja dužnosti naknade... od za štetu odgovornih osoba na za štetu neodgovornog štetnika, a s obzirom na ove postojeće okolnosti: s jedne strane, postoji faktički štetnik koji je zbog svoje nesposobnosti za rasuđivanje neodgovoran... i koji je u odnosu na oštećenika u boljem materijalnom stanju, dok, s druge strane, postoji voditelj nadzora nad ovim deliktno nesposobnim faktičnim štetnikom koji je po zakonu odgovoran za štetu...”<sup>59</sup> I Gorenc kao svrhu čl. 169. ZOO-a navodi „prebacivanje odgovornosti za štetu s jedne osobe na drugu“.<sup>60</sup> Nadalje, navodi da je može li se naknada dobiti od osobe koja je dužna voditi nadzor nad neodgovornom osobom faktično pitanje, te da će sud redovito neodgovornu osobu osuditi na naknadu štete u prilikama kada odgovorna osoba nema ili nema dovoljno imovine iz koje bi se mogao prisilno namiriti oštećenik.<sup>61</sup> Iako se o tomu izričito ne izjašnjava, čini se da možemo zaključiti da ni ovaj autor pod čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO-a nije podveo situaciju u kojoj ne postoji osoba dužna voditi nadzor nad štetnikom, pa ni onu u kojoj takva osoba postoji, ali u konkretnom slučaju nije odgovorna. Već samo onu u kojoj postoji i u konkretnom je slučaju odgovorna za štetu, ali se od nje naknada ne može dobiti. U komentaru uz čl. 1060. novog ZOO-a<sup>62</sup> izostavljen je upravo citirani dio da je mogućnost dobivanja naknade od osobe dužne voditi nadzor nad štetnikom faktično pitanje, te se kao pretpostavka za primjenu odgovornosti po zahtjevu pravičnosti navodi da oštećenik naknadu ne može dobiti od odgovorne osobe, bez dodatnih objašnjenja kada je ta pretpostavka ispunjena. U detaljnije rasprave o pretpostavkama za primjenu zahtjeva pravičnosti ne upuštaju se ni Klarić, Vedriš, koji navode samo da za štetu iznimno može odgovarati i deliktno nesposobna osoba, te da je to slučaj „kad se naknada ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad njom, a sud nađe, uzimajući u obzir materijalno stanje štetnika i oštećenika, da je to zahtjev pravičnosti.“<sup>63</sup>

58 Vizner, op. cit., str. 713.

59 Ibid., str. 714.

60 Gorenc, *Komentar (1998)*, str. 235.

61 Ibid., str. 236.

62 Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF Plus, Zagreb, 2005.*, str. 1639.

63 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006.*, str. 586.

Druga je krajnost ovo tumačenje sudske prakse prema kojem zahtjev pravičnosti pokriva i situaciju kada se naknada ne može dobiti iz razloga što takva osoba niti ne postoji. Između ovih dviju krajnosti nalaze se situacije u kojima se osoba koja je bila dužna voditi nadzor uspjela osloboditi odgovornosti (roditelji koji su uspjeli dokazati razloge isključenja od objektivne odgovornosti za dijete do 7 godina, roditelji koji su uspjeli dokazati da je šteta nastala bez njihove krivnje (za dijete od 7 do 14 godina), treće osobe koje su dokazale da su vršile nadzor onako kako su bile obvezane ili da bi šteta nastala i pri brižljivom obavljanju nadzora).

Potrebno je, međutim, naglasiti da dio odredbe *naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad njom* u sebi sadrži i jedan, po nama bitan razlikovni element između dviju skupina neodgovornih štetnika. Ukoliko se radi o štetniku nad kojim je trebalo voditi nadzor jasno je da su to štetnici bez deliktne sposobnosti, za razliku od trenutno neubrojivih štetnika. Ako je nad štetnikom trebalo voditi nadzor, a on nije vođen, treba postaviti pitanje i eventualne odgovornosti nekog trećeg, države, odnosno njezinih tijela koja su im trebala odrediti nadzor, a nisu.<sup>64</sup>

Na odgovornost štetnika, koji štetu počini u stanju trenutne neubrojivosti primjenjuje se čl. 1050. st. 2. i 3. ZOO-a, prema kojima za istu takav štetnik odgovara, osim ako dokaže da nije svojom krivnjom dospio u to stanje. Ako je u to stanje dospio tuđom krivnjom, za štetu odgovara onaj koji ga je doveo u to stanje. I kod trenutno neubrojivih štetnika moguća je situacija u kojoj oni ne odgovaraju (dokažu da nisu svojom krivnjom dovedeni u stanje trenutne neubrojivosti), a ne odgovara ni treća osoba ili se od nje naknada ne može dobiti (u stanje trenutne neubrojivosti štetnik nije doveden ničijom krivnjom, ostane nepoznato tko ga je doveo u to stanje, taj koji ga je doveo u to stanje odgovoran je, ali ne može naknaditi štetu), pa se zato i tada može postaviti pitanje primjene zahtjeva pravičnosti. Ovdje, međutim, prethodno treba isključiti mogućnost da za štetu odgovara sam štetnik jer je svojom krivnjom dospio u stanje trenutne neubrojivosti ili onaj koji ga je u to stanje doveo, ali i mogućnost primjene pravila o objektivnoj odgovornosti štetnika. Trenutna neubrojivost, kako smo već naveli, ne bi smjela djelovati na štetnikovu deliktnu sposobnost, već samo na sposobnost odgovarati na temelju krivnje. I sam ZOO ga primarno drži odgovornim za štetu koju prouzroči u takvom stanju.

Tek ako i kada se potpuno isključi primjena općih pravila o odgovornosti štetnika, zahtjev pravičnosti može nas "vratiti" na samog štetnika kao osobu koju se može obvezati naknaditi štetu, iako za nju nije odgovorna.

64 Ovaj problem, svakako, prelazi okvire ovoga rada i odštetnog prava uopće, ali svjedoci smo niza teških kaznena djela čiji su počinitelji osobe koje su trebale biti pod nadzorom, a nisu to bile i jasno je da se u takvim slučajevima postavlja pitanje tko je (su)odgovoran za štetu koju su počinili.

### **3.3. Zahtjev pravičnosti kada je štetu prouzročio maloljetnik koji je za nju odgovoran, ali je ne može naknaditi (čl. 1060. st. 2.)**

*Ako je štetu prouzročio maloljetnik sposoban za rasuđivanje koji je ne može nadoknaditi, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a osobito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obvezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili djelomično, iako za nju nisu krivi (čl. 1060. st. 2. ZOO).*

Kao što je već naglašeno, ovo je situacija u kojoj se zahtjevom pravičnosti nastoji spriječiti da oštećenik, iako je štetnik maloljetnik odgovoran za štetu, ostane bez naknade jer istu ne može naknaditi. Sud obvezu naknade, kad to pravičnost zahtijeva, a osobito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, može "prebaciti" na roditelje, iako oni za štetu nisu odgovorni. Radi se o maloljetnicima od 7 do 14 godina kojima je dokazano da su pri prouzročenju štete bili sposobni za rasuđivanje (čl. 1051. st. 2. ZOO) i maloljetnicima od 14 do 18 godina čija je odgovornost utvrđena općim pravilima o odgovornosti (čl. 1051. st. 3. ZOO) i to za štetne radnje za koje su se roditelji uspjeli osloboditi odgovornosti (dokazati da je šteta nastala bez njihove krivnje (čl. 1056. st. 4. ZOO)). To što, iako nisu odgovorni, mogu biti obvezani naknaditi štetu koju prouzroči njihovo (odgovorno) dijete izuzetak je od pravila da za štetu odgovara onaj koji je za nju odgovoran.

Iako se u ovom slučaju, također, radi o teretu naknade koji snosi onaj koji za štetu nije odgovoran, u usporedbi s ranijim on je manje sporan. Dok se u prvom slučaju obveza naknade nameće (i) u slučajevima kada nema ničije odgovornosti, u ovom odgovornost štetnika postoji, a obveza naknade se "prebacuje" na za njega inače odgovornu osobu. Upravo je usporedbom ovih dviju situacija mnogo lakše braniti mišljenje da bi čl. 1060. st. 1. trebalo uže tumačiti. Tada bi se u obje situacije radilo, o kako se u teoriji isticalo „prebacivanju odgovornosti“.

Ovaj izuzetak, dakle, ipak predstavlja nešto manje odstupanje od općeg pravila, budući da roditelji odgovaraju za štete koje počine njihova maloljetna djeca starija od 7 godina po načelu presumirane krivnje. Zahtjev pravičnosti u ovom slučaju djeluje kao faktor objektiviziranja odgovornosti roditelja. On roditeljima odgovornog djeteta, koje ne može naknaditi štetu, dokazivanje da za štetu nisu krivi samo na prvi pogled čini bespredmetnim. Naime, kako se prema zahtjevu pravičnosti oni mogu obvezati na potpunu, ali i samo djelomičnu naknadu, ipak je za njih povoljnije da se oslobode odgovornosti dokazavši da nisu krivi (budući da u suprotnom odgovaraju za potpunu naknadu). Za razliku od poredbenog prava, kod nas su osiguranja od odgovornosti koja pokrivaju štete što ih prouzroče maloljetnici (kao i općenito osiguranja od odgovornosti izvan kruga obveznih osiguranja), nažalost izuzetno rijetka i za teret takvih šteta jedini alternativni izvor naknada je imovina roditelja.

#### **4. ZAKLJUČNE NAPOMENE I PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA**

Pri određivanju polja i dosega primjene zahtjeva pravičnosti, svakako bi nam mogla biti korisna iskustva poredbenoga prava. Ideja, da kada bi oštećenik trebao ostati bez naknade jer štetnik nema deliktne sposobnosti, a ne postoji ni mogućnost da štetu naknadi od za takvog štetnika odgovorne osobe, treba razmotriti mogućnost da se iz razloga pravičnosti i neodgovornog štetnika obveže na naknadu, opće je prihvaćena. Deliktnu sposobnost kao pretpostavku odgovornosti u takvim situacijama može „zamijeniti“ nejednak materijalni položaj štetnika i oštećenika. Primarno je cilj oštećeniku osigurati izvor naknade, dok samo pitanje odgovornosti štetnika ima sve manju ulogu. Upravo je takav pristup u poredbenom pravu doveo do toga da se čak i pokriće od odgovornosti smatra dijelom imovine deliktne osobe, pa on može odgovarati (i) samo zato što je njegova odgovornost pokrivena osiguranjem. Takva praksa vrijeđa osnovno načelo osiguranja od odgovornosti, čija je svrha pokriće, a ne uspostava odgovornosti, a to je načelo odvojivosti (odgovornost se utvrđuje neovisno o postojanju osigurateljskog pokrića, obveza osiguratelja nastaje tek kada se utvrdi postojanje odgovornosti. U našem pravu taj problem nije izražen zbog činjenice slabo prisutnog osiguranja od odgovornosti izvan onih obveznih. Ono zbog čega ga ističemo je to što ovakav pristup pravičnosti u biti čini posebnom osnovom odgovornosti, koja ne samo da isključuje primjenu općih pravila odštetnog prava, već i osnovnih načela prava osiguranja.

Činjenica da se čl. 1060. st. 1. ZOO-a nalazi u sklopu odredbi koje reguliraju odgovornost za drugog, kao i sam tekst navedene odredbe, ne daje izričito uporište za širinu njezine primjena koju joj priznaje naša sudska praksa. To, međutim, ne znači da o mogućnosti primjene zahtjeva pravičnosti i izvan tim člankom određenih okvira ne treba raspravljati. Štoviše, čini nam se da s pozicije oštećenika koji pretrpi štetu, a ne može dobiti naknadu zbog deliktne nesposobnosti štetnika, presudnu ulogu ne bi trebala igrati činjenica postoji li netko tko može odgovarati za štetu koju ovaj prouzroči i može li se od takve osobe naknada zaista i dobiti. U situacijama u kojima su sve druge pretpostavke primjene zahtjeva pravičnosti bile ispunjene (osobito razlika u materijalnom stanju štetnika i oštećenika) i isključivo bi činjenica da nad neubrojivim štetnikom nitko nije bio dužan voditi nadzor bila presudna za ostavljanje tereta štete na oštećeniku, bilo je opravdano posegnuti za nešto širim tumačenjem ove pravne norme. Ipak, smatramo da je mogućnost obvezivanja neodgovornog štetnika da potpuno ili djelomično naknadi štetu mnogo bolje propisati i općom odredbom (bez spominjanja trećeg, primarno odgovornog), koja ne bi izazivala nedoumice o mogućnosti njezine primjene.

Zahtjev pravičnosti kao mogućnost da se osobu koja za štetu nije odgovorna ipak obveže da je potpuno ili djelomično naknadi treba biti dio čl. 1050. ZOO-a koji propisuje osobe koje ne odgovaraju za štetu. Tom bi članku trebalo dodati odredbe kada sud, ako to pravičnost zahtijeva, može i deliktne osobe odgovorne za štetu osigurati da štetu u potpunosti ili djelomično naknadi. Bilo bi korisno i detaljnije odrediti pretpostavke primjene toga zahtjeva (koje sve okolnosti treba uzeti u obzir),

te izričito propisati primjenjuje li se i na odgovornost štetnika koji štetu prouzroči u stanju trenutne neubrojivosti (što je naša sudska praksa i bez izričitog uporišta u zakonu prihvatila). Mišljenja smo da u većini takvih slučajeva, pozivanje na zahtjev pravičnosti neće biti nužno jer takvi štetnici, iako ne mogu biti krivi (odgovarati na temelju pravila o subjektivnoj odgovornosti za štetu), mogu biti odgovorni na temelju pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu, a štetu u pravilu počine "opasnim stvarima". Široko ostavljena mogućnost primjene pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu nastalu od opasne stvari ili djelatnosti, treba biti iskorištena prije posezanja za zahtjevom pravičnosti. Taj zahtjev, kao izuzetak koji isključuje primjenu pravila o odgovornosti treba kao takav restriktivno tumačiti i primjenjivati tek ako i kada bi oštećenik njihovom primjenom ostao bez naknade. Pravičnost nije i ne može biti osnova nečije odgovornosti, već samo razlog za neprimjenu pravila o odgovornosti i to isključivo u zakonom propisanim situacijama i određenim pretpostavkama. Zato zahtjev pravičnosti nije poseban slučaj odgovornosti, već samo zakonom ostavljena mogućnost sudu da u određenim slučajevima, zbog zaštite interesa oštećenika, pravila o odgovornosti ne primijeni i donese odluku kojom će štetnika, iako nije deliktan sposoban, pa time ni odgovoran, obvezati naknaditi štetu.

## Summary

### **THE PRINCIPLE OF EQUITY AS A BASIS FOR OBLIGATION TO COMPENSATE THE DAMAGE WITHOUT BEING LIABLE TO DO SO**

The article presents an overview of conditions prescribed in Croatian and comparative law on compensation for damages according to which an obligation to redress the damage can be imposed on the individual although he or she is not liable for it. Such extraordinary situations where implementation of the equity principle excludes implementation of the general rules governing the liability for damages are prescribed very generally in most compensatory legal systems (as well as in the DCFR). Due to that fact, only the court practice can answer the question on incidence and extent of the equity principle implementation. The first part of the article deals with comparative law provisions prescribing the equity principle (the Austrian, German, Swiss, Italian and Swedish law) and provisions of the DCFR. The following chapters are dedicated to the rules prescribed by the Civil Obligations Act (previously and currently in force) as well as to Croatian court practice. According to the author, the focus has been moved from the liability for damages to the actual possibility of receiving compensation for damage and balance of (property) interests of the injured party and the party causing damage.

*Key words:* liability for damages, liability for delicts, mental capacity, equity.

## Zusammenfassung

### **DER BILLIGKEITSANSPRUCH ALS GRUNDLAGE DER SCHADENSERSATZPFLICHT OHNE HAFTUNG**

Die vorliegende Arbeit analysiert die Voraussetzungen unter welchen eine Person die Schadensersatzpflicht für einen nicht von ihr verursachten Schaden übernimmt. Diese komparative Analyse wird im vergleichenden und im nationalen Recht durchgeführt. Es wird deutlich, dass die meisten Schadensersatzsysteme (einschließlich Entwurfes eines gemeinsamen Referenzrahmens: EGRR) generelle Bestimmungen über solche Ausnahmen beinhalten, bei denen Bezug auf Billigkeit genommen wird und bei welchen es zur Ausschließung von allgemeinen Regeln zur Schadenshaftung kommt. Über den eigentlichen Umfang der Anwendung vom Billigkeitsanspruch ist daher aus der Rechtsprechung zu schließen. Zuerst werden Erkenntnisse aus dem komparativen (österreichischem, deutschem, schweizerischem und italienischem) Recht dargestellt. Danach werden die Bestimmungen zum Billigkeitsanspruch aus EGRR und die Bestimmungen aus dem kroatischen Gesetz über die Schuldverhältnisse (sowohl aus dem ehemaligen, als auch aus dem neuen)

und letztendlich die kroatische Rechtssprechung kritisch unter die Lupe genommen. Wie hervorgehoben, wird der Schwerpunkt von der Schadenshaftung vielmehr auf die wahre Möglichkeit des Aufkommens für den Schaden und des (Vermögens) Gleichgewichtes zwischen den Interessen des Geschädigten und des Schädigers gesetzt.

***Schlüsselwörter:** Schadenshaftung, deliktische Haftung, Zurechnungsfähigkeit, Billigkeit.*

### Riassunto

## **REQUISITO DI EQUITÀ QUALE FONDAMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DI RISARCIMENTO DEL DANNO SENZA RESPONSABILITÀ**

Nel lavoro si offre una panoramica comparata dei presupposti in base ai quali al risarcimento del danno può essere tenuto anche un soggetto che non è responsabile del medesimo. Tali situazioni straordinarie, nelle quali oltre ad invocare il principio di equità, viene esclusa l'applicazione delle regole generali in materia di responsabilità civile, sono previste nella maggiore parte degli ordinamenti (anche nel *DCFR*) anche se sotto forma di disposizioni dal carattere molto generico. Sicché soltanto attraverso l'analisi della prassi giurisprudenziale si può rispondere alla domanda circa la reale applicazione del requisito di equità. In primo luogo, si prendono in esame le esperienze del diritto comparato (austriaco, tedesco, svizzero, italiano e svedese), come pure le disposizioni sull'equità di cui nel *DCFR*; successivamente, vengono esaminate le disposizioni dello ZOO (tanto quelle abrogate, quanto quelle vigenti), come anche la nostra giurisprudenza. Si segnala lo spostamento del baricentro dalla questione della responsabilità alla questione della reale possibilità di attuazione e di equilibrio degli interessi (patrimoniali) del danneggiato e dell'autore dell'illecito.

***Parole chiave:** responsabilità per danni, capacità delittuale, capacità naturale, equità.*



## PROCJENA STUPNJA RIZIKA POREZNIH SAVJETNIKA U SUSTAVU SPRJEČAVANJA PRANJA NOVCA

Dr. sc. Sonja Cindori, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 343.359  
Ur.: 14. srpnja 2010.  
Pr.: 24. studenoga 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U ovom se članku obrađuje problematika utvrđivanja stupnja rizika temeljem kojeg porezni savjetnici sudjeluju u provođenju mjera prevencije pranja novca i financiranja terorizma. Iznosi se povijesni prikaz razvoja mjesta i uloge poreznih savjetnika u međunarodnim standardima koji su svoje mjesto pronašli i u domaćem zakonodavstvu.*

*Konkretna procjena rizika poreznih savjetnika koja ukazuje na niski rizik poreznih savjetnika u sustavu prevencije pranja novca izložena je komparativnom analizom prijava sumnjivih transakcija poreznih savjetnika u Republici Hrvatskoj i 13 zemalja u okruženju. Kao potvrda njihovoga zakonskoga tretmana detaljno je obrađena danas važeća zakonska regulativa sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma kojom se Republika Hrvatska u potpunosti usklađuje s međunarodnim standardima.*

**Ključne riječi:** porezni savjetnik, pranje novca, rizik, prevencija, poslovna tajna.

### **UVOD**

Pranje novca kao pojava modernoga doba razvijala se postupno prevencijom njezina nastupa i tretiranja kompleksnih posljedica. Na isti se način razvijala i svijest o nužnosti širokog obuhvata zakonskih odredaba koje zahtijevaju poseban tretman na svim razinama financijske i nefinancijske djelatnosti.

Pojam "pranje novca" odnosi se na sve vrste „postkriminalnih aktivnosti usmjerenih na prikrivanje imovinske koristi ili vrijednosti stečene na nezakoniti način“<sup>1</sup>, ulaganjem u financijski i nefinancijski sustav, s krajnjim ciljem njegova ozakonjenja.

1 Meštrović, D., (2002), Legalizacija nelegalno stečenog kapitala, Zagreb, Policija i sigurnost 11(2002), 1-3, str. 147.

Razvojem metoda i tehnika pranja novca razvijala se i svijest o veličini problema i njegovih posljedica. Sustav prevencije pranja novca prvotno je bio usmjeren na specifičnost bankarskoga poslovanja zbog toga što je financijski sektor bio prvi na udaru kriminalnog miljea. Prilagođavajući se novonastalim promjenama perači novca traže alternativne putove ozakonjenja nezakonito stečenih prihoda.

Sumnjive i nelogične transakcije provedene preko nefinancijskih institucija preuzimaju novu ulogu u značaju prevencije pranja novca zbog čega se međunarodna i domaća legislativa sve više usmjerava na slobodne profesije i struke kao što su odvjetnici, revizori, javni bilježnici i porezni savjetnici. U tom su okruženju porezni savjetnici, kao dio sve rizičnijeg nefinancijskog sektora, pronašli svoje mjesto u legislativi koja polako zaokružuje cjeloviti i vrlo kompleksan sustav sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma.

## ***1. MEĐUNARODNI STANDARDI***

Od začetaka pranja novca u vrijeme Al Caponea pa do prvih međunarodnih konvencija<sup>2</sup> koje pristupaju problematici pranja novca u međunarodnim okvirima, metode i tehnike pranja novca rapidno su se mijenjale.

### ***Direktiva Europske unije 91/308/EEC***

Kao odgovor na zabrinjavajuće pojave u području pranja novca koje narušavaju stabilnost i ugled financijskog sektora te zlouporabu slobode kretanja kapitala i pružanja financijskih usluga, Direktiva 91/308/EEC (u nastavku teksta: Prva direktiva) zahtijevala je zabranu pranja novca i nametanje obveze propisivanja i provođenja mjera sprječavanja pranja novca prvenstveno financijskom<sup>3</sup> sektoru. Time je prepoznata ključna uloga financijskih institucija u otkrivanju i sprječavanju pranja novca.

S druge strane, opis nefinancijskog sektora vrlo je elastičan, a njihova uključenost u sustav prevencije pranja novca pojavljuje se vrlo šturo u članku 12. Prve direktive koji ih opisuje kao „zvanja i određene vrste poslova posebno pogodnih za pranje novca“. Svojom strukturom Prva direktiva sadrži Preporuke FATF-a<sup>4</sup> u odnosu na široki krug kreditnih i financijskih institucija te definira posebnost njihovih obveza.

2 Prva konvencija koja je posredno pristupila definiciji pranja novca bila je Konvencija Ujedinjenih naroda protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih tvari (1988), a neposredno se pranju novca posvetila Konvencija Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog kaznenim djelom (1990) te Konvencija Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog kaznenim djelom i o financiranju terorizma (2005).

3 Vidjeti više u **Hopton, D.**, *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, Hampshire, England, Gower Publishing Company, 2006.

4 Skupina za financijsku akciju protiv pranja novca, naziva se još i GAFI (**Le Groupe d'Action financière**).

## **FATF**

Kako su se države sve više približavale uređivanju tradicionalnoga financijskog sektora, FATF je uočio alternativne načine pranja novca kao što su “*shell tvrtke*”, elektronski prijenos novca i nebankarske financijske institucije, što dokazuje da više ne postoji područje koje nije pogodno za pranje novca.

Osnovni je cilj FATF-a uspostava međunarodnih standarda i globalne akcije u suzbijanju pranja novca i financiranja terorizma na nacionalnoj i međunarodnoj razini. U okviru svog djelovanja donosi Preporuke<sup>5</sup> koje predstavljaju prvenstveno preventivni akt. Sadrže zahtjev kriminalizacije pranja novca, njegovu konfiskaciju i razmjenjivanje informacija o sumnjivim transakcijama. Na taj se način financijski, a prvenstveno nefinancijski sektor osvježio novim pravilima prevencije pranja novca.

Razvojem metodologija i tehnika postupno se razvijao sustav sprječavanja pranja novca. Razvoj je vidljiv revidiranjem 40 preporuka koje su u početku regulirale samo financijski sektor, dok se kasnije usmjeravaju i na nefinancijske profesije i struke te terorizam. Konkretno, Preporuke FATF-a iz 1990. općenito su regulirale obveze koje se odnose na financijske i nebankarske financijske institucije. Godine 1996. revidirane Preporuke elastično protežu svoj doseg na nefinancijske institucije i slobodne profesije. Dok 2003. nameću više detalja u odnosu na probni pristup prema profesijama koje su u funkciji financijskih posrednika, a samim time i poreznih savjetnika.

## **Direktiva Europske unije 2001/97/EC**

Iako je Prva direktiva bila usko ograničena na kreditne i financijske institucije koje su u to vrijeme smatrane najranjivijima u procesu pranja novca, države su poticane na proširenje zahtjeva prema drugim sektorima za koje također postoji rizik doticaja s prihodima iz nezakonitih aktivnosti.

Ograničenja Prve direktive i prvih Preporuka FATF-a bila su predmet opsežnih rasprava širom EU-a. Rasprave s konkretnim prijedlozima predstavljale su uvod u Direktivu 2001/97/EC (u nastavku teksta: Druga direktiva) čiji je primarni cilj usavršavanje odredaba Prve direktive i popunjavanje praznina na koje je ukazala njezina provedba<sup>6</sup>.

Pooštavanje kontrole u financijskom sektoru navelo je perače novca na potragu za alternativnim metodama prikriivanja izvora prihoda od kriminala, odnosno pranjem novca nefinancijskim djelatnostima. Konkretno, novi modusi pranja novca uvjetovali su proširenje obveza iz Druge direktive u svezi s identifikacijom klijenta, vođenjem evidencije i izvještavanjem o sumnjivim transakcijama na ograničeni broj neovisnih profesija za koje se pokazala sekundarna osjetljivost po pitanju pranja novca.

5 FATF je 1990. izradio 40 Preporuka za sprječavanje pranja novca, 2001. donosi 8 Specijalnih preporuka za sprječavanje financiranja terorizma, a 2004. i dopunsku, devetu preporuku.

6 Vidjeti više u Hopton, D., loc. cit.

U skladu s navedenim može se zaključiti da je jedan od značajnih elemenata Druge direktive prošireni opseg nefinancijskih institucija koje su dužne izvješćivati o sumnjivim transakcijama jer se njezin tekst proteže na neovisne profesije i struke.<sup>7</sup> Odnosno „nefinancijske djelatnosti koje se smatraju ranjivima, a time i metom za zlouporabu od perača novca“<sup>8</sup>. Njihovo uključivanje u sustav sprječavanja pranja novca već je u počecima zahtijevalo poseban tretman isključivo zbog prirode njihova poslovanja.

Specifičnost poslovanja rezultirala je izuzetkom postupanja po odredbama Druge direktive za porezne savjetnike i druge samostalne stručnjake koji pružaju pravne savjete (odvjetnici i dr.). Izuzeci se odnose na informaciju dobivenu od klijenata u tijeku utvrđivanja pravnog položaja ili tijekom obrane, odnosno predstavljanja klijenata u kontekstu sudskog postupka ili pravnog zastupanja, uključujući i davanje savjeta o podnošenju ili suzdržavanju od tužbe (kad je informacija dobivena ili pribavljena prije, tijekom ili poslije sudskog postupka)<sup>9</sup>. Informacija takvoga sadržaja nije podložna prijavi nadležnim tijelima.

### ***Direktiva Europske unije 2005/60/EZ***

Dok je Prva direktiva svoje odredbe proširila vrlo šturo na zvanja i profesije koje se bave djelatnostima posebno pogodnim za pranje novca, Druga je direktiva člankom 2.a stavak 1. točka 5. izričito uvela porezne savjetnike i druge samostalne profesije u područje primjene režima suzbijanja pranja novca. Međutim, samo u slučaju kada strankama pomažu u planiranju ili izvršavanju određenih transakcija<sup>10</sup> ili kada nastupaju u ime i za stranku u bilo kojoj financijskoj transakciji ili transakciji vezanoj uz promet nekretninama.

Na isti je način statusu poreznih savjetnika i samostalnih profesija pristupila i Direktiva 2005/60/EZ (u nastavku teksta: Treća direktiva)<sup>11</sup>. Izuzeci od prijave transakcija i nadalje se primjenjuju u slučaju kada neovisni pripadnici zakonom priznatih profesija za pružanje pravne pomoći poput odvjetnika<sup>12</sup> utvrđuju pravni

7 Nefinancijske djelatnosti, odnosno slobodne profesije i struke uključuju prvenstveno revizore, računovođe i porezne savjetnike, agente za promet nekretninama te javne bilježnike i druge samostalne pravne stručnjake koji pružaju pravne savjete kada sudjeluju u bilo kojoj financijskoj transakciji ili transakciji s imovinom.

8 Graham, T., Bell, E., Elliott, N., Money Laundering (Butterworth's Compliance Series), Wiltshire, Butterworth-Heinemann, 2006., str. 31-32.

9 Propisano člankom 6. Druge direktive.

10 Pomoć stranci u planiranju i izvršavanju transakcija vezano je uz: kupnju ili prodaju nekretnina ili poslovnih subjekata; upravljanje novčanim sredstvima, financijskim instrumentima ili drugom imovinom u vlasništvu stranke; otvaranje ili upravljanje bankovnim računima, štednim ulozima ili računima za poslovanje financijskim instrumentima; prikupljanje sredstava potrebnih za osnivanje, djelovanje ili upravljanje trgovačkim društvom; te osnivanje, djelovanje ili upravljanje ustanovom, fondom, trgovačkim društvom ili drugim sličnim pravno-organizacijskim oblikom.

11 Prve dvije direktive su opozvane usvajanjem Treće direktive.

12 Izravno usporedive usluge treba tretirati na jednak način i kada ih pružaju bilo koje druge profesije obuhvaćene Trećom direktivom. Kako bi se osiguralo poštivanje prava propisanih

položaj stranke, brane ili zastupaju stranku vezano uz sudski postupak uključujući davanje savjeta o podnošenju ili suzdržavanju od tužbe. U tom slučaju nisu dužni provoditi dubinsku analizu stranke niti obavješćivati nadležno tijelo o sumnji na pranje novca ili financiranje terorizma<sup>13</sup>. Ova odredba predstavlja izuzetke od obveze prosljeđivanja podataka dobivenih prije, tijekom ili nakon sudskoga postupka ili tijekom utvrđivanja pravnoga položaja stranke.

Vrlo je bitno istaknuti da pravna pomoć u cijelosti podliježe obvezi čuvanja profesionalne tajne. *Osim* u slučaju ako pravni zastupnik sudjeluje u pranju novca ili financiranju terorizma, ako se pravna pomoć pruža u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, kao i u slučaju da odvjetnik zna da je stranci pravna pomoć potrebna za pranje novca ili financiranje terorizma.

Treća direktiva nastavlja praksu Druge direktive te neovisnim pravnim strukama ostavlja mogućnost imenovanja odgovarajućih samoregulatornih tijela kojima će navedeni subjekti upućivati obavijesti o sumnjivim transakcijama umjesto nadležnoj financijsko-obavještajnoj jedinici<sup>14</sup>. Isto će samoregulatorno tijelo imati mogućnost djelotvornog nadzora i poduzimanja potrebnih mjera s ciljem pridržavanja uvjeta koje nameće Treća direktiva<sup>15</sup>.

## **2. RAZVOJ DOMAĆEGA ZAKONODAVSTVA**

### ***Zakon o sprječavanju pranja novca***

Odvjetnici, javni bilježnici, računovođe, porezni savjetnici te druge samostalne profesije i struke navedene u Drugoj i Trećoj direktivi te Preporukama FATF-a sve su više prepoznati kao prva brana pranja novca.<sup>16</sup> Zbog toga što se njihove usluge vrlo lako mogu koristiti kao obilazni put za postizanje finalnoga cilja – zametanja traga pravom izvoru nezakonito stečenog novca.

Njihove usluge osiguravaju pristup raznim mogućnostima prijenosa novca ili njegovog prikriivanja. Iako nisu jedini subjekti (ili objekti) u lancu pranja novca jer će nezakonita sredstva u nemalom broju slučajeva ipak završiti u bankarskom sustavu, investicijskim fondovima, casinima ili u drugim institucijama koje

---

Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Ugovorom o Europskoj uniji, u slučaju revizora, vanjskih računovodstvenih stručnjaka i pravnih savjetnika koji u nekim zemljama imaju ovlaštenja braniti ili predstavljati stranku u sudskom postupku ili utvrđivati pravni položaj stranke, podaci koje oni prikupe u izvršavanju svojih zadataka također ne podliježu obvezi obavješćivanja u skladu s odredbama Treće direktive. Više o tome vidjeti u uvodu Treće direktive točke 19-23.

13 Vidjeti više u članku 9. i 23. Treće direktive.

14 Samoregulatorno tijelo će iste informacije neodgodivo i u neizmijenjenom obliku prosljediti financijsko-obavještajnoj jedinici (FIU). Više o tome vidjeti u članku 23. Treće direktive.

15 Vidjeti više u članku 37. stavak 5. Treće direktive.

16 U duhu engleskoga jezika nazivaju se “Gatekeeperi” što slikovito opisuje njihov položaj i ulogu u sustavu sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma.

legislativa prepoznaje kao obveznike prijava sumnjivih transakcija<sup>17</sup>, ističe se važnost nezavisnih profesija i struka prilikom provođenja transakcija u prvoj fazi pranja novca - fazi polaganja<sup>18</sup>.

Osnovu uvođenja odvjetnika, odvjetničkih društava, javnih bilježnika, revizorskih tvrtki, ovlaštenih revizora te pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju računovodstvene poslove ili poslove poreznog savjetovanja (u nastavku teksta: samostalne profesije i struke) u zakonodavstvu Republike Hrvatske kao obveznike provođenja mjera sprječavanja pranja novca treba tražiti u međunarodnoj legislativi, konkretno u *supra* navedenim Direktivama Europske unije i Preporukama FATF-a.

U nastojanju primjene odredaba Druge Direktive tek su izmjene i dopune Zakona o sprječavanju pranja novca (NN 117/03) zasebno kategorizirale obveze nefinancijskog sektora te na posebno mjesto izdvojile samostalne profesije i struke. U tom smislu članak 9.a stavak 1. Zakona o sprječavanju pranja novca (u nastavku teksta: ZSPN) propisivao je odvjetniku, odvjetničkom društvu i javnom bilježniku dužnost obavješćivanja Ureda za sprječavanje pranja novca (u nastavku teksta: Ured) kada u svom radu obavljaju financijsku transakciju ili drugu transakciju s imovinom, ukoliko postoji sumnja da se radi o pranju novca. Revizorska tvrtka, ovlašten revizor i pravne ili fizičke osobe koje obavljaju računovodstvene poslove ili poslove poreznog savjetovanja obavještavaju Ured kada u obavljanju poslova iz svojeg djelokruga u vezi s određenim transakcijama utvrde sumnju na pranje novca.

Odvajanjem navedenih profesija i struka (u zaseban članak 9.a) od ostalih obveznika koji se nalaze u članku 2. ZSPN-a bila je jasna intencija zakonodavca istaknuti njihov specifičan položaj<sup>19</sup>. Prvenstveno, na njih se nije odnosila obveza identifikacije i obavješćivanja o provedenim gotovinskim<sup>20</sup> i gotovinskim povezanim transakcijama<sup>21</sup> u propisanim iznosima već samo ukoliko postoji sumnja da se radi o pranju novca. Međutim, u okviru obveznika iz članka 9.a ZSPN-a postojao je

17 Pojedinci pružaju svoje usluge isključivo u svrhu pranja novca, nevezano o kojoj se profesiji radi, što uključuje pretvaranje gotovine u manje sumnjivi oblik, npr. dionice, prikrivanje stvarnog vlasnika imovine, izradu ili krivotvorenje financijskih i drugih pravnih dokumenata i prebacivanje novca između većeg broja banaka ili računa tvrtki koje su osnovane samo kao paravan daljnjih nezakonitih aktivnosti. Vidjeti više u Beare, M., Schneider, S., Money Laundering in Canada: Chasing Dirty and Dangerous Dollars, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

18 Osnovne faze pranja novca su polaganje, oplemenjivanje i integracija, iako se one ne moraju nužno pojavljivati u određenom slijedu niti u okviru granica navedene faze. Moguće su i neke međufaze te sasvim nove kompleksne strukture kao rezultat alternativnih načina pranja novca.

19 Opće odredbe o samostalnim profesijama i strukama kao obveznicima propisane su člankom 9.a ZSPN, odnosno detaljnije člancima 25. - 29. Pravilnika o provođenju Zakona o sprječavanju pranja novca, NN, br. 189/03.

20 Gotovinska transakcija jest svaka transakcija pri kojoj obveznik od stranke primi gotov novac, odnosno stranci preda gotov novac u posjedovanje i na raspolaganje, a za koju je u iznosu 105.000 kn ili većem dužan provesti identifikaciju stranke, a u iznosu od 200.000 kn ili više prijaviti Uredu.

21 Gotovinsku povezanu transakciju predstavlja više međusobno očigledno povezanih transakcija koje ukupno dosežu vrijednost za identifikaciju ili obavješćivanje Ureda.

izuzetak od obveze prijavljivanja sumnjivih transakcija u odnosu na odvjetnike i odvjetnička društva *kada zastupaju stranku u sudskim i upravnim postupcima*.

Neovisno o navedenim izuzecima od obavješćivanja, samostalne profesije i struke dužne su na propisani način obavijestiti<sup>22</sup> Ured u svim slučajevima *kada od njih stranka zatraži savjet vezan za pranje novca*.

Iako se obveza samostalnih profesija i struka odnosi prvenstveno na detekciju sumnjivih transakcija i traženog savjeta za pranje novca, već je u vrijeme donošenja izmjena i dopuna ZSPN-a (NN 117/03) polučila nezadovoljstvo određenih struka. Konkretno, najveći je problem uzrokovao tretman izuzeća pravnoga savjetovanja od obveze obavješćivanja Ureda, usko vezano uz odvjetnike i odvjetnička društva.

Negativno stajalište Hrvatske odvjetničke komore<sup>23</sup> temelji se da je članak 9.a ZSPN u suprotnosti s člankom 6. stavak 3. Druge direktive koja odvjetnike (porezne savjetnike i ostale profesije) izuzima od obveze prijavljivanja sumnje na pranje novca temeljem podataka dobivenih od/o stranci prilikom *utvrđivanja pravnog položaja stranke*, obrane ili zastupanja stranke u/vezano uz sudski postupak uključujući savjetovanje o pokretanju ili izbjegavanju postupka, bez obzira na to jesu li podaci primljeni prije, tijekom ili poslije tog postupka.

Pritom se uzima u obzir i točka 17. uvoda Druge direktive koja ističe da pravni savjet ostaje pod obvezom čuvanja profesionalne tajne. *Osim* ako pravni savjetnik sudjeluje u aktivnostima pranja novca ili se pravni savjet koristi u svrhu pranja novca ili je odvjetnik svjestan da stranka traži pravni savjet kako bi oprala novac.

Drugim riječima, članak 9.a ZSPN-a nije predvidio izuzeće prijavljivanja sumnjivih transakcija dobivenih prilikom „utvrđivanja pravnog položaja stranke“, odnosno *prije* pokretanja sudskih i upravnih postupaka<sup>24</sup>. Novi Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma ovaj je propust riješio uskladišivši se u potpunosti sa sada važećom Trećom direktivom.

Od izuzetaka prijave sumnjivih transakcija puno je spornija obveza prijave traženoga savjeta o pranju novca, propisana člankom 9.a stavak 4. ZSPN-a.

Savjet odvjetničkih komora Europske unije<sup>25</sup> u tu je svrhu tražio „da znanje

22 Obrazac za prijavu sumnjivih transakcija ove grupe obveznika jednak je kao i za sve druge obveznike, a predaje se u roku tri dana od utvrđivanja razloga za sumnju na pranje novca ili od zatraženog savjeta o pranju novca.

23 Negativno stajalište Hrvatske odvjetničke komore ne bi trebalo previše iznenaditi uzevši u obzir izjavu Stanislava Balika, predsjednika češke Odvjetničke komore, koji se s rezervom postavlja čak i na sam pojam pranja novca: „Nedavno mi je postavljeno pitanje zbog čega odvjetnici iz država s posttotalitarnim zaostacima po pitanju ograničavanja opsega obveze šutnje s nepovjerenjem i određenom zebnjom prate razvojne tijekove u politici kaznenog prava u Europskoj uniji na području *takozvanog* pranja novca“. Balik, S., Napomene uz raspravu o ograničavanju obveze šutnje u svezi s takozvanim pranjem novca, Zagreb, Odvjetnik 76 (2003), 1-2., str. 18.

24 „Prema hrvatskom zakonodavstvu zastupanje u sudskim i upravnim postupcima započinje tek kada takvi postupci budu pokrenuti“. Horvat, D., Zakon o sprečavanju pranja novca Republike Hrvatske i direktive Europske zajednice, Zagreb, Odvjetnik 78 (2005), 7-8, str. 15.

25 U vezi s provedbom Druge direktive Savjet odvjetničkih komora Europske unije (Council of the Bars and Law Societies of the European Union – CCBE) čiji je Hrvatska odvjetnička

odvjetnika o tome da njegova stranka traži pravni savjet u svrhu pranja novca bude stvarno, a ne pretpostavljeno, odnosno da se podrazumijeva<sup>26</sup>. Jednako tako, zauzima stav i da se znanje o aktivnostima pranja novca ne smije miješati sa znanjem o tomu da stranka traži pravni savjet radi aktivnosti pranja novca. U prilog navedenoj tvrdnji ističe se definicija Druge direktive koja pranjem novca (između ostalog) smatra i „svaku radnju koja je učinjena s namjerom, a u cilju pribavljanja, posjedovanja ili korištenja imovine, *znajući* u trenutku primanja da je ta imovina proizašla iz kaznenog djela ili činom sudjelovanja u takvom djelu. O postojanju svijesti, namjere ili svrhe kao elemenata navedenih radnji može se zaključiti na temelju objektivnih činjeničnih okolnosti<sup>27</sup>. Temeljem navedenog, Savjet odvjetničkih komora Europske unije drži da se „treba snažno opirati bilo kojem pokušaju da se stvarno znanje tumači prema odredbi definicije pranja novca<sup>28</sup> koju podastire Druga direktiva.

Pri takvom tumačenju i stavu spram traženog savjeta o pranju novca zapostavlja se jedan vrlo bitan element iste definicije, a to je „savjetovanje u vezi s izvršenjem bilo kojeg djela navedenog u definiciji pranja novca<sup>29</sup>“ koje se također smatra kaznenim djelom pranja novca. Samim time ustrajnost ZSPN-a na prijavi zatraženog savjeta o pranju novca ostaje neupitna.

Usprkos toga što Druga, (a kasnije i Treća) direktiva jasno izlaže svoj stav o tretmanu savjetovanja u svezi s pranjem novca, grčevito nastojanje Hrvatske odvjetničke komore zaštititi tajnost podataka pozivanjem na stavove Savjeta odvjetničkih komora Europske unije u suprotnosti je prvenstveno s temeljnim etičkim i moralnim standardima odvjetničkog posla na temelju kojima bi takvo nezakonito ponašanje trebalo biti prijavljeno, a suradnja s takvim stankama na adekvatan način odbijena.

U prilog tome govori i točka 8. Kodeksa odvjetničke etike<sup>30</sup> iz koje proizlazi da odvjetnik smije štititi interese svoje stranke samo sredstvima koja su u skladu sa zakonom, dostojanstvom odvjetničkog poziva i dobrim običajima, a nisu protivna njegovoj savjesti. Dok Zakon o odvjetništvu<sup>31</sup> jasno propisuje da je odvjetnik dužan čuvati kao odvjetničku tajnu sve što mu je stranka povjerila ili što je u zastupanju stranke na drugi način saznao, (a ne obrnuto, ono što je on njoj savjetovao).

Brlić zauzima jednako gledište da ZSPN ne kolidira sa zakonima koji propisuju temeljne odrednice djelovanja samostalnih profesija i struka, prvenstveno misleći na

---

komora promatrač, donio je polazišne osnove za odvjetničke komore i odvjetničke udruge Europske unije o provedbi Druge direktive na kojima Hrvatska odvjetnička komora temelji svoje stavove. Vidjeti više u Horvat, D., (2003), Zakon o sprječavanju pranja novca Republike Hrvatske u svjetlu upute 2001/97/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 4. 12. 2001. i odvjetnička tajna, Zagreb, *Odvjetnik* 76 (2003), 1-2.

26 Ibid., str. 23.

27 Preuzeto iz članka 1(C) alineja 3. Druge direktive.

28 Horvat, D., (2003), *loc. cit.*

29 Vidjeti više u članku 1(C) alineja 4. Druge direktive.

30 Kodeks odvjetničke etike, NN br. 64/07. i 72/08.

31 Zakon o odvjetništvu, NN br. 9/94.



odvjetnike, bilježnike i porezne savjetnike, jer oni „isključivo u granicama zakona smiju poduzimati radnje u korist svoje stranke: odvjetnik je dužan uskratiti pružanje pravne pomoći u slučajevima predviđenim zakonom, statutom Odvjetničke komore i Kodeksom odvjetničke etike; javni bilježnik je dužan uskratiti službenu radnju ako je ona nespojiva s njegovom službenom dužnošću, osobito ako se njegovo sudjelovanje zahtjeva radi postizanja očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja, a ovlašten je uskratiti obavljanje određene radnje u skladu s propisima koji uređuju obavljanje te radnje<sup>32</sup>; porezni savjetnik je obavezan pružati stručnu pomoć u skladu s Ustavom i zakonima RH<sup>33, 34</sup>.

### ***Pravni temelj poreznog savjetništva***

Iako se u ovom kontekstu ističu prvenstveno odvjetnici i odvjetnička društva, vrijedno je sagledati moguće poveznice s poreznim savjetnicima zbog njihovog specifičnog odnosa sa strankom. Sukladno ovlastima danim Zakonom o poreznom savjetništvu<sup>35</sup>, porezni su savjetnici dužni savjetovati stranku o svim poreznim pitanjima te imaju mogućnost zastupanja u poreznim postupcima pred poreznim tijelima i sudjelovanja u poreznim sporovima pred sudovima<sup>36</sup>.

Porezni savjetnik je osoba koja obavlja poslove savjetovanja poreznog obveznika u poreznom postupku pred poreznim tijelima, a može nastupati i kao opunomoćenik poreznog obveznika. U tom ga slučaju zastupa u okviru dobivene punomoći i u njegovo ime poduzima radnje u poreznom postupku<sup>37</sup>.

Iz širokih ovlaštenja poreznih savjetnika proizlazi i njihova uloga ne samo savjetnika stranke, već i njezinoga pravnoga zastupnika. Iz istih je razloga i novi Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma predvidio izuzetke od prijave sumnjivih transakcija za sve druge samostalne profesije i struke, a ne samo za odvjetnike.

Novim pristupom temeljenim na procjeni rizika i sve naglašenijim nefinancijskim sektorom kao alternativnim načinom pranja novca, pitanje statusa poslovne tajne može se pojaviti i u okviru djelovanja poreznih savjetnika samom činjenicom njihovog sudjelovanja u poreznim postupcima pred poreznim tijelima i sudovima te zbog toga što je savjetovanje osnova njihovog djelovanja.

Pitanje statusa poslovne tajne proizlazi iz članka 20. Zakona o poreznom savjetništvu koji poreznog savjetnika obvezuje na čuvanje porezne tajne za sve što mu je stranka povjerila ili što je u radu na drugi način saznao. Ista se obveza, ali u drugom kontekstu odnosi i na porezno tijelo za podatke koje porezni obveznik iznosi u poreznom postupku te sve druge podatke u vezi s poreznim postupkom

32 Članak 33. i 34. Zakona o javnom bilježništvu, NN br. 78/93., 29/94. i 16/07.

33 Članak 4. i 16. Zakona o poreznom savjetništvu, NN br. 127/00.

34 Brlić, J., Obveze, ovlasti i sankcije u propisima o sprječavanju pranja novca, Računovodstvo i financije, 51 (2005), 6, str. 31-32.

35 Zakon o poreznom savjetništvu, NN br. 127/00.

36 Članak 4. Zakona o poreznom savjetništvu.

37 Članak 15. Općeg poreznog zakona, NN br. 147/08.

kojima raspolaže<sup>38</sup>.

Stroge odredbe o čuvanju poslovne tajne ipak su ublažene određenim iznimkama, u skladu s mjerama prevencije pranja novca i financiranja terorizma.

U svezi s obvezom čuvanja porezne tajne kao poslovne tajne, Općim poreznim zakonom strogo je naglašeno da obveza čuvanja porezne tajne nije povrijeđena ako ustrojstvene jedinice Ministarstva financija međusobno dostavljaju podatke koji mogu biti od utjecaja na utvrđivanje prava i obveza poreznih obveznika<sup>39</sup>. Time je obveza na čuvanje porezne tajne oslobođeno isključivo porezno tijelo. Dostava podataka i dokumentacije poreznog savjetnika Uredu ne smatra se odavanjem poslovne tajne niti temeljem Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, a ne uzrokuje niti odgovornost za štetu učinjenu strankama ili trećim osobama učinjenu prilikom dostave takvih podataka u dobroj vjeri<sup>40</sup>.

### **3. ZNAČAJ I ULOGA POREZNIH SAVJETNIKA U SUSTAVU SPRJEČAVANJA PRANJA NOVCA**

Ne razmatrajući osnovanost pretpostavke da su kanali pranja novca i financiranja terorizma sve više usmjereni na nefinancijski sektor i struke, postavlja se pitanje da li su svi pripadnici samostalnih profesija i struka jednako podložni alternativnoj metodologiji pranja novca. Iz navedenog proizlazi nužna procjena značaja poreznih savjetnika u sustavu sprječavanja pranja novca, kao i njihove razine svijesti vidljive prijavom sumnjivih transakcija i transakcija zatraženog savjeta o pranju novca ili financiranju terorizma.

U prilog potenciranoj ulozi poreznih savjetnika u sustavu sprječavanja pranja novca ide prvenstveno sadržaj njihove struke koji pruža uvid u srž poslovanja stranke. Doprinos koji sustavu sprječavanja pranja novca mogu dati porezni savjetnici veže se prvenstveno za uvid u porezna pitanja stranke te nadzor pravilnosti vođenja poreznih i računovodstvenih evidencija radi izrade poreznih prijava i drugih poreznih isprava. Pritom se kao ključno postavlja pitanje procjene rizika njihove uloge i mjesta u sustavu sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma, vrlo lako rješivo uvidom u pozamašnu statistiku koju nudi međunarodna praksa.

#### ***Učestalost prijava sumnjivih transakcija poreznih savjetnika u međunarodnim okvirima***

Uvidom u izvješća MONEYVAL-a kao Posebnog odbora Vijeća Europe za procjenu mjera protiv pranja novca i financiranja terorizma vrlo je lako procijeniti značaj poreznih savjetnika u sustavu sprječavanja pranja novca, prvenstveno kroz faktor učestalosti i količine prijavljenih transakcija.

38 Članak 8. stavak 1. Općeg poreznog zakona.

39 Članak 8. stavak 5. točka 7. Općeg poreznog zakona.

40 Članak 76. stavak 1. i 2. Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, NN br. 87/08.

Kako je glavna uloga MONEYVAL-a poticanje država ka ustrojavanju učinkovitog sustava za borbu protiv pranja novca i financiranja terorizma te njegovo usklađivanje s međunarodnim standardima<sup>41</sup>, kao predmet analize obuhvaćena su izvješća MONEYVAL-a za 14 država neovisno o veličini, članstvu u EU i stupnju usklađenosti s međunarodnim standardima. Neke se promatrane države nalaze u hrvatskom okruženju kao što su: Makedonija, Bosna i Hercegovina, Slovenija i Mađarska, ali analiza zahvaća i Bugarsku, Rumunjsku, Albaniju, Slovačku, Poljsku, Rusiju, Monako, Cipar i Liechtenstein.

**Tablica 1.** Broj prijava sumnjivih transakcija poreznih savjetnika u razdoblju od 2005. do 2009.

DRŽAVE	GODINA				
	2005	2006	2007	2008	2009
ALBANIJA	-	-	-	-	-
BIH		-	-	-	
BUGARSKA		-	-	1	
CIPAR	-	-	-	-	
HRVATSKA	-	-	-	-	-
LICHENSTEIN	-	-	-	-	
MAĐARSKA	-	-	-	1	
MAKEDONIJA	-	-	-	-	-
MONACO	n/d*	n/d*	n/d*	n/d*	n/d*
POLJSKA	-	-	-		
RUMUNJSKA	-	-	2**	2**	1**
RUSIJA	3***	91***	331***	319***	59*** (do 1.7.'09)
SLOVAČKA	-	-	-	-	-
SLOVENIJA	-	-	-	-	-

Izvor: Izvješća MONEYVAL<sup>42</sup>

\* U izvješću MONEYVAL-a za Monaco u razdoblju od 2005. do 2009. podaci o prijavama sumnjivih transakcija za odvjetnike, javne bilježnike i ostale pravne savjetnike nisu dostupni iz razloga što se prijave sumnjivih transakcija dostavljaju direktno Državnom odvjetniku.

41 MONEYVAL procjenjuje države prema standardima koji su većim dijelom sadržani u 40+9 Preporuka FATF-a, Konvenciji Ujedinjenih naroda protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih tvari, Konvenciji Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga kaznenim djelom i Direktivama Europske unije koje se odnose na problematiku pranja novca i financiranja terorizma.

42 Izvješća MONEYVAL nalaze se na: <http://www.coe.int>.

\*\* U izvješću MONEYVAL-a za Rumunjsku u razdoblju od 2007. do 2009. podaci o prijavama sumnjivih transakcija za revizore te pravne i fizičke osobe koje pružaju porezne i računovodstvene savjete zbrojeni su i prikazani zajedno.

\*\*\* U izvješću MONEYVAL-a za Rusiju u razdoblju od 2005 do 2009. podaci o prijavama sumnjivih transakcija za odvjetnike, javne bilježnike te osobe koje pružaju porezne i računovodstvene usluge zbrojeni su i prikazani zajedno.

Sukladno podacima iz Tablice 1. evidentne su zaprjekoje prilikom provođenja statističke analize koje proizlaze najvećim dijelom iz zakonodavne podloge. Navedeno je vidljivo kod Monaca gdje se podaci o sumnjivim transakcijama dostavljaju neposredno Državnom odvjetniku. S druge strane, u statističkom izvješću Rumunjske i Rusije nemoguće je razlučiti broj transakcija odvjetnika i javnih bilježnika (čije su prijave učestalije) od prijava poreznih savjetnika, zbog čega je otežan uvid u njihovu pojavnost.

Uzevši u obzir moguća odstupanja zbog zbirne statistike za pojedine samostalne profesije i struke, analizom 14 zemalja može se uočiti vrlo mali broj prijavljenih transakcija (samo dvije) od poreznih savjetnika, iako su promatrane zemlje analizirane u razdoblju od 2005. do 2009. tijekom kojeg su već izvršile prilagodbu domaćeg zakonodavstva međunarodnim standardima sprječavanja pranja novca, prvenstveno Trećoj direktivi i revidiranim Preporukama FATF-a. Sudeći po broju prijavljenih sumnjivih transakcija može se zaključiti da porezni savjetnici ulaze u kategoriju niskog rizika za pranje novca.

### ***Učestalost prijava sumnjivih transakcija poreznih savjetnika u Republici Hrvatskoj***

Analiza prijava sumnjivih transakcija u Republici Hrvatskoj u razdoblju od 2005. do 2009. jasno ukazuje da nije bilo niti jedne prijavljene transakcije iz redova poreznih savjetnika. Sasvim je jasno da navedeni statistički podaci Republike Hrvatske ne odudaraju od svjetske statistike što i u domaćem okruženju stvara dojam niskog rizika poreznih savjetnika u sustavu sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma.

Je li navedena teza ispravna potvrdit će praksa, odnosno tijelo zaduženo za nadzor poreznih savjetnika. U Republici Hrvatskoj nadzor provodi Financijski inspektorat. Nadzorom djelovanja poreznih savjetnika, a time i prijava sumnjivih transakcija povezanih s pranjem novca ili financiranjem terorizma, može se sa sigurnošću utvrditi govori li mali broj prijava sumnjivih transakcija o niskom riziku kod ove kategorije obveznika ili o niskoj razini svijesti koja rezultira i niskom prijavom transakcija.

Niska razina svijesti mogla bi proizlaziti iz loše upućenosti poreznih savjetnika u detalje primjene odredaba Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma te temeljnih postavki i ciljeva sustava prevencije pranja novca u cjelini. Uvidom u podzakonske akte jasno je da upućenost poreznih savjetnika u sustav sprječavanja pranja novca ne bi trebala biti upitna zbog toga što je u tu

svrhu Financijski inspektorat izradio sektorske Smjernice za provođenje Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma za revizorska društva, samostalne revizore, fizičke i pravne osobe koje pružaju računovodstvene usluge i usluge poreznog savjetovanja<sup>43</sup>.

S druge strane, uvidom u Godišnja izvješća Ureda za sprječavanje pranja novca (2005.-2008.) evidentna je djelomična zapostavljenost educiranja poreznih savjetnika. Tek u Godišnjem izvješću za 2008. zabilježene su aktivnosti Ureda edukacije poreznih savjetnika organiziranjem seminara i radnih sastanaka s predstavnicima obveznika i djelatnicima stručnih radnih skupina, kao što su revizori, računovođe i porezni savjetnici<sup>44</sup>.

Nova zakonska regulativa, proizašla iz Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, podastire kompletniji pristup poreznih savjetnika metodologiji sprječavanja pranja novca posebno razrađenog i odnosnim pravilnikom, barem na teorijskoj razini.

#### **4. AKTUALNO GLEDIŠTE REPUBLIKE HRVATSKE SPRAM PROBLEMATIKE PRANJA NOVCA I FINANCIRANJA TEORIZMA**

##### ***Novi Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma***

U svjetlu sofisticiranih metoda i tehnika pranja novca koje osnovano ukazuju da bankarski sektor više nije jedini i najvažniji kanal pranja novca stečenoga na nezakoniti način, Varšavskom konvencijom<sup>45</sup>, Trećom direktivom, revidiranim Preporukama FATF-a, Uredbom br. 1889/2005<sup>46</sup> i Uredbom 1781/2006 dodatno su osnaženi međunarodni standardi, što u nacionalnim okvirima zahtijeva donošenje novih zakona, podzakonskih akata i indikatora za prepoznavanje sumnjivih transakcija.

Primjerom postojeće međunarodne legislative Republika Hrvatska je donijela novi Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma (u nastavku teksta:

43 Smjernice za provođenje Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma za revizorska društva, samostalne revizore, fizičke i pravne sobe koje pružaju računovodstvene usluge i usluge poreznog savjetovanja (sektorske smjernice), Zagreb, Ministarstvo financija, Financijski inspektorat, 2008.

44 Vidjeti više na <http://www.mfin.hr>, Godišnje izvješće Ureda za sprječavanje pranja novca za 2008.

45 Konvencija Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog kaznenim djelom i o financiranju terorizma naziva se još i Varšavska konvencija.

46 Usklađivanje s Uredbom 1889/2005 odnosi se na prilagodbu ZSPN-a i Obrasca o prenošenju gotovine i čekova preko državne granice (u domaćoj ili stranoj valuti, u vrijednosti 40.000 kn ili većoj) koji koristi Carinska uprava Republike Hrvatske prilikom prijave transakcija Uredu, zatim na prilagodbu limita za prijavu nadležnim tijelima, obveznih elemenata prijave, prosljeđivanja podataka nadležnim tijelima drugih država te obveze evidentiranja i obrade podataka.

ZSPNFT)<sup>47</sup> koji predstavlja potpuno usklađenje s relevantnim međunarodnim standardima.

U tom svjetlu, ZSPNFT je člankom 4. propisao da se mjere sprječavanja i otkrivanja pranja novca te financiranja terorizma provode *prije i/ili prilikom* svake transakcije, kao i *pri* sklapanju pravnih poslova kojima se stječe ili koristi imovina te u ostalim oblicima raspolaganja novcem, pravima i drugom imovinom koja može poslužiti za pranje novca i financiranje terorizma. Mjere provode „klasični“ obveznici<sup>48</sup> te pravne i fizičke osobe koje obavljaju poslove u okviru sljedećih profesionalnih djelatnosti: odvjetnik, odvjetničko društvo i javni bilježnik, revizorsko društvo i samostalni revizor te pravne i fizičke osobe koje obavljaju računovodstvene usluge i usluge poreznoga savjetovanja.

Zadaće samostalnih profesija i struka navedene su zasebno u Glavi III. ZSPNFT-a. Iako ih se prividno izjednačava s drugim obveznicima, članak 52. ZSPNFT za odvjetnike i javne bilježnike predviđa poseban status<sup>49</sup> jer su dužni postupati prema odredbama istoga Zakona *samo* kada pomažu u planiranju ili provođenju specifičnih transakcija za stranku<sup>50</sup>.

Člankom 54. istoga Zakona ponavlja se već u ZSPN propisana obveza obavješćivanja Ureda o postojanju razloga za sumnju na pranje novca, uz što je nadodano i financiranje terorizma te u slučaju kada stranka zatraži savjet u vezi s pranjem novca ili financiranjem terorizma. O razlozima za sumnju na pranje novca ili financiranje terorizma porezni savjetnik će Ured za sprječavanje pranja novca obavijestiti odmah, bez odgode, dok će informaciju o zatraženom savjetu dostaviti odmah ili najkasnije unutar tri radna dana od dana kada je savjet zatražen.

U skladu s uvodnom točkom 20. i člankom 23. Treće direktive, članak 55. ZSPNFT navodi izuzetke od obveze obavješćivanja Ureda propisane za samostalne

47 Već samom činjenicom što terorizam, a time i njegovo financiranje, sve više plijeni pozornost i osnova je svih međunarodnih propisa na ovom području, nužna je promjena naziva osnovnoga Zakona. Novi ZSPNFT donesen je 15. srpnja 2008., objavljen u NN br. 87/08., a stupio je na snagu 1. siječnja 2009.

48 Banke i njihove podružnice, štedne banke, stambene štedionice, kreditne unije, društva za obavljanje usluga platnog prometa, uključujući i prijenos novca, Hrvatska pošta, društva za upravljanje investicijskim fondovima, mirovinska društva, društva ovlaštena za poslove s financijskim instrumentima, društva za osiguranje, društva za izdavanje elektroničkog novca, ovlašteni mjenjači, priređivači igara na sreću, zalagaonice, pravne i fizičke osobe koje obavljaju određene financijske poslove.

49 Prema procjenama FATF-a samostalne profesije i struke mogu (svjesno ili nesvjesno) poduzeti određene radnje koje će omogućiti prijenos ili prikriivanje nezakonitih prihoda, a time i realizaciju pojedinih faza pranja novca izvan dosega financijskog sektora. Vidjeti više u Beare, M., E., Schneider, S., Money Laundering in Canada: Chasing Dirty and Dangerous Dollars, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

50 Transakcije se odnose na: kupnju ili prodaju nekretnina ili udjela, odnosno dionica trgovačkog društva; upravljanje novčanim sredstvima, financijskim instrumentima ili drugom imovinom u vlasništvu stranke; otvaranje ili upravljanje bankovnim računima, štednim ulozima ili računima za poslovanje s financijskim instrumentima, prikupljanje sredstava potrebnih za osnivanje, djelovanje ili upravljanje trgovačkim društvom, osnivanje, djelovanje ili upravljanje ustanovom, fondom, trgovačkim društvom ili drugim sličnim pravno-organizacijskim oblikom.

profesije i struke u vezi s transakcijom ili osobom za koju postoje razlozi sumnje na pranje novca ili financiranje terorizma. Izuzetak se odnosi na podatke koje samostalne profesije i struke dobiju od stranke ili prikupe o stranci tijekom utvrđivanja pravnog položaja ili zastupanja stranke u vezi sa sudskim postupkom (što uključuje savjetovanja za predlaganje ili izbjegavanje sudskih postupaka), bez obzira na to jesu li podaci dobiveni ili prikupljeni prije, tijekom ili nakon završenih sudskih postupaka. Zatraženi savjet u vezi s pranjem novca ili financiranjem terorizma ne potpada pod izuzetke te je i nadalje podložan prijavi.

Za razliku od ZSPN-a izuzeci od prijava sumnjivih transakcija odnose se isključivo na sudski postupak dok je ZSPN pritom uključivao i upravne postupke. Zbog prethodno objašnjениh propusta izuzeci su obuhvatili ranije izostale podatke koje samostalne profesije i struke dobiju od stranke ili prikupe o stranci i tijekom utvrđivanja njezinog pravnog položaja. Odnose, na sve profesije i struke koje mogu sudjelovati u sudskom postupku, a ne samo na odvjetnike.

S obzirom na to da su porezni savjetnici i ostali obveznici koji pripadaju kategoriji samostalnih profesija i struka poistovječeni sa svim drugim obveznicima provođenja mjera i radnji sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma, a poštujući specifičnost njihovog poslovanja, utemeljena je još jedna vrsta iznimaka propisana stavkom 3. članka 55. ZSPNFT-a. Iznimke ih oslobađaju obveze obavješćivanja Ureda o gotovinskim transakcijama, imenovanja ovlaštene osobe i provođenja interne revizije, odnosno nadzora provođenja zadaća sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma. Izuzetak se ne odnosi na situacije s transakcijom i strankom u vezi s kojom postoje razlozi za sumnju na pranje novca ili financiranje terorizma.

ZSPNFT je ispravio još jedan propust učinjen izmjenama i dopunama ZSPN-a (NN 117/03)<sup>51</sup> kojima se samostalne profesije i struke uvode u sustav sprječavanja pranja novca. Konkretno, propust je učinjen u kaznenim odredbama o povredi propisa o prikupljanju podataka i njihovoj dostavi Uredu. Novčanu kaznu od 10.000 do 100.000 kn ZSPN je propisao za prekršaj *obveznika iz članka 2. ZSPN-a*<sup>52</sup> ako ne utvrde identitet stranke, ne prikupe podatke o transakciji i ne pribave punomoć, ne vodeći računa da su *obveznici iz članka 9.a*, odnosno samostalne profesije i struke (uvedene izmjenama i dopunama ZSPN-a) time izostale iz obuhvata kaznenih odredbi. Njihovo je nezakonito ponašanje ostalo nekažnjivo sve do donošenja ZSPNFT-a koji decidirano propisuje kazne samostalnim profesijama i strukama za određenu vrstu ponašanja suprotno odredbama istoga Zakona. Čak su i iznosi kazne puno viši, a kreću se u rasponu od 25.000 do 300.000 kn.

51 Prvi Zakon o sprječavanju pranja novca donesen je 1997., objavljen u NN br. 114/97, dok se njegove izmjene i dopune NN br. 106/97 i 142/03 odnose na ispravak jezičnih pogrešaka, NN br. 67/01 na ukidanje Financijske policije, a NN br. 114/01 na odgodu obavljanja transakcije na 72 sata. Tek se izmjenama i dopunama NN 117/03 postojeći tekst usklađuje s odredbama Druge direktive i u širokom opsegu sadržajno mijenja.

52 Članak 18. stavak 1. ZSPN.

***Pravilnik o načinu i rokovima obavješćivanja Ureda za sprječavanje pranja novca o sumnjivim transakcijama i osobama te vođenju evidencija odvjetnika, odvjetničkih društava, javnih bilježnika, revizorskih društava i samostalnih revizora te pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju računovodstvene poslove i poslove poreznoga savjetovanja***

Zbog osobitosti njihovoga poslovanja, Pravilnikom o načinu i rokovima obavješćivanja Ureda za sprječavanje pranja novca o sumnjivim transakcijama i osobama te vođenju evidencija odvjetnika, odvjetničkih društava, javnih bilježnika, revizorskih društava i samostalnih revizora te pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju računovodstvene poslove i poslove poreznog savjetovanja<sup>53</sup> (u nastavku teksta: Pravilnik o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka) posebno je propisan način i rok obavješćivanja Ureda te vrsta i način vođenja evidencija.

Člankom 2. istog Pravilnika naglašava se sama bit transakcije, a usko vezana uz prijavu transakcija Uredu. Ističe se epitet sumnjivosti transakcija i osoba te obveza dostavljanja obavijesti o transakcijama prije njihova izvršenja. Zbog hitnosti djelovanja takve se transakcije dostavljaju telefonom ili telefaksom. Naknadno obavješćivanje Ureda dopušta se samo iznimno<sup>54</sup>, uz obrazloženje razloga objektivne nemogućnosti postupanja u skladu s Pravilnikom o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka. Nakon izvršenja sumnjive transakcije Ured će obavijestiti sljedeći radni dan telefaksom, preporučenom pošiljkom ili dostavljačem, na obrascu<sup>55</sup>.

Jednako kao i u članku 54. ZSPNFT-a, Pravilnik o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka posebno naglašava obvezu dostavljanja podataka Uredu o zatraženom savjetu u vezi s pranjem novca ili financiranjem terorizma. Obavijest se mora dostaviti odmah, odnosno najkasnije unutar tri dana od kada je stranka od obveznika zatražila takav savjet.

Za potrebe učinkovitog nadzora od ovlaštenog nadzornog tijela (Financijski inspektorat)<sup>56</sup> evidencije o strankama, poslovnim odnosima i prijavljenim sumnjivim transakcijama vode se kronološkim redom<sup>57</sup>.

53 Objavljen u NN br. 1/09.

54 Iznimka od prijavljivanja transakcija prije njihovog izvršenja dopuštena je samo u slučaju da to priroda transakcije ne dopušta ili iz nekih drugih opravdanih razloga (što je postavljeno vrlo široko!). Vidjeti više u članku 2. stavak 2. Pravilnika o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka.

55 Obrazac za prijavu sumnjivih transakcija samostalnih profesija i struka nosi naziv UZSPN-O-54. Uz popratne upute izložen je u nastavku Pravilnika o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka.

56 Ovlaštenje Financijskog inspektorata proizlazi neposredno iz članka 85. ZSPNFT-a i članka 3. stavak 1. Zakona o financijskom inspektoratu Republike Hrvatske, NN 85/08.

57 Vidjeti više u članku 4. Pravilnika o prijavi transakcija samostalnih profesija i struka.



## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Porezni savjetnici kao obveznici provođenja mjera i radnji sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma svoje su mjesto prvotno pronašli u međunarodnoj legislativi, prvenstveno Direktivama Europske unije i Preporukama FATF-a. Zbog razrađenih postupaka prevencije pranja novca u financijskom sektoru alternativni putovi pranja novca obuhvatili su i porezne savjetnike zbog sadržaja njihovog poslovanja, odnosno uvida u široke mogućnosti poreznoga tretmana pojedinih financijskih transakcija.

Uvođenje poreznih savjetnika (uz odvjetnike, javne bilježnike, računovođe i revizore) u kompleksni sustav sprječavanja pranja novca opravdano je i logično jer teži zaokruživanju preventivnih mjera u cjeloviti sustav, obuhvaćajući pritom i nefinancijski sektor. Međutim, praksa ipak ukazuje na vrlo slabu statističku podlogu za njihovo uvrštavanje u obveznike provođenja preventivnih mjera, uvažavajući osobitosti njihovog poslovanja.

Vrlo slab odaziv poreznih savjetnika konkretnim prijavljivanjem sumnjivih transakcija, a posebno prijavom zatraženog savjeta o pranju novca, može se opravdati tek nedavnim usklađivanjem domaćeg zakonodavstva s međunarodnim standardima. Uz stalno obrazovanje i daljnju razradu podzakonske podloge, prvenstveno indikatora za prepoznavanje sumnjivih transakcija, u budućnosti se može očekivati relativno povećanje broja prijavljenih transakcija. Njihov se broj ne može drastično povećati, već će ostati u granicama koje zadaje statistika u međunarodnim okvirima, što se može smatrati njihovim standardom.

Temeljem stranih i domaćih statističkih podataka koji govore prvenstveno o malom broju prijave sumnjivih transakcija evidentno je da se porezni savjetnici mogu svrstati u kategoriju niskoga rizika za pranje novca, a sasvim sigurno i za financiranje terorizma. Istinitost navedene tvrdnje zasigurno će potvrditi izvješća nadzornih tijela kojima bi u prilog trebala ići činjenica visokog stupnja osviještenosti poreznih savjetnika, uz mali broj modaliteta pranja novca koji bi podrazumijevali njihovu uključenost.

## Summary

### **THE ASSESSMENT OF THE DEGREE OF RISK ATTACHED TO TAX CONSULTANTS IN THE MONEY LAUNDERING PREVENTION SYSTEM**

The author in this article discusses the issue concerning the determination of degree of risk attached to tax consultants who participate in implementation of measures to prevent money laundering and financing of terrorism. She presents a historical overview of development of tax consultants' position and role in international standards, which were the basis for their inclusion in national legislation as well.

A concrete assessment of the risk associated with the participation of tax consultants in the money laundering prevention system has shown that the level of risk is low. The assessment is compared with the results of comparative analysis of tax consultants' tax returns reporting suspicious transactions in the Republic of Croatia and 13 neighbouring countries. To confirm their legal treatment, the author gives a detailed analysis of legislative regulations governing the prevention of money laundering and financing of terrorism currently in force and concludes that Croatian legislative regulations are completely harmonised with the international standards.

*Key words: tax consultant, money laundering, risk, prevention, business secret.*

## Zusammenfassung

### **RISIKOBEWERTUNG VON STEUERBERATERN IM SYSTEM DER GELDWÄSCHEREIPRÄVENTION**

Diese Arbeit setzt sich mit der problematischen Risikobewertung, auf Grund welcher Steuerberater verschiedene Präventionsmaßnahmen bei Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durchführen, auseinander. Die Autorin stellt einen historischen Einblick in die Rolle von Steuerberatern im Rahmen internationaler Prüfungsstandards, die als ein Model für die nationale Gesetzgebung dienen, dar.

Konkrete Risikobewertung von Steuerberatern deutet auf ein niedrigeres Risiko von Steuerberatern bei der Geldwäschereiprävention. Zum Zweck einer vergleichenden Risikobewertungsanalyse wurden Anmeldungen verdächtiger Transaktionen sowohl im Lande, als auch in dreizehn weiteren Nachbarländern recherchiert. Zusätzlich wird die heute gültige Gesetzesregulative der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsprävention, durch welche die Republik Kroatien den internationalen Standards angepasst wird, ins Detail analysiert.

**Schlüsselwörter:** Steuerberater, Geldwäscherei, Risiko, Prävention, Geschäftsgeheimnis.

Riassunto

## **LA VALUTAZIONE DEL LIVELLO DI RISCHIO DEI CONSULENTI FISCALI NEL PROCESSO DI PREVENZIONE DEL RICICLAGGIO DI DENARO**

Nel presente contributo viene trattata la problematica dell'accertamento del livello di rischio in base al quale i consulenti fiscali partecipano all'attuazione delle misure di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo. Si illustra sotto un profilo storico l'evoluzione della posizione e della funzione dei consulenti fiscali alla luce degli *standard* internazionali in base ai quali hanno individuato il proprio assetto anche nella legislazione interna.

La valutazione concreta del rischio dei consulenti fiscali, la quale indica un basso rischio dei consulenti fiscali nel sistema di prevenzione del riciclaggio, è esposta ad un'analisi comparata di denuncia di transazioni sospette dei consulenti fiscali nella Repubblica di Croazia ed in tredici paesi circostanti. A conferma del loro trattamento giuridico viene dettagliatamente esaminata la normativa giuridica attualmente vigente in materia di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo, attraverso la quale la Repubblica di Croazia appieno si conforma agli *standard* internazionali.

**Parole chiave:** consulente fiscale, riciclaggio di denaro, rischio, prevenzione, segreto professionale.



## ADDRESSING THE SEX/GENDER DIFFERENCE: AN INCLUSIVE APPROACH TO HUMAN RIGHTS

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

UDK: 342.7 – 055.2  
Ur.: 8. veljače 2010.  
Pr.: 10. svibnja 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

#### **RJEŠAVANJE PITANJA SPOLNE/RODNE RAZLIKE: INKLUZIVNI PRISTUP LJUDSKIM PRAVIMA**

*Ženska iskustva kršenja ljudskih prava dugo su bila marginalizirana u međunarodnom sustavu zaštite ljudskih prava. Glavni koncepti ljudskih prava – osobnost, ravnopravnost i sloboda, bili su definirani na temelju iskustava muškaraca, dok je okvir međunarodnog prava – podjela na privatno/javno, bio koncipiran na rodni (muški) način. Stoga ideal o univerzalnosti ljudskih prava još nije dosegnut.*

*Ovaj članak predlaže pristup interpretaciji ljudskih prava koji nastoji riješiti problem nedovoljne uključenosti. Inkluzivni pristup, utemeljen na feminističkim teorijama razlike, zahtijeva da se pažnja posveti spolnoj/rodnoj razlici, u doticaju s ostalim identitetskim odrednicama, te da se bori protiv nepovoljnosti koje se vežu na razliku. Pristup tako traži da se “žensko pitanje” postavlja pri konceptualizaciji i interpretaciji ljudskih prava. To bi rezultiralo rekonceptualizacijom subjekta, ravnopravnosti i slobode na način koji prepoznaje spolne (i druge) razlike. Nadalje, promijenile bi se granice podjele na privatno i javno čime bi se pitanja rodno uvjetovanog nasilja, reproduktivnog samoodređenja i ženske ekonomske podređenosti čvrsto postavila na agendu ljudskih prava.*

**Ključne riječi:** *ženska prava, sloboda, ravnopravnost, podjela na privatno i javno, žensko pitanje, rodno utemeljeno nasilje, reproduktivna sloboda, ekonomska podređenost žena.*

## **1. Introduction**

Women's experiences of human rights abuse have long been marginalised in international human rights law. Despite the high claims of inclusiveness and fundamental rights protection of all human beings, international human rights law has been under-inclusive. Obstacles to inclusiveness are found both in theory and in practice. Under-inclusive (and gendered) definitions of the concepts underlying human rights such as personhood, equality and freedom account for the fundamental problem on the theoretical level. In international law on the other hand, the problem remains the conceptual framework of international law, i.e. the gendered nature of the public/private divide in addition to the gender politics of the state and international community.

Nevertheless, the issue of under-inclusiveness can be resolved. There is nothing inherent in either human rights theories, or in the framework of international human rights law which would preclude the inclusiveness of international human rights law. It is argued in this paper that inclusiveness and therefore universality of human rights can (only) be achieved if greater attention is paid to sex/gender difference<sup>1</sup> and if efforts are made to remove disadvantages attached to difference. Therefore, this paper proposes an inclusive approach to human rights based on difference feminism theories.

## **2. Theoretical underpinnings of international human rights law**

International human rights instruments do not tackle the philosophical foundations of human rights in detail, but rather focus on the dignity and worth of human beings and equality of all humans. However, they very much build on the liberal human rights theories connected to the natural law philosophy.<sup>2</sup>

According to Kantian ethics which underlies these theories, rights flow from an individual's autonomy to choose his or her ends, consistent with an equal freedom of others.<sup>3</sup> Accordingly, the central focus of liberal human rights theories is personhood,

---

1 The term **gender** has traditionally been used to describe the socially constructed identity of women and men, while the term **sex** has traditionally been used to refer to their biological characteristics. I prefer the term 'gender discrimination' since it is the most commonly used term. When referring to the Court's jurisprudence on sex discrimination I use the term 'sex' in compliance with the Convention. It is important to note that women are discriminated both on account of sex and gender, which are not easily separable categories. For a critique of the binary view of sex/gender see e.g. J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (Routledge, New York 1990), and *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (Routledge, New York 1993).

2 J. Shestack, 'The Philosophical Foundations of Human Rights', in J. Symonides (ed.) *Human Rights: Concepts and Standards* (Aldershot, Ashgate 2000).

3 While some theories define autonomy as the central interest necessary for our wellbeing that needs to be protected through human rights (will-based theories), other theories (interest-based theories, theories based on equality of respect and concern)

i.e. the capacity to take responsibility as a free and rational agent for one's systems and ends; and the related ideas of freedom and equality. However, these concepts are defined abstractly, in terms of our common, abstract humanity, rather than in terms of our particular human experiences of suffering and disadvantage influenced by our particular identity characteristics and power positions. Differences, including gender-based ones are deliberately neglected in liberal theories of human rights and deemed as "less relevant...than our shared characteristics of rational and moral personhood."<sup>4</sup>

As liberal human rights theories proceed from the commonality of human experience and the universally shared human nature of rational agency, they define the right holder in an abstract manner. Moreover, due to a liberal individualistic political and philosophical orientation, they define the right holder in an atomistic manner as a 'genderless', 'disembodied' person of reason (whereby reason has traditionally been interpreted as excluding emotions), free from social and emotional ties and thus not restrained by its personal status and social position and relationships.<sup>5</sup>

Since the right holder is defined as an autonomous, atomistic individual, freedom is defined primarily as a negative freedom, in other words, the freedom to be left alone.<sup>6</sup> It is assumed that the best way to secure a free development of an individual's personality and to protect his or her autonomy is to secure the protection against interference. The state and other duty bearers have primarily negative duties to abstain from interfering in our freedom, rather than positive obligations to make our freedom more meaningful by redressing social inequalities and structuring relationships in a manner that fosters our autonomy. Hence, the focus of human rights is put on restraining the political power and regulating the 'public sphere.'

This view of freedom influences the conceptualisation of equality as equal treatment. In accordance with the centrality which provides us with equal capability to choose our ends, liberal human rights theories assert that we should all receive equal treatment, assuming that any other type of treatment would undermine the duty of the state to respect all choices and freedoms equally.<sup>7</sup> Likewise, inequalities attached to these differences that affect our ability to choose and express our agency are neglected.

To a great extent, international human rights law still operates on these concepts. In addition, the public/private divide, i.e. the central operating framework of international human rights law obscures women's interests.

---

define it as one of the many fundamental interests that human rights should protect.

4 M. Nussbaum, *Sex and Social Justice* (Oxford University Press, New York 1999) 146.

5 This is less valid for interest theories of human rights. See N. Lacey, 'Feminist Legal Theory and the Rights of Women' in K. Knopp (ed.). *Gender and Human Rights* (Oxford University Press, New York 2004).

6 Not all liberal theories of human rights adopt this view of freedom. However, it can be said that the negative conceptualisation of freedom is the dominant conceptualisation.

7 Some theories, most notably Dworkin's theory of equal concern and respect, however, have a more substantive understanding of equality. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, London 1986).

### 3. *The public/private divide and the gendered conceptualisation of rights, freedom and equality*

The public/private divide is visible at many levels in international human rights law. It has been the main focus of the feminist critique, which has claimed that beneath the various public/private dichotomies in international human rights law lie divisions based on sex and gender.<sup>8</sup> The first level at which the public/private distinction appears is the question of what should come under the purview of international supervision (be 'public'), and what should remain exclusively under the state's sovereign powers (be 'private'). In other words, the principal question here is which interests should be defined as human rights. At the second level, this distinction manifests itself in determining the types of relationships that come under the purview of international human rights law; i.e. it answers the question whether international human rights law regulates relationships between the individuals themselves. Both of these questions have been answered in a gendered manner as can be seen in the conceptualisation of rights, state obligations and the principle of equality and non-discrimination.

Furthermore, the public/private divide is most visible in the conceptualisation of the civil and political rights, which are still given primacy in international human rights law. These rights go hand in hand with the liberal view of the right holder as an abstract, pre-social person of reason. As predominantly negatively defined, these rights aim at safeguarding individuals from direct governmental interference with personal and political freedoms. Thus, the rights to freedom from torture and the right to liberty and security of the person are primarily concerned with the protection from arbitrary deprivation of life, ill-treatment and arrest and detention by the state agents.<sup>9</sup> However, women's lives, physical integrity and liberty are most often at risk of domestic and sexual violence, trafficking, FGM and denials of reproductive self-determination (such as the prohibition of abortion) and inadequate reproductive and sexual healthcare (such as inadequate maternal health care).

Women's experiences of human rights abuse do not easily translate into the state vs. individual paradigm as 'for most women, most of the time, indirect subjection to the state will always be mediated through direct subjection to individual men or

8 H. Charlesworth, C. Chinkin and S. Wright, 'Feminist Approaches to International Law' (1991) 85 *American Journal of International Law* 613; C. Romany, 'State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law' in R.J. Cook (ed), *Human Rights of Women: National and International Perspectives* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994); K. Engle, 'International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet' (1991-92) 13 *Michigan Journal of International Law* 517; D. Sullivan, 'The Public/Private Distinction in International Human Rights Law' in J. Peters and A. Wolper (eds), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives* (Routledge, New York 1995).

9 H. Charlesworth and C. Chinkin, 'Human Rights' in *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis* (Manchester University Press, Manchester 2000).



groups of men.<sup>10</sup> While women need to be protected from the state's interference into their private and political freedoms, very often they need the state to interfere in order to protect them from their intimate partners and members of their family.

However, the fact that women's rights are most often violated in the family has only recently been recognised, since the right to respect the family and the private sphere has been conceptualised as a duty of non-interference in these spheres. The question has thus been not whether the right to privacy in terms of self-determination has been respected regardless of the implicated sphere, but whether 'a governmental interference' in the family sphere existed. As Eisler argues, the conventional use of discretion has served as 'a means of preventing the application and development of human rights standards in the relationships between women and men'.<sup>11</sup> Furthermore, the tenacity of the divide, i.e. whether selective policy of non-interference can be politically neutral has not been questioned.<sup>12</sup>

Similarly, the freedom of religion has been interpreted as imposing a duty of non-interference, even where the application of this principle has meant permitting restrictions of women's sexual and reproductive freedoms, as well as freedom of expression and movement.

Just like religion, culture has been seen as a private sphere, even if cultural rights were often used to justify the subordination of women. Indeed, as Rao argues, no other group has suffered greater violations of its human rights in the name of culture.<sup>13</sup> While recognition of cultural rights acknowledges the influence of cultural norms on the development of personality and challenges the divide between positive and negative freedom, cultural rights still express the gendered public/private divide by regulating culture to the private sphere. This goes for the economic and social rights as well; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is largely focused on the public sphere.<sup>14</sup> For example, the right to just and favourable conditions of work is confined to work in the public sphere (work for remuneration), while most work by women is performed in informal economy. In addition, the right to health, as defined in the Covenant, fails to mention reproductive and sexual health.<sup>15</sup>

---

10 S. Wright, 'Economic Rights and Social Justice: A Feminist Analysis of Some International Human Rights Conventions,' (1992) 12 *Australian Yearbook of International Law* 241.

11 R. Eisler, 'Human Rights: Towards an Integrated Theory for Action' (1987) 9 *Human Rights Quarterly* 287, 292.

12 S.M. Okin, *Justice, Gender and the Family* (Basic Books, New York 1989); F.E. Olsen, 'The Myth of State Intervention in the Family' (1985) 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 835; F.E. Olsen, 'The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform' (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497.

13 A Rao, 'The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse' in J. Peters and A. Wolper (eds), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives* (Routledge, New York 1995).

14 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

15 CESCR has, however, interpreted the right to health to include reproductive and sexual health.

Thus, the gender perspective is lacking in the traditional interpretation of rights. While the human rights bodies are starting to recognise that violations of rights can take different form for women and men, they are still shy in imposing obligations on the state in the private sphere. Under international human rights law states have a responsibility not only for its own acts through direct action, complicity or acquiescence, but also for failure to exercise due diligence in preventing and punishing the acts of individuals.<sup>16</sup> Nevertheless, not all human rights bodies acknowledge the principle in question. For instance, the Committee against Torture has still not fully accepted this principle mostly because of the Convention's definition of torture, which requires that the act be committed by or at the instigation of, or with consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.<sup>17</sup> Furthermore, complicity and acquiescence are often narrowly interpreted. The pervasive nature of gender discrimination has usually not been taken into account when determining the responsibility of the state.

Moreover, the scope of positive obligations<sup>18</sup> tends to be limited: despite the availability of the wide-ranging measures as indicated in the general comments of the human rights bodies, the focus is usually placed on the legislative measures, whereas the states are given leeway in the sphere of cultural and social norms, especially when 'public morality' is at issue. This seems to be the case with sexual and reproductive rights. Finally, while it is recognised that the obligations can be different in respect of protecting the rights of women and men, positive obligations required to secure the rights of women are often confused with affirmative action.

Affirmative action<sup>19</sup>, on the other hand, is still seen as an exceptional measure

---

CESCR, 'General Comment 14 (2000)' in 'Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies' (2004) HRI/GEN/Rev.7, 86.

- 16 For differences between complicity, ratification/adoption and lack of due diligence as bases for state responsibility, see 'Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session' (23 April-1 June 2001 and 2 July- 0 August 2001) UN Doc A/56/10, ch. IV: State Responsibility (Draft Articles and Commentary). The doctrine of 'due diligence' was first expounded in international human rights jurisprudence by the Inter-American Court of Human Rights in *Velasquez Rodriguez v Honduras* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No 4 (29 July 1988).
- 17 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85, art 1(1).
- 18 Positive obligations refer to the state's duties to take positive steps to ensure that rights are protected, even in the sphere of relations between individuals. Positive obligations include the duty to prevent violations, investigate and where appropriate punish the perpetrator, and remedy the victim. The duty to prevent refer not only to the duty to set up an effective legal framework but all those measures of 'all those means of a legal, political, administrative and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts'. *Velasquez Rodriguez*, para. 175.
- 19 Affirmative action, also known as positive or reverse discrimination and temporary special measures refer to measures of preferential treatment of the members of the disadvantaged group undertaken with the aim of achieving *de facto* equality and remedying historical or existing discrimination against the group. For the measures to be legitimate there are generally two requirements: that they are undertaken with a

in international human rights law.<sup>20</sup> The dominant theory of equality in international law is the liberal theory; accordingly, the dominant test is that of equal treatment. While international human rights law recognises that different treatment is required when individuals are in significantly different situation, this prong of the test is in practice, however, rarely applied.<sup>21</sup>

The main presupposition underlying international human rights law constitutes the irrelevance of difference. The fact that women face mostly sex-specific threats in enjoying their human rights, requires different type of action on behalf of the states which should include the private sphere. Thus, international human rights law must acknowledge the relevance of the sex/gender difference and address inequalities attached to it.

### ***3.1. Feminist contributions to human rights theories***

The relevance of difference between women and men and among women themselves is the main focus of the difference feminism, which includes cultural, radical, diversity and postmodern feminism. Difference feminisms reject the view of an individual as an ‘abstract disembodied person of reason’ as well as the concept of universal human rights built upon this view, claiming that universalism cannot be achieved without paying attention to difference. Different strands of difference feminisms give different critiques and offer different proposals as is summarised below.

Cultural feminism<sup>22</sup> criticises human rights discourse for being a male discourse of the ‘ethics of justice’, calling for the incorporation of the ‘ethics of care’, which the supporter of this strand associate with women.<sup>23</sup> As the ‘ethics of care’ has traditionally been associated with the ‘private sphere’, these feminists ask for a deconstruction of the public/private divide. Cultural feminists criticise in particular the atomistic, individualistic view of the right holder, arguing that such a view of the individual does not represent the experiences of women whose

---

purpose of ameliorating disadvantage and that they are temporary in character.

20 They are mentioned only in the Convention on the Elimination of Racial Discrimination and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against women.

21 The European Court of Human Rights, for example, has applied the test only once in the case of *Thlimmenos v. Greece* [GC] (App no 38365/97) ECHR 2000-IV.

22 Cultural feminism developed in the late 1970s as a critique of liberal feminism’s standard of equal treatment. Cultural feminism focuses on sex/gender difference. It sees sex as a relevant social factor and asks for the recognition and revaluation of female difference.

23 The ‘ethic of justice’ is an ethic which involves abstracting moral problems from interpersonal relationships and balancing rights in a hierarchical fashion, while the ‘ethic of care’ represents a relational and contextual approach to moral problems that values care and empathy. These concepts and the idea of ‘different voice’ feminism were first developed by C. Gilligan in her research on the moral development of boys and girls. She found that male subjects typically responded to the moral problems with an ethic of justice, while her female respondents typically responded with an ethic of care. C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development* (Harvard University Press, Cambridge MA 1982).

lives have qualities of connectedness.<sup>24</sup> Moreover, cultural feminists criticise the conceptualisation of freedom as the freedom from ‘interference’ by others. They argue that freedom is only meaningful if it promotes relationships with other human beings, and hence submit that the freedom that human rights should promote is not a freedom to dissociate from others, but the freedom to safely associate with others.<sup>25</sup> Finally, these feminists criticise the dominant conceptualisation of equality as equal treatment, asking instead for a different treatment. Some specific proposals include re-conceptualising rights as relational<sup>26</sup> and creating separate ‘sexuate rights’ for women and men.<sup>27</sup>

On the other hand, radical feminism<sup>28</sup> criticises human rights for neglecting power relations: ‘male supremacy and female subordination.’<sup>29</sup> They also argue that the conceptualisation of the subject as autonomous person of reason is gender-biased, pointing to the fact that women have not yet had full autonomy and freedom due to the historically denied respect for their physical and sexual integrity. Furthermore, they argue against the conceptualisation of equality as either equal or different treatment, instead defining the equality question as the question of the distribution of power, i.e. the subordination of women. They hence propose a dominance approach to equality, according to which the test would be whether the measure in question perpetuates, facilitates or reinforces the subordination of women. This approach focuses on sex-specific abuses, such as violence against women, pornography and prostitution. Radical feminism exposes its political nature and places it into the public sphere, arguing for the re-conceptualisation of the public/private divide.

24 R. West, ‘Revitalising Rights’ in *Re-Imagining Justice: Progressive Interpretation of Formal Equality, Rights and the Rule of Law* (Ashgate, Aldershot 2003). J. Nedelsky, ‘Reconceiving Rights as Relationship’ (1993) 1 *Review of Constitutional Studies*

25 R. West, J. Nedelsky, *ibid.*

26 West argues for recognising the role human rights have in expressing and creating relationship and proposes the inclusion of the ‘right to security against private violence’ and ‘right to care’ as a part of such re-conceptualisation. Nedelsky similarly insists on acknowledging our relational nature, and the role of relationships in developing autonomy. *Ibid.*

27 Irigaray criticizes the dominant (male) conceptualisation of rights as ‘rights of having’ and proposes their re-conceptualisation as ‘rights of being’, which would express variety of identities rather than assuming a false equality between the subjects of rights. She proposes sexually specific rights that would recognise male and female cultures. Abstractly defined rights, such as rights to dignity and physical and moral integrity would pertain to both women and men, but would entail different entitlements (for women they would entail rights to virginity, right to choose motherhood, right to preferential guardianship of children, etc). L. Irigaray, *Thinking the Difference: For a Peaceful Revolution* (Routledge, New York 1994).

28 Radical feminism emerged in the 1980s as a response to the sameness/difference dilemma of liberal and cultural feminism. It focuses on the subordination of women, which is in their view structural in the same way that class oppression is structural for Marxists. MacKinnon, its most high-profile proponent, sees the appropriation of women’s sexuality by men as the central instrument of male dominance and the legal system as the central mechanism of its maintenance through the endorsement of male standard, conceived as ‘objectivity’.

29 C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard University Press, Cambridge MA 1987) 39.

Diversity feminists<sup>30</sup> criticise human rights law for neglecting the interlocking systems of discrimination. These theorists show that other identity characteristics and social attributes determine the frequency and the form of human rights abuse in addition to sex and gender. They also expose the exclusionary tendencies of universalistic discourses, such as international human rights law and call for legal reforms to give voices to previously excluded women. In that respect they propose the intersectional approaches to addressing discrimination which would recognise the suffering of those multiply disadvantaged.<sup>31</sup>

Postmodern feminist theorists<sup>32</sup> engage in the de-construction of the main international human rights law concepts, such as subjects, rights, equality, and freedom. These feminists reject the dominant view of a (legal) subject as an autonomous, rational, self-interested and a free-willed individual, opposing any dichotomies, such as the public/private divide, positive/negative freedom, male/female, as false.<sup>33</sup> They focus on multiplicity, instability and flexibility of the identity(ies) and the international human rights law's role in constructing sexed identities and power relations in society, seeing it 'as a site of political struggle over sex differences.'<sup>34</sup>

---

30 Diversity feminism developed in the late 20<sup>th</sup> century as a response to the essentialism of the previous theories, influenced by the emergence of new jurisprudential perspectives, in particular, by the Critical Legal Studies, critical race theory, lesbian jurisprudence and postcolonial and post-modern theories. It focuses on differences among women and interlocking systems of discrimination and includes feminists of colour, lesbian feminists, and 'the Third World feminists.

31 Crenshaw. K. (1989) 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics,' *University of Chicago Legal Forum* 1989: 139-169; 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color, 43 *Stanford Law Review* (1991) 1241. See also Working Group on Women and Human Rights, *Background Briefing on Intersectionality*, available at <http://www.cwgl.rutgers.edu/globalcenter/policy/bkgdbrfintersec.html>

32 Postmodern feminism does not represent a single theory. Moreover, postmodern feminists do not believe in a single theory or a single 'truth,' and are particularly opposed to creation of any 'Grand Theory.' Often following Derrida, many postmodern feminists use techniques of deconstruction to expose internal contradictions of apparently coherent system of thoughts. Other postmodern feminists, following Lacan, are interested in reinterpreting traditional Freudian psychoanalysis, with all its implications for biological determinism and subordination of women. Postmodern feminists often combine both theoretical perspectives. Finally, following Foucault, postmodern feminists analyse the discursive powers of law.

33 D. Cornell (*At the Heart of Freedom: Feminism, Sex and Equality* (Princeton University Press, Princeton 1998) has, for example, critiqued the binary notion of gender, insisting instead that 'there are as many different possible forms to our sexuate being as there are people'. See also J Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (Routledge, New York 1990); and *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (Routledge, New York 1993).

34 C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (Routledge, London 1989); M. Frug, *Postmodern Legal Feminism* (Routledge, New York 1992).

All of these theories bring vital contributions to human rights, but all have their limitations. While the cultural feminists' exposure of the maleness of dominant discourses and the call for the incorporation of the alternative values offers significant insights for re-conceptualising human rights, its strict classification of values into female and male (coupled with the call for different treatment and separate rights for women and men by some cultural feminists) has exclusive tendencies. Overstressing and oversimplifying gender difference, without paying attention to cultural construction of gender, may entrench gender difference without challenging the stereotypes and disadvantages attached to such difference.

Radical feminists' exposure of the 'implicit male gender' of the 'universal subject' of rights demands that women finally become subjects of human rights through inclusion of gender-based violence and re-conceptualisation of equality as dominance. Needless to say, this has significantly furthered the fight for women's rights. Despite this progress, radical feminism has serious essentialist tendencies.<sup>35</sup> It gives a one-dimensional account of women's subordination, portraying women as victims of sexual oppression.<sup>36</sup> Moreover, this theory assumes homogeneity of women and the centrality of gender impression.<sup>37</sup>

The intersectional approaches to discrimination is the central contribution of diversity feminists, whereas the postmodern feminists' main impact arises from their demand for the re-conceptualisation of subject, equality, freedom and public/private dichotomy in a manner that acknowledges multiplicity of identity and exposure of the controversies of utilising human rights discourse for the empowerment of women.<sup>38</sup> However, some of the proposals to deconstruct the woman as a subject when we can speak of ourselves as subjects, might be practically and politically damaging.<sup>39</sup> That said, postmodern critiques do not necessitate rejecting gender as a

35 Essentialism refers to false universalism and gender essentialism. False universalism refers to the use of the unstated norm of the most privileged group of women- namely, white, middle class, heterosexual women- as universal norm explaining experiences of all women. Gender essentialism refers to (which accords too much weight to gender oppression, minimizing the impacts of oppression based on race, class or sexual orientation). See K. Barllet, *Gender Law*, (1994) 1 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 1.

36 Lesbian feminists were particularly critical of MacKinnon's portrayal of sexuality, warning her against basing the theory on the experiences of heterosexual women alone. See, e.g. PA Cane, 'Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories' (1989-90) 4 *Berkeley Women's Law Journal* 191.

37 For a critique of the exclusion of the concerns of women of colour see A. Harris, 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theories' (1990) 42 *Stanford Law Review* 581. For the exclusion of lesbian experiences see Cane, *ibid.*

38 R. Kapur, 'Revisioning the Role of Law in Women's Human Rights Struggles' in Meckled-Garica, S. and Cali, B. (eds.) *The Legalisation of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives* (Routledge, London 2006).

39 The distinction has been made between sceptical and affirmative postmodernists. While sceptical focus on the negative, affirmative postmodernists adopt less dogmatic, negative, ideological attitudes to the present and future. Not all socio-political action is decried, not all values rejected. Thus, affirmative postmodernism offers avenues for development. In addition, different legal postmodern theories differ in their views on utility of legal action; while Smart

conceptual tool for the political pursuit of women's equality and women's rights, but rather advocate its decentralisation and placement aside other crucial factors such as race, class, sexual orientation, age, etc. By doing so, they place the goal of achieving the 'freedom of all sexed beings' on the agenda of the feminist movement.<sup>40</sup>

### ***3.2. Incorporating feminist critiques: An inclusive approach to human rights***

As the difference feminisms show, the universal human rights framework has to take sex/gender into account and recognise all particular instances of the violations of abstractly defined universal rights, even when they take different forms in respect to men and women. Difference is, after all, what all humans have in common. Moreover, difference, particularly sex/gender difference as a primary axis of social differentiation, significantly influences the position of power in the society and hence the frequency and form of human rights violation. Thus, the 'woman question' calls for re-conceptualising and re-interpreting human rights.<sup>41</sup> Women's rights need to be incorporated into the universal human rights framework.

Universal human rights cannot be secured by merely employing the equal treatment strategy. While it is true that we all share common humanity, common human characteristics are developed differently in different human bodies under different external conditions and are given different meaning by different cultures.<sup>42</sup> Both our commonality and difference define us equally as human beings wherefore, the theory of equality and human rights have to take these two features into account. Equal treatment strategy fails as it gives primacy to the abstract human commonality, neglecting the differences and power dynamics which are inherent in difference. Hence, the theory of inclusive human rights jurisprudence rejects this conceptualisation of equality. It also rejects the conceptualisation of equality as different treatment. Such a conceptualisation essentialises gender difference while, as a comparative approach, it does not challenge structural disadvantages attached to difference.

The concept of inclusive jurisprudence is based on the idea of equality as a challenge to disadvantage. Built upon the dominance theory of equality this approach is modified by critiques of its essentialism by the theory of intersectionality of discrimination. It examines whether the challenged measure perpetuates disadvantage of traditionally disadvantaged social groups. Likewise, by assessing such measures it investigates multiple and intersectional forms of discrimination taking the perspective of those affected by it into consideration. This

---

proposes decentralising law, Frug proposes legal strategies through re-construction.

40 D. Cornell (n. 33)

41 Asking the 'woman question' means looking beneath the surface of legal concepts and rules to identify the gender implications of rules and assumptions underlying them. KT Bartlett, 'Feminist Legal Methods' (1990) 103 Harvard Law Review 829.

42 B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory* (Macmillan, Basingstoke 2000).

conceptualisation of equality responds to the difference in a manner that respects difference (without essentialising it), but challenges (multiple and intersectional forms of) disadvantages attached to the differences.

In addition, the concept of inclusive human rights jurisprudence challenges the dichotomies between positive and negative freedom and positive and negative obligations. As cultural feminists note we cannot develop as human (social) beings by being left alone: 'what makes our autonomy possible is not separation but relationship.'<sup>43</sup> These relationships, however, must be free from violence, discrimination and other violations of personal autonomy, as emphasised by radical feminists in particular. Hence, in addition to negative obligations, the state should have positive obligations to render our freedoms more meaningful. This can be achieved by tackling the effects of different kinds of discrimination based on our personal characteristics and by promoting relationships between individuals that foster development of autonomy and freedom.

Human rights must also be protected in the private sphere. Not only is the public/private dichotomy false, it is also gendered as it makes violence against women invisible. Human beings live in both public and private spheres. Women have traditionally been assigned to the 'private sphere' of family which was perceived as being outside the reach of international human rights law, even when their private choices and the right of self-determination have been violated. The dichotomy hence needs to be re-conceptualised in a manner that challenges discrimination and violence in the private sphere, while protecting the right to self-determination and personal development (in both 'public' and 'private' spheres). Violence against women and violation of sexual and reproductive rights has to be incorporated into the human rights agenda.

### **Conclusion**

Although the main premise of international human rights law is universality and the equal respect of rights of all human beings, women's human rights remain marginalised in practice. As analysed in this paper the reasons for under-inclusiveness lie in the gendered conceptualisation of the main theoretical concepts on which international human rights law is based and in the gendered framework of international law, i.e. in the public/private divide.

The international human rights law has traditionally operated on the idea of genderless disembodied persons of reasons operating in the public sphere. The main aim was to protect them against an overly zealous state encroaching upon the private sphere. International human rights law has started to recognise the relevance of (gender) difference and inequalities situated in the private sphere. What more, its boundaries are starting to shift and women's rights are becoming recognised as part of the universal human rights law. However, much remains to be done in order for the international human rights law to become truly inclusive.

---

43 Nedelsky.



The first step is to re-conceptualise the subject, equality and freedom in a manner that recognises gender difference and the disadvantages attached to it. This would result in shifting of the public/private divide so that violence against women, violations of reproductive rights and women's economic disadvantage would finally be placed on the human rights agenda and could not be justified by the 'private spheres' of culture, tradition or religion.

## Summary

### **ADDRESSING THE SEX/GENDER DIFFERENCE: AN INCLUSIVE APPROACH TO HUMAN RIGHTS**

Women's experiences of human rights abuse have long been marginalised in international human rights law. The main human rights concepts such as personhood, equality and freedom have been defined on the basis of the experiences of men. Likewise, the main framework of international law, i.e. the public/private divide has been defined in a gendered (masculine) manner. Thus, the ideal of universality of human rights has not yet been achieved.

This paper proposes a new approach to the interpretation of human rights with the view of resolving the problem of under-inclusiveness. Under the inclusive approach based on difference feminism theories, greater attention should be paid to the sex/gender difference, while efforts should be made to remove disadvantages attached to difference. Hence, the 'woman question' should be posed by re-conceptualising and re-interpreting human rights concepts, i.e. the subject, equality and freedom in a manner that recognises gender (and other) difference. Furthermore, the boundaries of the public/private divide would be shifted and gender-based violence, reproductive self-determination and women's economic disadvantage finally placed on the human rights agenda.

**Key words:** *Women's rights, freedom, equality, the public/private divide, woman's question, gender-based violence, reproductive freedom, women's economic disadvantage*

## Zusammenfassung

### **SEX- UND GESCHLECHTSUNTERSCHIEDE ÜBERPRÜFT: INKLUSIVER ANSATZ ZU MENSCHENRECHTEN**

Unterdrückung der Menschenrechte aus der Perspektive von Frauen wurde im Kontext der internationalen Menschenrechte lange marginalisiert. Darüber hinaus wurden die Grundbegriffe des Menschenrechts wie Persönlichkeit, Gleichheit und Freiheit aus der männlichen Perspektive definiert. Die Aufteilung des Völkerrechts auf privates und öffentliches wurde auch geschlechtsbewusst (maskulin) definiert. Deswegen ist das Ideal universaler Menschenrechte noch nicht erreicht worden.

In dieser Arbeit wird ein neuer Zugang zur Auslegung von Menschenrechten vorgeschlagen, mit der Absicht das Problem der Unterinklusivität zu beseitigen. Der auf der feministischen Unterschiedstheorie basierte inklusive Ansatz, fordert größere Achtung für die Geschlechtsunterschiede die eng mit anderen Identitätsmerkmalen verbunden sind, und fordert Bemühungen um die aus den Unterschieden ergebende

Nachteile zu beheben. Ferner, die sog. Frauenfrage setzt voraus, dass einige Grundbegriffe wie Gleichheit und Freiheit rekonzeptualisiert und neuinterpretiert werden, unter Anerkennung der Geschlechts- und anderer Unterschiede. Damit wären die Grenzen der Teilung öffentlich/privat geschoben um endlich geschlechtsbasierte Gewalt, reproduktive Selbstdeterminierung und ökonomische Position von Frauen an die Menschenrechtsagenda zu stellen

***Schlüsselwörter:** Frauenrechte, Freiheit, Gleichheit, Teilung öffentlich/privat, Frauenfrage, geschlechtsbasierte Gewalt, reproduktive Freiheit, ökonomische Position von Frauen*

### Riassunto

## **RISOLUZIONE DELLA QUESTIONE DELLE DIVERSITA' CONNESSE AL SESSO/GENERE: APPROCCIO INCLUSIVO AI DIRITTI UMANI**

Le esperienze delle donne sulla violazione dei diritti umani a lungo sono state poste ai margini nell'ambito internazionale di tutela dei diritti umani. Il concetto principale dei diritti umani – la personalità, l'eguaglianza e la libertà erano definiti in base a esperienze maschili, mentre il quadro del diritto internazionale – la suddivisione tra privato e pubblico, era concepito al maschile. I diritti umani, pertanto, non hanno ancora raggiunto un'ideale di universalità.

Questo articolo propone un approccio all'interpretazione dei diritti umani, il quale cerca di risolvere il problema dell'insufficiente partecipazione. L'approccio partecipativo, fondato sulle teorie femministe della diversità, pretende che l'attenzione venga dedicata alla differenza di sesso/genere, nell'intersezione con gli altri fattori di identificazione e che lotta contro le avversità che si legano alle differenze. Tale approccio richiede che nella concettualizzazione ed interpretazione dei diritti umani si ponga "la questione femminile". Il tutto risulterebbe con la riconcettualizzazione del soggetto, dell'eguaglianza e della libertà nel modo che permette di riconoscere anche le diversità di sesso. **Ancora, cambierebbero i confini** del privato e del pubblico in modo tale da porre nell'agenda dei diritti umani le questioni della violenza dovuta al genere di appartenenza, della libertà di riproduttiva e degli svantaggi economici femminili.

***Parole chiave:** Diritti delle donne, libertà, eguaglianza, suddivisione tra privato e pubblico, questione femminile, violenza dovuta al genere di appartenenza, libertà di riproduttiva, svantaggi economici femminili.*



## OPASNOST OD RUŠENJA ZGRADE

Vicko Prančić, dipl. iur.  
Sudac Županijskog suda u Splitu

UDK: 347.517  
Ur.: 8 ožujka 2010.  
Pr.: 1. rujna 2010.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Ruševne i dotrajale zgrade, odnosno druge građevine izvor su opasnosti za život i zdravlje ljudi, susjedne zgrade i druge građevine te stvari. Takve zgrade ili građevine osobito su opasne za vremenskih nepogoda (jak vjetar, dugotrajne oborine - kiše ili snijega), kada s dotrajalih fasada otpada žbuka, dolazi do padanja dimnjaka, trošnih prozorskih okana i škura, urušavaju se krovništa ili s njih otpadaju crjepovi i krovni žljebovi ili dolazi do potpunog urušavanja, što dovodi u životnu opasnost prolaznike i ugrožavanja tuđih susjednih nekretnina. Stoga se od vlasnika nekretnine očekuje pravodobno poduzimanje odgovarajućih mjera zbog otklanjanja opasnosti koje prijete prolaznicima i susjednim nekretninama. Odnosno, poduzimanje potrebnih mjera sanacije i popravaka nastalih oštećenja na zgradi ili građevini. Ako on to ne učini dobrovoljno i pravodobno tada i susjed, čija je nekretnina u opasnosti, može zahtijevati od vlasnika zgrade ili druge građevine poduzimanje mjera za sprječavanje nastanka štete. U radu se razmatra zaštita nekretnina kojima prijete opasnost od rušenja zgrade sa stvarnopravnog, obveznopravnog i upravnopravnog gledišta. Iscrpno se razmatra i odgovornost vlasnika zgrade ili druge građevine za štete nastale trećim osobama zbog propusta u njihovoj izgradnji ili zbog neodgovarajućeg održavanja.*

**Ključne riječi:** *zgrada, rušenje, opasnost oštećenja, susjedna nekretnina, naknada štete, otklanjanje opasnosti, osiguranje buduće štete.*

### **1. UVOD**

Pravo vlasništva ovlašćuje svoga nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima (članak 30. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima-ZVDSP<sup>1</sup>). Karakterizira ga potpunost vlasnikove privatne

1 Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.

pravne vlasti glede stvari, čija je pozitivna strana bezgranično pravo da sa svojom stvari čini što ga je volja, a negativna strana ovlast vlasnika da svakoga drugoga isključi od samovoljnih zahvata u njegovu stvar.

Međutim, pravo vlasništvo ne daje samovoljnu, nego socijalno vezanu moć. Ono se smije izvršavati samo u granicama pravnog poretka. Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru (članak 48. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske<sup>2</sup> i članak 31. stavak 1. ZVDSP-a). U hrvatskom pravnom poretku postoji socijalna vezanost vlasništva. Odnosno, vezanost vlasnikove načelne slobode dužnostima prema drugim subjektima u društvu i društvu kao cjelini.<sup>3</sup> Zbog socijalne vezanosti vlasništva vlasnikova privatna pravna vlast nije ograničena u sadržaju, nego u načinu izvršavanja.

Mogućnost izvršavanja prava vlasništva ograničavaju i pravila o susjedskim pravima. Njima se uređuju odnosi između konkurirajućih pravnih vlasti vlasnika susjednih nekretnina, odnosno rješava se pitanje sukoba pravnih vlasti dvaju ili više prava vlasništva na nekretninama. Tim se pravilima s gledišta susjedskopravne zajednice u razgraničavanju pravnih sfera vlasnika susjednih nekretnina ograničava izvršavanje pravne vlasti pojedinih vlasnika/susjeda glede njihovih nekretnina. Pravila o susjedskim pravima izazivaju na strani vlasnika nekretnine dužnost trpljenja, propuštanja ili činjenja u korist vlasnika druge nekretnine iz susjedskopravne zajednice. Kao i pravo zaštite od ponašanja kojima se narušava ravnoteža u izvršavanju prava vlasništva u susjedskoj zajednici.<sup>4</sup>

Odbredbama o susjedskim pravima uređuje se i situacija kada postoji opasnost od rušenja zgrade. Naime, odredbom članka 111. ZVDSP-a propisano je da *kad postoji ozbiljna opasnost da bi se nečija zgrada ili neki drugi dio nečije nekretnine mogao potpuno ili djelomično srušiti, od čega prijeti opasnost susjednoj nekretnini, susjed čija je nekretnina u opasnosti može od onoga čiji je to objekt zahtijevati poduzimanje potrebnih mjera za sprječavanje nastanka štete, kao i zahtijevati dovoljno osiguranje naknade buduće štete.*

Odbredbom članka 111. ZVDSP-a uređeno je susjedsko pravo koje, prema klasifikaciji u teoriji,<sup>5</sup> spada u skupinu susjedskih prava kojima vlasnik/posjednik jedne nekretnine ima pravo zahtijevati od vlasnika/posjednika susjedne nekretnine neko **činjenje** radi otklanjanja opasnosti kojom se ugrožava susjedna nekretnina.

S obzirom na svoj sadržaj, odredba članka 111. ZVDSP dopunjuje zaštitu prava vlasništva, koja vlasniku pripada na temelju općih odredaba stvarnog odnosno obveznog prava. Naime, prema općim odredbama stvarnog prava, kojima je uređena zaštita prava vlasništva, vlasnik nekretnine kod rušenja susjedne zgrade može

2 Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00,124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01- pročišćeni tekst, 55/01 ispr.).

3 Vidi Gavella, Nikola, u: Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vladimir, Stipković, Zlatan, Stvarno pravo, svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 378.

4 Vidi Gliha, Igor, u: Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vladimir, Stipković, Zlatan, Stvarno pravo, svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 668. i dalje: Gliha/Gavella, Stvarno pravo.

5 Vidi Gliha/Gavella, Stvarno pravo, str. 649.

zahtijevati zaštitu od uznemiravanja, odnosno prestanak uznemiravanja u smislu odredbe članka 167. ZVDSP-a kada je već nastupilo bespravno uznemiravanje. Po općim pravilima o naknadi štete može zahtijevati naknadu štete kada je nastala šteta na susjednoj nekretnini. Dakle, u oba je slučaja pretpostavka zahtjeva već nastalo uznemiravanje, odnosno nastala šteta.

Odredba članka 111. ZVDSP-a dopunjuje zaštitu vlasništva time što vlasniku susjedne nekretnine pruža zaštitu protiv budućeg ugrožavanja i nastanka štete na njegovoj nekretnini preventivnim obrambenim zahtjevom, odnosno davanjem osiguranja kao sigurnosti za naknadu štete koja potencijalno može nastati. Svrha je, pravila koja uređuju opasnost od rušenja zgrade, da susjed čija je nekretnina u opasnosti ne mora čekati nastanak štete, da bi tek onda mogao zahtijevati naknadu štete. Nego može i prije nastanka štete zahtijevati poduzimanje odgovarajućih mjera radi sprječavanja nastanka štete te davanje jamstva radi saniranja buduće štete.

## 2. UREĐENJE ZAŠTITE OD RUŠENJA ZGRADE U POVIJESNOPRAVNOM KONTEKSTU

### a) Rimsko pravo

U rimskom je pravu vlasništvo pojmovno shvaćano kao potpuna i isključiva pravna vlast na tjelesnoj stvari.<sup>6</sup> Unatoč takvom pojmovnom shvaćanju vlasništva, ipak su postojala određena ograničenja vlasništva, pretežno vlasnika zemljišta, i u interesu susjeda i u javnom interesu. U svezi s tim je radi rješavanja sporova i zaštite zemljišnog vlasništva u susjedovnim odnosima, rimsko pravo u slučaju rušenja susjedove trošne građevine vlasniku susjednog zemljišta davalo zahtjev na *cautio damni infecti*. *Cautio damni infecti* je jamstvo što ga je vlasnik nekretnine kojemu je zbog manjkavosti susjednoga zemljišta i zgrada podignutih na tom zemljištu prijetila opasnost od štete mogao tražiti od vlasnika susjednog zemljišta, tj. obećanje stipulacijom da će mu naknaditi štetu koja bi mogla nastupiti.<sup>7</sup>

Pretpostavke za traženje *cautio damni infecti* su:

a) Šteta protiv koje je usmjerena *cautio damni infecti* mora imati svoj temelj u *vitium aedium, loci ili operis* (Dig. 39.2.24.12, Ulp. 81).

Prije svega i najčešće ruševnost (trošno stanje) susjednih zgrada (*vitium aedium*) ovlašćuje ugroženoga vlasnika susjednoga zemljišta zahtijevanje *cautio damni infecti*.

Mnogo manje su uvjeti za *cautio damni infecti* bili u slučaju *vitium loci*, tj. zbog štete koja prijeti susjedu zbog manjkavog stanja susjednog zemljišta (Dig. 39.2.38.1, Paul.; Dig. 6.1.19, Ulp.). Budući da ono što je priroda stvorila manje podložno promjenama od onoga što je stvoreno ljudskim radom. Međutim, nitko ne odgovara za one štete koje imaju svoj uzrok u prirodnom svojstvu zemljišta (npr.

6 Horvat, Marijan, Rimsko pravo, 5. izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1967., str. 119.

7 Horvat, op. cit., str. 153.

ako je zemljište močvarno ili pješčano). Manjkavo svojstvo zemljišta, dakle, svoj nastanak mora imati u vanjskim okolnostima, koja ne smiju biti *naturale vitium*.

Pod *vitium operis* se shvaća ne samo manjkavo (trošno) svojstvo građevina, zbog čega nekomu prijeti opasnost od štete, nego opus znači i svaku građevinsku promjenu koju netko poduzima na svojem zemljištu (Dig. 39.2.19.1, Gai.; Dig. 46.8.18, Pomp.).

Vlasnik zemljišta ne odgovara za one štete koje su prouzročene višom silom (*casus fortuitus*-Dig. 39.2.24.3, Ulp.) ili božanskom silom (*vis divina*-Dig. 39.2.24.4, Ulp.). Primjerice kada se zbog potresa zgrada sruši na susjednu zgradu. Ali, vlasnik je dužan naknaditi štetu koja je nastala nakon proteka određenog vremenskog razdoblja od nastanka izvanrednog prirodnog događaja koji je prouzrokovao opasno stanje njegove zgrade, zemljišta ili kakve naprave, ako je imao vremena spriječiti nastupanje štete poduzimanjem odgovarajućih mjera (na primjer popravljanjem ili uklanjanjem), a propustio je to učiniti (Dig. 39.2.24.5, Ulp.).

b) Šteta za koju se zahtijeva davanje *cautio damni infecti* mora neposredno prijetiti susjednoj nekretnini, a ne osobi. Tko dolazi na ugroženo zemljište ili posjećuje trošnu gostionicu ne može zbog toga što su ugroženi njegov tjelesni integritet ili život zahtijevati davanje *cautio damni infecti* (Dig. 39.2.13.4, Ulp.).

c) Mora se raditi o budućoj prijetećoj šteti, odnosno šteti koja tek predstoji, a ne o šteti koja je već nastupila. Ovaj je zahtjev nedvosmisleno izrečen u oznaci ovoga pravnog sredstva. *Damnum infectum* je šteta koja još nije nastala, ali za koju se bojimo da će nastati.<sup>8</sup>

Pravo zahtijevati *cautio damni infecti* ima ne samo vlasnik/suvlasnik stvari, nego i onaj na čiji rizik ta stvar može propasti (Dig. 39.2.18, Paul.)<sup>9</sup>. Tu spadaju emfiteut, superficijar, plodouživatelj i založni vjerovnik. Obveznopravni ovlaštenici mogu zahtijevati *cautio damni infecti* ako odgovaraju za kustodiju zemljišta.<sup>10</sup>

Obveznici na davanje *cautio damni infecti* su vlasnik/suvlasnik zemljišta od kojega prijeti opasnost, emfiteut, superficijar, plodouživatelj, založni vjerovnik. Nadalje na davanje *cautio damni infecti* je obvezan ne samo *bonae fidei possessor*, nego i svaki juristički posjednik.<sup>11</sup>

*Cautio damni infecti* stvara uvjetnu obvezu na naknadu štete koja se ostvaruje s *actio damni infecti*, *actio ex stipulatu*. Naime, tužba je uvjetovana time da je stvarno nastupila buduća prijeteća šteta. Šteta obuhvaća ne samo stvarnu štetu (*damnum emergens*), nego i izmaklu korist (*lucrum cessans*).

Ako protivnik odbije dati *cautio damni infecti* u određenom roku koji mu je odredio magistrat, on se ne može prisiliti na davanje jamstva tužbom, nego je

8 *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur (D.39,2,2 Gai.); Hoc edictum prospicit damno nondum facto.... de damno vero facto nihil edicto cavetur (Dig. 39.2.7.1, Ulp.).*

9 *Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est.*

10 Aebli, Wilhelm, *Die cautio damni infecti*, Zürich, 1867., str. 22.

11 Aebli, op. cit., str. 28.



onoga tko je zahtijevao jamstvo, na njegov zahtjev pretor uvodio u posjed (zapravo detenciju) susjednog zemljišta (*missio in possessionem ex primo decreto*). Ako bi susjed i dalje odbijao dati jamstvo pretor je izdavao novi dekret (*missio in possessionem ex secundo decreto*) kojim je ugroženoga susjeda uvodio u isključivi posjed koji je dosjelošću mogao prijeći u civilno vlasništvo<sup>12</sup>.

#### b) Dalmatinsko statutarno pravo

Srednjovjekovno pravno uređenje dalmatinskih gradova počivalo je na odredbama statuta u kojima je kodificirano pravo kojim su uređeni unutarnji društveni odnosi i unutarnja organizacija u gradu. Naime, tijekom općeg razvoja srednjovjekovne komune i pojavom novih životnih odnosa dotadašnje pretežno običajno pravo je postalo nesposobno za reguliranje sve složenijih odnosa koji su se gospodarskim napretkom grada sve više razvijali. Radi poticanja gospodarske aktivnosti u sklopu sve jačeg prometa dobara i razvoja tržišta, jačanja pravne sigurnosti i učvršćenja stečene autonomije, nastaje potreba za kodifikacijom pravnih propisa koji su djelomice već postojali, a djelomice ih je trebalo ustanoviti u skladu s društveno-ekonomskim razvojem. Statutima su uređivani gotovo svi pravnorelevantni društveni odnosi na području grada osim onih koji su i nakon donošenja statuta prepušteni regulaciji običajnog prava. Statuti dalmatinskih gradova većinom su kompilacija pravnih pravila rimskog prava, crkvenih propisa katoličke crkve i običajnog prava. Statutarno je pravo uređivalo ne samo javnopravne odnose, kao što su organizacija vlasti, kaznenopravno ponašanje i sudski postupak, nego i privatnopravne odnose koji se uređuju pravom osoba, bračnim i obiteljskim pravom, stvarnim, obveznim i nasljednim pravom.

Statutarno pravo dalmatinskih gradova je u dijelu koji se odnosi na propise stvarnog, obveznog, obiteljskog i nasljednog prava vrijedilo sve do austrijskog Općeg građanskog zakona iz 1811. godine, koji je u Dalmaciji stupio na snagu 1. siječnja 1816. godine, a na otocima Koločepu, Korčuli, Šipanu, Lastovu, Visu, Mljetu i Lopudu 1. listopada 1816. godine.

Pravo vlasništva u srednjovjekovnoj Dalmaciji nije identično pojmu vlasništva rimskog klasičnog prava ni modernih zakonodavstava. Srednjovjekovno dalmatinsko privatno vlasništvo i pojam vlasništva nije jasno definiran pravni institut „relativno najpotpunije vlasti na stvari“, već je ono samo zbroj raznih stvarnopravnih ovlaštenja. Stoga pojam vlasništva bliži vlasništvu rimskog postklasičnog prava i niz stoljeća kasnijoj koncepciji vlasništva prema učenju postglosatora.<sup>13</sup> U skladu s tim u dalmatinskim statutima i ispravama nailazimo na nabranje stvarnopravnih ovlaštenja koja pripadaju nositelju prava. Tako vlasništvo tumačilo kao pravo imati

12 Horvat, op. cit., str. 154. Postoji i mišljenje da se s *missio in possessionem ex secundo decreto* na ugroženog susjeda prenosilo vlasništvo zemljišta. Vidi Eisner, Bertold u: Eisner, Bertold i Horvat, Marijan, Rimsko pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948., str. 271.

13 Margetić, Luj, Srednjovjekovno hrvatsko pravo - Stvarna prava, Zagreb, Rijeka, Čakovec, 1983., str. 75.

stvar, posjedovati je, koristiti se njome, uživati njezine plodove, raspolagati, prodati, zamijeniti, darovati itd.<sup>14</sup>

Iako je vlasnik načelno imao neograničenu i isključivu vlast na stvari, potrebe praktičnoga života dovele su do određenih prisilnih ograničenja vlasništva, u interesu privatnih osoba, uglavnom susjeda, ili u javnom, tj. općem interesu.

Među propisima koji uređuju ograničenja prava vlasništva u interesu susjeda, odnosno u općem interesu u dalmatinskom statutarnom pravu nalaze se i propisi koji se odnose na trošne zgrade koje mogu biti opasnost za susjeda, odnosno za druge osobe koje mogu biti ugrožene postojanjem takvih zgrada. Odredbe takvog sadržaja nalaze se u statutima većih i gušće naseljenih urbaniziranih gradskih zajednica te su stvarane pod jakim utjecajem rimskog prava, iako ne u svim takvim komunama. Tako na primjer u Trogirskom statutu nema takvih odredaba, iako je grad Trogir bio izrazito urbaniziran i na visokoj civilizacijskoj razini. U statutima manjih komuna gdje nije bilo većih gradskih cjelina, odnosno naselja s većim stupnjem urbanog razvitka ne nalazimo odredbe takvog sadržaja. Primjerice takvih odredaba ne nalazimo u Bračkom statutu, Hvarskom statutu, Lastovskom statutu, Mljetskom statutu i Poljičkom statutu.

**Splitski statut** u Knjizi III, Glavi XCII. *O trošnim kućama* (De domibus ruinosis) određuje da se komunom može narediti vlasniku trošne kuće da je popravi kako ne bi susjedu ili drugome nanijela kakvu štetu svojim rušenjem („*aptare, murare et taliter facere cum effectum, quod dicta domus non possit alicui personae affere periculum in personis, uel rebus*“).<sup>15</sup>

Sličnu odredbu sadrži i **Dubrovački statut**<sup>16</sup> u Knjizi V. Glavi XVII. *O starim i trošnim građevinama* (De laboreris veteribus et ruinosis) kojom je određeno da se vlasnicima kuće uz put ili ulicu koja ima zid ili svod („*murum vel archivoltum*“) tako star i ruševan, koji bi lako mogao pasti, može narediti da taj zid ili svod ojačaju ili obnove. Ako to oni ne bi htjeli učiniti, tada je knez imao ovlast narediti da se zid ili svod sruše do temelja da nekoga ne ugroze.

14 Staničić, Gorana, Susjedovni odnosi u statutima srednjovjekovnih dalmatinskih gradova, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, God. 29, br. 1-2, Split, 1992., str. 264.

15 Odredba Glave XCII. o trošnim kućama glasi: “*Isto tako određeno je i naredeno, ako bi tko imao neku trošnu kuću, a neki bi se od njegovih susjeda bojao da bi mu ta trošna kuća mogla predstavljati opasnost ili nanijeti štetu stvarima i osobama u blizini, da su tada načelnik i njegova Kurija dužni na zahtjev bilo kojeg susjeda poslati dva ili tri majstora da na licu mjesta razvide stanje te trošne kuće. A ako ti majstori zidari zaključče i izvijeste da rečena trošna kuća može predstavljati opasnost osobama i stvarima, onda je vlasnik te kuće smjesta i bez ikakva otezanja, u roku koji mu odredi načelnik i njegova Kurija, na savjet rečenih majstora, dužan tu kuću popraviti, obzidati i tako je učvrstiti da ta kuća ne može ni osobama ni stvarima nanijeti nikakvu štetu. Ako pak u navedenom roku ne bi (kuću) popravio, kao što je rečeno, načelnik i njegova Kurija, pošto taj rok prođe, dužni su, vezani položenom prisegom, dati da se ta kuća sruši na trošak (vlasnika) kuće tako da se nijednoj osobi ne nanese štetu.*“ - vidi Dalmatinsko statutarno pravo - Statut grada Splita - III. znatno prošireno i izmijenjeno izd., Uvodnu studiju napisao, Statut s latinskog preveo i posebnim kazalom pojmova popratio te za tisak priredio Antun Cvitanić, Književni krug Split, 1998., str. 547-549.

16 Statut grada Dubrovnika, Dubrovnik, Državni arhiv u Dubrovniku, 2002.

Isto tako i **Šibenski statut**<sup>17</sup> u Knjizi VI, koja sadrži odredbe kaznenih optužnica i kazni, Poglavlje LXXXI. *O popravku ruševnih zgrada (De aedificiis ruinosis reparandis)* propisuje da se vlasniku ruševne zgrade, koja može nekomu nanijeti štetu, može narediti da zgradu poruši ili popravi. Ako to on ne učini u određenom roku dužan je platiti novčanu kaznu od koje polovica ide komuni, a druga polovica prijavitelju. Ako je ruševna zgrada nekome nanijela štetu propisano je, da je vlasnik navedene zgrade dužan naknaditi ili popraviti nastalu štetu i da se navedena zgrada treba porušiti o izdatku i trošku samog vlasnika.

U funkciji zaštite od rušenja zgrada su i odredbe nekih statuta kojima se uređuje postupanje zidarskih majstora pri izvođenju zidarskih radova. Tako je u **Zadarskom statutu**, Knjizi petoj u Glavi 27. koja ima naslov: *Kazna što ima stići zidare koji propuste poduprijeti zidove iznutra i izvana* određeno da su zidarski majstori i njihovi radnici koji na sebe preuzmu neki posao obvezni poduprijeti zidove izvana i iznutra pod prijetnjom novčane kazne u korist Zadarske općine.<sup>18</sup>

U vezi s ruševnim kućama treba primijetiti da su neki dalmatinski statuti vodili brigu o obnovi napuštenih i ruševnih kućišta u gradu pa su takva kućišta i onda kada su imala vlasnika, besplatno dodjeljivana svakome tko je bio spreman kuću obnoviti. Tako su u Glavi IV. **Reformacija korčulanske komune** koja nosi naslov: *O davanju (raskritih) kućišta onima koji ih žele popraviti* propisane pretpostavke za prestanak prava vlasništva zbog nepopravljanja ruševne i zapuštene kuće. U toj se glavi određuje da „sadašnji ili budući knez i suci mogu potpuno po svojoj slobodnoj volji dati i osigurati raskrita i zapuštena kućišta svima i svakom čovjeku, kako domaćima tako i strancima koji ih žele osposobiti za stanovanje, time da ta kućišta ostaju vječno tim ljudima i njihovim potomcima i nasljednicima koji su ih popravili tako da mogu s njima činiti što hoće kao sa svojim vlastitim stvarima, a Komuna se obvezuje braniti i obraniti takvog vlasnika na sudu i izvan suda od svakoga tko bi ga u tome smetao, odnosno braniti i obraniti vlasništvo tih ljudi nad tim kućama tako ustupljenim i dodijeljenim.“ Da bi se izbjegle nesuglasice određeno je da se najprije moraju pitati vlasnici tih kuća žele li popraviti kućište. Ako oni to ne žele, tada gube sva prava na njega i kućište se može ustupiti drugim ljudima. Ako vlasnik kuće izjavi da želi popraviti kuću tada je to morao učiniti u roku od godine dana. Ako to ne bi u tom roku učinio tada je gubio kućište i još je morao platiti novčanu kaznu u korist Komune.<sup>19</sup> Iz toga se vidi da je u gradu bio veliki broj nenastanjenih, oštećenih kuća, pa je komuna odlučila grad obnoviti i naseliti, dajući takve objekte ne samo domaćim ljudima, nego i strancima, pod uvjetom da ih uredi i žive u njima. Istodobno su tom odredbom i dosadašnji vlasnici postali zainteresirani za svoje ruševne kuće, jer su ih inače gubili.<sup>20</sup>

17 Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika, Šibenik, Muzej grada Šibenika, 1982.

18 Zadarski statut, Zadar, Ogranak Matice Hrvatske u Zadru i Hrvatski državni arhiv u Zagrebu, 1997., str. 489.

19 Korčulanski statut, Zagreb - Korčula, 1987., str. 90.

20 Fazinić, Alena, Utjecaj Korčulanskog statuta na izgradnju grada Korčule u srednjem vijeku, Zbornik otoka Korčule 1, Zagreb, 1970., str. 78.

#### **4. OPASNOST OD RUŠENJA ZGRADE U PRAVNIM SUSTAVIMA KONTINENTALNOEUROPSKOG KRUGA**

Moderni pravni sustavi kontinentalno-europskoga kruga u koje ubrajamo njemačko, austrijsko i švicarsko pravo u svojim građanskim zakonicima uređuju zaštitu od rušenja zgrada i drugih građevina.

a) U **njemačkom pravu** zaštita od opasnosti od rušenja zgrada i drugih djela uređena je kao zakonsko ograničenje prava vlasništva u § 908. BGB. U njemu je propisano da vlasnik može, ako njegovom zemljištu prijete opasnost nastanka štete rušenjem zgrade ili drugog dijela koje je spojeno sa susjednim zemljištem ili odvajanjem dijelova zgrade ili dijela, zahtijevati od onoga tko bi bio odgovoran za nastalu štetu prema § 836. stavku 1. ili prema §§ 837. i 838. BGB poduzimanje potrebnih mjera radi otklanjanja opasnosti. Tim preventivnim zahtjevom za otklanjanje opasnosti se, s jedne strane, proširuje, odnosno dopunjava zaštita prava vlasništva što se tiče vlasnika susjedne nekretnine. S druge strane se za vlasnika ruševne zgrade ili drugog dijela ograničavaju prava koja mu pripadaju po odredbi §903 BGB. Po njoj je vlasnik ovlašten činiti sa stvari što ga volja i drugoga isključiti od svakog utjecaja na njegovu stvar, ako to nije protivno zakonu ili pravima trećih.

Prijeteća opasnost postoji ne samo onda kada je izvjestan nastanak buduće štete, nego i onda kada je s obzirom na dane okolnosti slučaja objektivno vjerojatan nastanak štete u skoroj budućnosti na susjednoj nekretnini. Zahtjev za otklanjanje opasnosti odnosi se samo na opasnosti koje dolaze sa susjedne nekretnine, pri čemu se ne mora raditi o nekretnini koja neposredno graniči s ugroženom nekretninom, nego tu spadaju sve nekretnine koje se nalaze u području ugrožavanja.<sup>21</sup>

Ugrožavanje susjedne nekretnine mora se zasnivati na postojećem ili očekivanom ruševnom stanju zgrade ili drugog dijela.

Ruševno stanje ne mora biti jedini uzrok opasnosti od rušenja ili odvajanja dijelova zgrade ili drugog dijela. Zahtjev za otklanjanje opasnosti postoji i onda kada su ljudsko ponašanje ili prirodne sile sudjelovale u rušenju, odnosno odvajanju dijelova zgrade ili drugog djela, ako se je s time, s obzirom na dane okolnosti slučaja, trebalo računati.

Zahtjev je usmjeren na poduzimanje potrebnih mjera radi otklanjanja opasnosti. Te se mjere mogu sastojati u popravljanju zgrade ili drugog dijela ili čak u njihovu rušenju. Međutim, ne može se postaviti zahtjev na poduzimanje određenih mjera, već je stvar obvezanika da sam odredi odgovarajuće mjere radi otklanjanja prijeteće okolnosti.<sup>22</sup>

Ovlaštenik zahtjeva je vlasnik/suvlasnik susjedne nekretnine te stvarnopravni ovlaštenici ako im pripadaju zahtjevi iz vlasništva, na primjer plodouživatelj, nositelj prava građenja, ovlaštenik stvarne služnosti, etažni vlasnik. U doktrini je sporno

21 Säcker, F. J., u: Münchener Kommentar BGB, Sachenrecht, 5. izd., München, 2009., § 908, str. 870.

22 Säcker, op. cit., str. 870.

pripada li zahtjev za otklanjanje opasnosti i posjedniku. Prema jednom stajalištu posjednik nije ovlaštenik zahtjeva za otklanjanje opasnosti.<sup>23</sup> Dok je prema drugom vladajućem stajalištu i posjednik (najmoprimac, zakupnik) ovlaštenik tog zahtjeva.<sup>24</sup>

Obveznik zahtjeva je onaj tko bi prema §§ 836. stavak 1., 837. i 838 BGB bio odgovoran za nastalu štetu. To je u prvom redu samostalni posjednik nekretnine - zgrade ili drugog djela (Eigenbesitzer - § 836. stavak 1. BGB), pri čemu njegova krivnja nije pretpostavka ovog zahtjeva.<sup>25</sup> Nadalje obveznik zahtjeva je i onaj tko na tuđoj nekretnini u vršenju nekog prava posjeduje zgradu ili drugo djelo (§ 837. BGB), te onaj tko je za posjednika preuzeo održavanje zgrade ili drugog s nekretninom spojenog dijela ili tko uslijed prava uporabe ima održavati zgradu ili djelo (§ 838. BGB).

b) U *austrijskom pravu* susjed koji je pretrpio štetu rušenjem ili odvajanjem dijelova kakve zgrade ili na zemljištu podignute naprave može prema § 1319. ABGB zahtijevati od posjednika zgrade ili naprave naknadu štete, ako je do rušenja ili odvajanja dijelova došlo zbog manjkavog stanja zgrade ili naprave, tj. zbog njihove loše konstrukcije ili nekvalitetnog načina gradnje ili neodržavanja.

Austrijsko pravo nema odredbe slične § 908. njemačkog BGB-a prema kojoj susjed može spriječiti štetu zahtijevajući od odgovorne osobe poduzimanje odgovarajućih mjera zbog otklanjanja opasnosti koja prijete njegovoj nekretnini od rušenja zgrade ili druge građevine. U odredbama ABGB-a koje uređuju pravna sredstva posjednika kada je smetan u svojem posjedu je, po uzoru na *cautio damni infecti* rimskoga prava, u § 343. propisano je da posjednik stvarnog prava ima pravo zahtijevati sudskim putem osiguranje, ako je već postojeća zgrada ili druga koja stvar<sup>26</sup> gotova srušiti se i njemu prijete očigledna šteta. Te ako se na drugi način politička vlast nije već dovoljno pobrinula za javnu sigurnost. Pretpostavka je za primjenu ove odredbe ruševno stanje susjedne zgrade ili druge tuđe stvari, što tužitelj mora dokazati. Ne traži se da se građevina od koje prijete opasnost nalazi u neposrednom susjedstvu ugrožene nekretnine, iako je to u pravilu slučaj, već se zaštita može zahtijevati i od udaljenih građevina, na primjer kada se radi o ruševnom tornju ili visokom dimnjaku.<sup>27</sup>

Međutim, odredba § 343. ABGB-a nema skoro nikakvo praktično značenje budući da su u takvim slučajevima propisane odgovarajuće javnopravne mjere tako

23 Tako Bassenge, Peter u: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. neubearbeitete Aufl., Verlag C.H. Beck München, 2009., str. 1415.

24 Tako Säcker, op. cit., str. 871.

25 Säcker, op. cit., str. 871.

26 Zahtjev postoji ne samo kod građevina u užem smislu, nego i kod svake druge tuđe stvari koja zbog opasnosti od rušenja predstavlja prijetnju za tuđi posjed, pa tu dolaze u obzir na primjer stablo, stup, kip, reklamna ploča, kran. Vidi Kodek, Georg, E.: Die Besitzstörung, Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes, Wien, 2002., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, str. 678.

27 Kodek, op. cit., str. 678.

da se vlasti dovoljno brinu za javnu sigurnost.<sup>28</sup>

Zahtjev za osiguranje po § 343. ABGB-a ostvaruje se u postupku zbog smetanja posjeda. § 459. ZPO izrijeком navodi davanje osiguranja prema § 343. ABGB kao mogućí sadržaj konačnog zaključka koji se donosi u postupku zbog smetanja posjeda.

Zahtjev nije usmjeren na otklanjanje opasnog stanja, na primjer na uklanjanje ruševne zgrade ili njezin popravak, nego samo na davanje osiguranja za eventualne zahtjeve za naknadu štete.<sup>29</sup> U odgovarajućoj visini nametnuto osiguranje može, međutim, *posredno* izvršiti djelotvoran pritisak na tuženika da otkloni stanje prijeteće opasnosti za susjednu nekretninu.

Vrste osiguranja koje je tuženik dužan dati regulirane su u § 1373 i 1374. ABGB-to su založno pravo (*pignus* ili hipoteka) i jamstvo. Visina tražbine koju treba osigurati mora biti naznačena u tužbenom zahtjevu, pri čemu je mjerodavna visina prijeteće štete.<sup>30</sup>

Tuženik se i nakon osude može osloboditi stvarnog davanja osiguranja poduzimanjem dovoljnih mjera radi sprječavanja rušenja.<sup>31</sup>

c) U **švicarskom pravu** osoba kojoj prijeti šteta od tuđe zgrade ili dijela (Werk) može zahtijevati od njihovog vlasnika poduzimanje potrebne mjere za otklanjanje opasnosti (članak 59. stavak 1. Obligatinonenrecht-OR), čime se ne dira u policijske propise koji se odnose na zaštitu osoba i imovine (članak 59. stavak 2. OR). Odredba članka 59. OR-a dopunjuje odredbu članka 58. stavka 1. kojom je propisana odgovornost vlasnika zgrade ili drugog dijela za štetu koja nastane zbog mana u konstrukciji ili slabog održavanja. Sudska praksa pod pojmom dijela (Werk) podrazumijeva zgrade te druga stabilna, umjetno (tj. ljudskom rukom) proizvedena, građevinska ili tehnička postrojenja koja su, izravno ili neizravno, trajno spojena sa zemljom. Pojam djela obuhvaća i dijelove ili pripatke ako su čvrsto spojeni s djelom ili tlom, primjerice stube, dizala i vodove kao sastavne dijelove kuće.

Osim obveznopravne zaštite susjed kojemu prijeti šteta zbog prekoračenja granica vlasništva od vlasnika susjednoga zemljišta ima pravo na stvarnopravnu zaštitu na temelju članka 679. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB). Odredbom članka 679. ZGB-a je propisano da osoba kojoj je nanescna šteta ili joj prijeti nastanak štete prekoračenjem prava vlasništva od vlasnika susjednog zemljišta ima pravo podnijeti tužbu zbog otklanjanja oštećenja, zaštite protiv prijeteće štete i naknade štete. Odredba članka 679. ZGB-a dopunjuje odredbu članka 58. OR-a jer ta odredba zasniva odgovornost za susjedovne štete i kada šteta nije posljedica manjkave konstrukcije ili manjkavog održavanja zgrade ili drugog djela, nego se

28 Kodek, op. cit., str. 674.

29 Kodek, op. cit., str. 679.; Gschnitzer, Franz, Sachenrecht, Springer Verlag, Wien-New York, 1968., str. 25.; Ehrenzweig, Armin, Privatrecht I/2, Wien, 1957., Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, str. 138.

30 Kodek, op. cit., str. 679.

31 Ehrenzweig, op. cit., 138.

može svesti na prekoračenje prava vlasništva.<sup>32</sup> Odredba 679. ZGB-a pretpostavlja da je šteta prouzročena načinom korištenja (uporabe) nekretnine, naime, prekoračenjem susjedskim pravom određenih granica vlasništva na nekretnini, dakle, odgovornost je susjedskopravne naravi, zbog čega aktivna legitimacija po navedenoj odredbi pripada samo susjedu. Nasuprot tomu osnova odgovornosti za štetu po odredbi članka 58. OR-a povreda je dužnosti pažnje - zgrada ili drugo djelo mora svojim manjkavim stanjem prouzročiti štetu.<sup>33</sup> Za zasnivanje odgovornosti prema čl. 679. ZGB-a nije bitno postoji li krivnja vlasnika nekretnine ili ne, nego je samo odlučno da je on pri normalnom korištenju (uporabi) nekretnine prekoračio pravne granice svoga prava vlasništva i da se to prekoračenje odrazilo na susjednu tuđu nekretninu povrjeđujući vlasnička prava susjeda. Prekoračenje prava vlasništva može biti činjenjem ili propuštanjem, a kao primjer prekoračenja propuštanjem navodi se slučaj kada vlasnik dopusti da njegova zgrada propada i time ugrožava svoga susjeda.<sup>34</sup>

## **5. PRETPOSTAVKE ZA PRIMJENU ODREDBE KOJA UREĐUJE OPASNOST OD RUŠENJA ZGRADE U HRVATSKOM PRAVU**

Odredba članka 111. ZVDSP-a pretpostavlja postojanje neposredne prijeteće opasnosti nastanka štete na susjednoj nekretnini zbog potpunog ili djelomičnog rušenja nečije zgrade ili nekog drugog dijela nečije nekretnine, zbog a) neispravne i nekvalitetne izvedbe i b) neprimjerenog održavanja ili neodržavanja.

### **a) Pojam zgrade i drugog dijela nekretnine**

1. Zgrada se u stručnoj literaturi definira kao građevina<sup>35</sup> namijenjena stanovanju te gospodarskoj, obrazovnoj, zdravstvenoj, kulturnoj ili drugoj djelatnosti u zatvorenom prostoru.<sup>36</sup> S građanskopravnog stajališta ovo funkcionalno određivanje zgrade nije relevantno za prosudbu pojma zgrade kao objekta stvarnih prava, nego je bitan pojam zgrade kako ga shvaćaju odredbe ZVDSP-a.

ZVDSP u članku 9. stavku 3. određuje da sve što je na površini zemlje, iznad

32 Meier-Hayoz, Artur, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Das Grundeigentum I*, Verlag Stämpfli, Bern, 1966., str. 353.

33 Meier-Hayoz, op. cit., str. 353.

34 Meier-Hayoz, op. cit., str. 374.

35 Građevina se definira kao objekt nastao gradnjom, složeni sklop s estetsko-funkcionalnim i tehničko - tehnološkim obilježjima. Vidi Hrvatska enciklopedija, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, svezak 4, Fr-Ht, str. 310. Tehnički leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2008., str. 271. definira građevinu kao čovjekovo djelo nastalo gradnjom.

36 Tehnički leksikon, str. 1000.; Rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Dio XXII, Zaklapača – zlotvor, str. 823., definira zgradu kao dovršenu građevinu za obitavanje ljudi i domaćih životinja, kao i za proizvođenje i spremanje različitih potreština.

ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno, dio je te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji. No, nisu dijelovi zemljišta one zgrade i drugo što je s njim spojeno samo radi neke prolazne namjene.

U članku 152. stavku 5. ZVDSP-a, koji uređuje građenje na tuđem zemljištu, daje se pojam zgrade sa stajališta toga Zakona. Pod zgradom se smatra, ne samo zgrada u užem smislu, nego i svaki drugi građevinski objekt<sup>37</sup> koji se razmjerno trajno povezao sa zemljišnom česticom na njezinoj površini ili ispod nje. S time da je zgrada izgrađena kada je dovedena u takvo stanje da ju je moguće rabiti za svrhu kojoj takve zgrade redovito služe.<sup>38</sup>

Stoga, da bi se nešto smatralo zgradom u smislu odredbe članka 152. stavka 5. ZVDSP-a mora postojati trajna veza kao konstitutivni element pravnog jedinstva zemljišta i zgrade.

Smatramo, međutim, da pod pojam zgrade u smislu odredbe članka 111. ZVDSP-a spadaju i one *privremene zgrade* koje nisu sastavni dio zemljišta u smislu odredbe članka 9. stavka 3. ZVDSP-a. Odnosno koje ne udovoljavaju kriterijima propisanim za pojam zgrade propisanim u članku 152. stavku 5. ZVDSP-a, jer im nedostaje konstitutivni element trajnosti, budući da su podignute samo radi neke prolazne namjene. Naime, i od zgrade čija je namjena prolazna i kratkotrajna, tj. koja nije izgrađena s namjerom da trajno ostane na mjestu gdje je podignuta (na primjer: paviljon, montažna hala i sl.), neovisno o tomu je li ona čvrsto povezana sa zemljištem ili ne, u slučaju potpunog ili djelomičnog rušenja može biti opasnost susjednoj nekretnini.

Za primjenu odredbe članka 111. ZVDSP-a nije od značenja je li zgrada, u građevinskom smislu, u potpunosti izgrađena, odnosno dovršena ili se radi o nedovršenoj zgradi te je li zgrada izgubila namjenu za koju je građena, pa se zgradom smatra i nenastanjena ruševina.

37 Osim termina zgrada i građevinski objekt ZVDSP rabi i pojam građevina u članku 3. stavku 4. i članku 9. stavku 4. (sintagma „zgrade i druge građevine“). Građevinska struka daje prednost riječi građevina u odnosu na riječ „građevinski objekt“. Vidi Dražen Aničić, Primjedbe na nazivlje iz područja građevinarstva u Rječniku hrvatskoga jezika Leksikografskog zavoda Miroslav Krleža i Školske knjige, Zagreb, 2000. u GRAĐEVINAR 54 (2002) 6, str. 382. Primjećujemo da Zakon o obveznim odnosima - ZOO (Narodne novine, br. 35/05 i 41/08) kao rodni (genusni) pojam rabi izraz građevina, te u članku 621. određuje da se pod »građevinom« podrazumijevaju zgrade, brane, mostovi, tuneli, vodovodi, kanalizacije, ceste, željezničke pruge, bunari i ostale građevine čija izrada zahtijeva veće i složenije radove.

38 Zakon o prostornom uređenju i gradnji - ZPUG (Narodne novine, br. 76/07 i 38/09) definira u članku 2. točki 47. zgradu kao zatvorenu i/ili natkrivenu građevinu namijenjenu boravku ljudi, odnosno smještaju životinja, biljaka i stvari, navodeći istodobno da se zgradom ne smatra pojedinačna građevina unutar sustava infrastrukturne građevine (trafostanice, pothodnici, mostovi i sl. građevine). Osim pojma zgrade ZPUG u članku 2. točki 36. daje i pojam građevine određujući da je građevina građenjem nastao i s tlom povezan sklop, svrhovito izveden od građevnih proizvoda sa zajedničkim instalacijama i opremom, ili sklop s ugrađenim postrojenjem, odnosno opremom kao tehničko – tehnološka cjelina ili samostalna postrojenja povezana s tlom, te s tlom povezan sklop koji nije nastao građenjem, ako se njime mijenja način korištenja prostora.



Osim zgrade u užem smislu pod pojmom zgrade obuhvaćene su i druge građevine (građevinski objekti), na primjer: a) zemljane građevine<sup>39</sup> (nasipi, visoke nasute brane, zemljane nastambe), b) tornjevi, industrijski dimnjaci i silosi, c) tuneli i podzemne građevine (skladišta, parkirališta, stanice podzemne željeznice), d) garaže, e) stadioni, f) hale, g) hangari i dr.

U drugi *dio nečije nekretnine*, koji nije obuhvaćen pojmom zgrade, spada objekt namijenjen određenoj svrsi koji je ljudskim radom, po pravilima umijeća i iskustva, izgrađen odnosno izveden. I to ne samo onaj koji je razmjerno trajno povezan sa zemljištem, pa sukladno odredbi članka 9. stavka 3. ZVDSP-a čini sastavni dio nekretnine, nego i objekt koji je privremeno čvrsto povezan sa zemljištem. Primjerice tu spadaju: a) zidovi, osobito visoki potporni zidovi koji nisu osigurani protiv pada, b) ograde, c) dalekovodni stupovi zajedno sa žicama voda, stupovi žičare, toranjska zakretna dizalica na tračnicama, d) nadgrobni spomenici i dr.

O obvezi vlasnika ograde da održava u dobrom stanju svoju ogradu ako postoji opasnost da bi nanijela štetu susjedu govori izričito odredba članka 102. stavka 3. ZVDSP-a.

2. Za prosudbu pitanja radi li se o zgradi ili drugom dijelu nečije nekretnine bitno je da se radi o objektu koji je tvorevina ljudskog rada, odnosno da se radi o umjetnom djelu izgrađenom ili stvorenom čovjekovim radom. Stoga se odredba članka 111. ZVDSP-a ne primjenjuje u onim slučajevima kada se radi o opasnostima koje proizlaze za susjednu nekretninu zbog prirodnog stanja nečije nekretnine, neovisno o tomu je li se moglo i moralo otkloniti to prirodno stanje.<sup>40</sup> Naime, pasivnost protiv djelovanja prirodnih sila koje ugrožavaju susjednu nekretninu, ne znači da vlasnik u izvršavanju prava vlasništva postupa protivno općim interesima (članak 31. stavak 1. ZVDSP-a), te da je polazeći od načela da vlasništvo obvezuje dužan poduzimati odgovarajuće mjere, radi otklanjanja opasnosti koja je rezultat prirodnog stanja njegove nekretnine.

3. Smatramo da se odredba članka 111. ZVDSP-a ne primjenjuje ni u slučaju kada se radi o opasnosti koja prijete od stabla koje se nalazi na susjednoj nekretnini. Naime, iz sintagme „*može od onoga čiji je to objekt*“, koja je uporabljena u navedenom članku, proizlazi nedvojben zaključak da se odredba članka 111. ZVDSP-a primjenjuje samo na objekte koji su rezultat ljudskog rada, a ne i na plodove nekretnine koje zemlja rađa na svojoj površini (članak 9. stavak 2. ZVDSP-a).<sup>41</sup>

39 U literaturi se zemljane građevine definiraju kao građevinski objekti nastali iskopavanjem ili nasipavanjem materijala tla koji ne sadrže primjese umjetnih sredstava radi ostvarenja trajnog ili privremenog povezivanja. Vidi Tehnička enciklopedija Leksikografskoga zavoda Miroslav Krleža, svezak 11, Zagreb, 1997., str. 596.

40 Dakle, u slučaju kada komadi stijene / litice prijete survati se na obližnju zgradu nisu ispunjene pretpostavke za primjenu odredbe članka 111. ZVDSP-a. To znači da u tom slučaju vlasnik nekretnine ne mora poduzimati mjere radi otklanjanja opasnosti i sprječavanja nastanka štete.

41 Prema tomu kada prijete opasnost nastanka štete od starog i trulog stabla koje se nalazi na susjednom zemljištu, jer ga olujni vjetar može lako srušiti na susjednu zgradu nisu ispunjene pretpostavke za primjenu odredbe članka 111. ZVDSP-a.

### **b) Potpuno ili djelomično rušenje**

1. Zgrada je sustav koji stari, koji je izložen istodobnom utjecaju različitih vanjskih čimbenika (temperатурne promjene, vjetar i kiša, potres, gravitacijska opterećenja, slijeganje temeljnih podloga i dr.) koji utječu na njezinu trajnost, koji se odupire tim vanjskim utjecajima i prilagođuje uvjetima okoliša. Ako zgrada nema potrebnu otpornost prema vanjskim utjecajima i ako se ona ne može prilagoditi promjenama prilika u okolišu, ona se oštećuje i propada, pa joj se tako skraćuje vijek trajanja. Pri tome je od značenja i vijek trajanja materijala ugrađenog u konstrukcije. Odnosno, vrijeme u kojem, uz predviđene uvjete uporabe, ne počinje propadanje djelovanjem agresivnih čimbenika okoliša. Propisi i normativi za održavanje stambenih zgrada određuju amortizacijske rokove i vijek trajanja pojedinih elemenata na kojima se moraju izvršiti izmjene dotrajalih elemenata. Tijekom procesa starenja zgrade dolazi do oštećenja ne samo obodnih konstrukcija zgrade, pod čime se razumijevaju krovovi, fasade i konstrukcije u tlu, nego i do oštećenja pojedinih građevnih elemenata, instalacija i opreme.

Pod pojmom rušenja obuhvaćene su sve opasnosti koje proizlaze iz statike i dinamike zgrade ili drugog objekta, odnosno takve opasnosti koje predstavljaju tipičnu opasnost zgrade, odnosno drugog objekta.

**Potpuno rušenje** zgrade ili drugog dijela nekretnine postoji kada nastupi otkazivanje (slom ili raspucavanje) vertikalno i horizontalno međusobno povezanih dijelova građevne konstrukcije,<sup>42</sup> odnosno razaranje glavnih nosivih konstrukcija (konstruktivnih veza) objekta, što dovodi do gubitka stabilnosti i potpunog uništenja objekta djelovanjem vlastite težine. Rušenje građevina je svaki postupak kojim se djelomično ili u cijelosti ruše konstruktivni dijelovi građevina ili građevina u cjelini.

**Djelomično rušenje** zgrade ili drugog dijela nekretnine postoji kada zbog otkazivanja (sloma odnosno raspucavanja) konstruktivnih veza objekta ili nekog njegovog dijela dođe do razaranja (uništenja) samo dijela objekta. Odnosno kada zbog rasklimavanja (oslabljivanja) veza ili odvajanja pojedinog dijela, koji je ugrađen u zgradu ili drugi objekt i čini cjelinu s preostalim dijelom zgrade ili drugog objekta, dođe do rušenja tog dijela zgrade ili drugog objekta.

U praksi se najčešće događa da se pojedini dijelovi ili građevni elementi zgrade odvajaju, odnosno otpadaju sa zgrade, čime mogu prouzročiti štetu susjednim nekretninama, osobito u izgrađenim dijelovima naselja gdje je mali razmak između zgrada. Tu mislimo na odlamanje i otpadanje žbuke s fasade te komada raspucanih kapitela i vijenaca zgrade, otpadanje crijepa s krova, krovnog žlijeba i odvodnih cijevi, prozorskih krila, krovnih prozora, vrata, dimnjaka, balkona, vanjskih stubišta, rukohvata stubišta ili balkona, rasvjetnih tijela i sl.

2. Padanje *snježne lavine* s krovnih ploha ili *ledenih siga* s krova ne smatra se rušenjem dijela zgrade. To stoga jer oni nisu sastavni dio zgrade. Naime, dijelom

<sup>42</sup> U zgradi su najčešće građevne konstrukcije temelji, zidovi, stupovi, međukatne konstrukcije, stubišta i krovništa. Vidi Hrvatska enciklopedija, svezak 4, Fr-Ht, str. 312.

zgrade smatra se stvar koja je radi izgradnje zgrade ugrađena u zgradu ili stoji u čvrstoj građevnoj povezanosti sa zgradom tako da se po shvaćanju u prometu smatra cjelinom zgrade.

3. Pod pojmom rušenja zgrade ili drugog dijela nekretnine ne spada *plansko uklanjanje* zgrade ili drugog dijela nekretnine ili njihova dijela kada dolazi do potpune ili djelomične razgradnje zgrade ili drugog dijela nekretnine s mjesta gdje se nalazi.<sup>43</sup> Takvo plansko rušenje zgrada i drugih građevina svaki je postupak kojim se djelomično ili u cijelosti ruše konstruktivni dijelovi zgrade, odnosno građevine ili zgrada, odnosno građevina u cjelini. Tom planskom uklanjanju zgrada i drugih građevina pristupa se kada je potrebno srušiti dotrajale zgrade i ostale građevine koje više nisu u uporabi, kako bi se oslobodio prostor za novu izgradnju ili prenamjenu prostora.

### *c) Ozbiljna opasnost*

1. Opasnost je stanje u kojemu postoji vjerojatnost da će nastupiti povreda nekog pravnoga dobra. Postavlja se, međutim, pitanje kolika mora biti vjerojatnost za nastanak štete na susjednoj nekretnini da bi opasnost bila mjerodavna. Daleka mogućnost nastanka štete nije naime, dostatna, ali se ne može tražiti niti da nastanak štete bude siguran. Potrebno je da vjerojatnost dostigne takav stupanj da se prema općem iskustvu može očekivati nastanak štete. Postojanje opasnosti prosuđuje se po objektivnim mjerilima. Subjektivna ocjena o postojanju opasnosti nije mjerodavna. U slučaju bojazni, koja se temelji samo na pukoj umisli vlasnika susjednog zemljišta, tako ne postoji stvarna, nego samo tobožnja, imaginarna opasnost.

*Ozbiljna opasnost* postoji ne samo onda kada je siguran budući nastanak štete, nego i onda kada je danim okolnostima, odnosno stvarnim stanjem prilika u bliskoj budućnosti objektivno vjerojatan nastanak štete. Pretpostavlja se stanje stvari kod kojega u normalnim prilikama postoji dovoljna vjerojatnost da će u dogledno vrijeme nastupiti šteta za susjednu nekretninu. Prognoza vjerojatnosti potrebna za utvrđenje konkretne opasnosti mora se temeljiti na stvarnim činjenicama, a ne na pukim pretpostavkama i nagađanjima.

2. Opasnost se mora temeljiti na već postojećem ili očekivanom *ruševnom stanju* zgrade ili drugog objekta, pri čemu nije od značenja što je uzrok takvoga stanja. Ruševno stanje zgrade može biti posljedica propusta kod građenja, ili neodgovarajućeg održavanja zgrade, odnosno drugog objekta.<sup>44</sup>

43 ZPUG u članku 2. točka 35. 4. određujući pojam uklanjanja građevine i njezina dijela navodi da je to: „izvedba radova razgradnje građevine ili njezinog dijela s mjesta gdje se nalazi, uključivo i zbrinjavanje zatečenog otpada u građevini i na građevnoj čestici, te građevnog materijala i otpada nastalog razgradnjom građevine, te dovođenje građevne čestice odnosno zemljišta na kojemu se nalazila građevina u uredno stanje.“

44 Stoga je shvaćanje izraženo u literaturi (vidi Gliha/Gavella, *Stvarno pravo*, str. 666.) gdje se

Propusti kod građenja mogu nastati, zbog neispravnog ili nepotpunog projekta ili neispravne i nekvalitetne izvedbe.

Prilikom projektiranja zgrade, a ovisno o njezinoj namjeni, planiranoj trajnosti i mikroklimi u prostorijama, provodi se izbor materijala i vrste konstrukcije, usklađivanje s klimatskim prilikama i lokacijom zgrade. Nepoznavanje tih uvjeta kod projektiranja može dovesti do oštećenja građevnih konstrukcija zgrade, što može imati za posljedicu i ruševno stanje zgrade. Uzroci takvih oštećenja mogu biti: a) nedostatno poznavanje fizikalnih i kemijskih svojstava građevnog materijala te zbog toga neadekvatna primjena i smještaj tih materijala u obodnoj konstrukciji ili elementu takve konstrukcije, b) nedostatno dimenzioniranje slojeva materijala u konstrukciji zbog nepoznavanja njihovih svojstava i mehaničkih opterećenja koja djeluju na obodnu konstrukciju, c) nepoznavanje metoda za zaštitu materijala od korozije ili izbor sastava takvih materijala koji korodiraju u međusobnom kontaktu, d) nepoznavanje zakona provođenja topline kroz obodnu konstrukciju, nepoznavanje utjecaja temperature na materijale i konstrukciju, te nepoznavanje zaštite od utjecaja temperaturnih primjena, e) nepoznavanje zakona gibanja vlage kroz obodnu konstrukciju i utjecaja vlage na materijale u obodnoj konstrukciji, f) nepoznavanje vanjskih utjecaja (sunčevo zračenje, oborine, vjetar, promjene temperature, zagađenost zraka) na građevne materijale, g) neispravno tehničko rješenje građevnih detalja konstrukcije ili elemenata, h) projektno rješenje koje onemogućava održavanje konstrukcije i njezinih elemenata tijekom uporabe.

Do neispravne i nekvalitetne izvedbe može doći, među ostalim, zbog: a) nepoznavanja fizikalnih i kemijskih svojstava upotrijebljenih materijala koji nisu predviđeni projektom, jer se često zbog pomanjkanja na tržištu mora predviđeni materijal projektom zamijeniti drugim, b) ugradnje nekvalitetnih materijala, c) nepoštivanja projektom predviđenih dimenzija dijelova slojevite konstrukcije, d) gradnje pri nepovoljnim atmosferskim prilikama, e) nekvalitetnih prethodnih i pripremnih radova, f) nepoštivanja projekta i projektom predviđene tehnologije građenja, g) mehaničkog oštećenja prethodno ugrađenih dijelova konstrukcija i h) neprovođenja zaštite od korozije dijelova konstrukcije tijekom uskladištenja i gradnje.<sup>45</sup>

*Održavanje zgrada* se definira kao trajna aktivnost (ulaganje sredstava) za cijelo vrijeme uporabe zgrade, kojom se zgradi u cjelini i svim njezinim dijelovima osigurava razina služnosti u određenim dopustivim granicama.<sup>46-47</sup> Tekuće održavanje, kao bitna osnova svake uporabe zgrade, služi za očuvanje vrijednosti nekretnine te tako štiti i od gubitka supstancije. Propisno održavanje zgrade zahtijeva

---

govori samo o neodržavanju nekretnine kao uzroku nastanka stanja zbog kojega dolazi do potpunog ili djelomičnog rušenja zgrade preusko.

45 Vidi Tehnička enciklopedija, svezak 10, str. 222.

46 Vidi Cerić, Anita, Katavić, Mariza, Upravljanje održavanjem zgrada, *Građevinar*, 53 (2000), 2, str. 84.

47 ZPUG u članku 2. stavku 1. točki 35. 2. određuje da je održavanje građevine: „izvedba građevinskih i drugih radova radi očuvanja bitnih zahtjeva za građevinu tijekom njezinog trajanja, kojima se ne mijenja usklađenost građevine s lokacijskim uvjetima u skladu s kojima je izgrađena.“

redovitu provjeru građevnoga stanja zgrade na sve opasnosti na koje, prema općem životnom iskustvu, treba računati, u pravilu, posredstvom stručnih osoba. Pravilna stručna prosudba stanja zgrade te uklanjanje oštećenja sprječavaju posljedične štete te omogućuju dugoročno održavanje građevinskog objekta

3. Nije odlučeno postoji li *krivnja* na strani vlasnika zgrade, odnosno drugog objekta od kojih prijeti opasnost nastanka štete. Susjed ima pravo na zahtjeve iz članka 111. ZVDSP-a i onda ako je do ruševnog stanja zgrade ili drugog objekta došlo zbog nepredvidivih izvanrednih događaja, na primjer: potresa, odrona zemlje, požara, eksplozije, udara vozila i sl.. Na vlasniku zgrade, odnosno drugog objekta je dužnost poduzeti odgovarajuće mjere radi uklanjanja oštećenja na zgradi ili drugom objektu koji su prouzročeni nepredvidivim izvanrednim događajima, odnosno mjere radi uklanjanja ruševina.

4. Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, u skladu s odredbom članka 82. stavka 1. podstavka 1. ZVDSP-a, ovlašten je, ne tražeći za to odobrenje od ostalih suvlasnika, u skladu s građevinskim propisima o svome trošku izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji, uključujući i promjenu namjene. Navedena promjena ne smije prouzročiti oštećenje zgrade i drugih dijelova nekretnine, a ni povredu onih interesa ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu. Osobito ne smije prouzročiti povredu vanjskoga izgleda zgrade, ni bilo opasnost za sigurnost osoba, zgrade ili drugih stvari.

Prema odredbi članka 92. stavka 1. ZVDSP-a svaki suvlasnik je ovlašten i dužan bez odgađanja prijaviti zajedničkom upravitelju štete za koje je spoznao da su nastale na dijelovima ili uređajima nekretnine kojima taj upravlja. Također i štete na onim posebnim dijelovima te nekretnine na kojima je uspostavljeno vlasništvo u korist određenoga suvlasničkoga dijela ako od njih prijeti opasnost ostalim dijelovima nekretnine. Kad prijeti opasnost od štete, svaki suvlasnik je ovlašten poduzeti nužne mjere i bez pristanka ostalih suvlasnika (stavak 2. istog članka).

U vezi s otklanjanjem opasnosti koja prijeti susjednoj nekretnini zbog neodržavanja nekretnine koja je u etažnom vlasništvu pojavljuje se i pitanje popravaka na tim nekretninama. ZVDSP pri uređenju toga pitanja razlikuje hitne i nužne popravke.

Hitni popravci su radovi koji se javljaju nenadano i kojima se sprječavaju posljedice za život i zdravlje ljudi kao i veća oštećenja nekretnine (članak 382. stavak 2. ZVDSP).

Nužni popravci su radovi koje treba poduzeti da bi se otklonila oštećenja zajedničkih dijelova i uređaja nekretnine od kojih prijeti opasnost za život i zdravlje ljudi (članak 383. stavak 1. ZVDSP).

Vrste i način poduzimanja hitnih i nužnih popravaka na zgradama pobliže su

uređeni Uredbom o održavanju zgrada - Uredba.<sup>48</sup>

**Hitnim popravcima** se prema odredbi članka 5. stavka 1. Uredbe smatra poduzimanje radova na zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade osobito u slučaju: kvarova na plinskim instalacijama; kvarova na sustavu centralnog grijanja i toplovodnom sustavu; puknuća, oštećenja i začepljenja vodovodne i kanalizacione instalacije, radi sprječavanja daljnjih štetnih posljedica; kvarova na električnoj instalaciji; znatnijih oštećenja dimnjaka i dimovodnih kanala; prodiranja oborinskih voda u zgradu, saniranja posljedica istog prodora, te znatnijeg oštećenja krova; narušene statičke stabilnosti zgrade ili pojedinih dijelova zgrade; kvarova na dizalu i otpadanja dijelova pročelja.

Popisano je također da upravitelj može obaviti hitne popravke i na posebnom dijelu zgrade ako iste ne obavi vlasnik tog dijela zgrade, a od njih prijeti opasnost ostalim dijelovima zgrade (članak 5. stavak 2. Uredbe).

**Nužnim popravcima** se prema odredbi članka 6. Uredbe smatra poduzimanje radova osobito radi: sanacije krovne konstrukcije, nosivih zidova, stupova, međukatnih konstrukcija, temelja; sanacije dimnjaka i dimovodnih kanala; sanacije ravnih i kosih krovova; sanacije klizišta; zamjene instalacija na zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade (vodovodne, kanalizacijske, električne, plinske, centralnog grijanja i sl.); popravka pročelja zgrade; izolacije zidova, podova i temelja zgrade.

5. Nekretnina kojoj prijeti opasnost nastanka štete zbog rušenja ne mora **neposredno graničiti** s nekretninom na kojoj se nalazi zgrada, odnosno drugim dijelom nečije nekretnine koja je u ruševnom stanju. Naime, pod susjednim nekretninama u smislu odredbe članka 111. ZVDSP-a podrazumijevaju se ne samo neposredno susjedna nekretnina, nego i sve druge nekretnine koje se nalaze u dotičnom području ugrožavanja, odnosno u bliskom prostornom odnosu s ruševnom zgradom ili drugim dijelom nečije nekretnine. Tako da rušenje zgrade ili drugog objekta, bez obzira na to što neka druga nekretnina leži između tih nekretnina, može imati štetno djelovanje na tu nekretninu. Primjerice rušenje visokog industrijskog dimnjaka.

6. Odredba članka 111. ZVDSP-a navodi opasnost koja prijeti susjednoj nekretnini od zgrade ili drugog objekta koji su u takvom ruševnom, odnosno oštećenom stanju da u bliskoj budućnosti, po redovnom tijeku stvari, zbog djelovanja prirodnog zakona sile teže treba očekivati njihovo potpuno ili djelomično rušenje. Navedena odredba se primjenjuje u slučaju kada se na susjednom zemljištu nalazi tvornica ili pogon u kojima zbog prisutnosti opasnih tvari ili opasnih spojeva postoji mogućnost eksplozije koja može imati posljedicu rušenja zgrade ili drugog objekta i nastanak štete na susjednim nekretninama.

<sup>48</sup> NN, br. 64/97.

7. Odredba članka 111. ZVDSP-a ne primjenjuje se ni onda kada se radi o opasnosti koja za susjednu nekretninu nastaje u izravnoj vezi s rušenjem i oštećenjem susjednih zgrada i drugih građevina. Odnosno u vezi s razbacivanjem odlomljenih komada zgrade ili druge građevine po okolnim objektima zbog *podmetanja eksplozivnih naprava, raketiranja ili bombardiranja* za vrijeme rata.

8. Vlasnik ugrožene nekretnine nema pravo zahtijevati od vlasnika zgrade ili drugog objekta poduzimanje potrebnih mjera za sprječavanje nastanka štete i davanje osiguranja naknade buduće štete iz članka 111. ZVDSP-a ako je **sam prouzročio opasnost** od rušenja zgrade koja se nalazi na susjednom zemljištu. Tako što je na svojoj nekretnini obavljao nedopušteno kopanje, odnosno poduzeo druge radnje koje su dovele do gubitka stabilnosti susjednog zemljišta i građevina koje se nalaze na njemu.

9. Ruševno stanje zgrade ili drugog objekta mora biti *bitni*, ali ne i *isključivi uzrok* opasnosti od potpunog ili djelomičnog rušenja. Nije bitno je li rušenje izvana potaknuto ljudskom djelatnošću ili prirodnim događajem, nego da se susjedna zgrada ili druga građevina nalaze u takvom stanju da svojim postojanjem ugrožavaju susjedne nekretnine. Zahtjev za otklanjanje opasnosti postoji i onda kada su ljudsko ponašanje (na primjer naslanjanje na nedovoljno učvršćeni dio zgrade, oslanjanje na nedovoljno nosivi dio zgrade, npr. na trošnu ogradu stubišta, nenamjerno guranje na slabo povezani dio zgrade) ili prirodne sile i pojave (na primjer vremenski utjecaji - kiša, vjetar) početni uzrok nastanka opasnosti, ako se je s tim, s obzirom na dane okolnosti slučaja, moralo računati. Stoga je vjetar olujne jačine u području gdje je uobičajeno da takav vjetar puše, na primjer bura na Jadranu, prirodna pojava koja se može predvidjeti i na što treba računati, zbog čega ta okolnost ne isključuje primjenu odredaba koje uređuju opasnost od rušenja zgrade. Primjena odredbe članka 111. ZVDSP-a dolazi u obzir i onda kada je do djelomičnog rušenja, odnosno odvajanja i padanja nekog dijela zgrade došlo ponašanjem životinje, ako je ispunjena pretpostavka ruševnog stanja zgrade, odnosno drugog dijela nekretnine.

Samo u slučaju kada se radi o *izvanrednim, nepredvidljivim događajima* (npr. potres) ne dolazi u obzir primjena odredbe članka 111. ZVDSP-a, jer u tom slučaju nedostaje element neposredno predstojeće opasnosti.

## 6. SADRŽAJ ZAHTJEVA

1. Susjed, čija je nekretnina u opasnosti može zahtijevati od onoga čiji je objekt od kojega prijeti opasnost nastanka štete njegovoj nekretnini:

a) poduzimanje mjera koje su potrebne za otklanjanje opasnosti i sprječavanje nastanka štete. Ne postoji zahtjev na poduzimanje točno određenih mjera. Vlasniku zgrade ili drugog objekta od kojih prijeti opasnost od rušenja prepušteno je na volju da odredi, odnosno odabere potrebne mjere radi otklanjanja opasnosti.

Mjere se sastoje u radovima popravka, a ako je potrebno i u rušenju i uklanjanju zgrade ili drugog objekta. Treba uzeti u obzir da su potrebne mjere u smislu članka 111. ZVDSP-a poduzete onda ako se njima sprječava da u situaciji potpunog ili djelomičnog rušenja zgrade ili drugog objekta dolazi do njihova padanja na susjedno zemljište i nanošenje štete susjednoj nekretnini, na primjer podizanjem zaštitnoga zida. Za postojanje ovog zahtjeva načelno je irelevantna visina troškova koji su potrebni za otklanjanje opasnosti i sprječavanje nastanka štete. Postavljanje ploče upozorenja o postojanju opasnosti od rušenja zgrade ili drugog objekta naravno nije dovoljno, jer se time ne otklanja postojeće stanje opasnosti.

b) davanje dovoljnog osiguranja naknade buduće štete. Zakon ne određuje izričito o kojoj vrsti osiguranja se radi, odnosno u čemu se sastoji to osiguranje. Stoga smatramo da osiguranje može biti stvarno, na primjer osnivanje založnog prava ili davanje kaucije (gotovog novca, vrijednosnih papira, bankarskih garancija) te osobno, davanje jamstva. Kod ocjene pitanja koje osiguranje je dovoljno treba voditi računa da to osiguranje bude odgovarajuće s gledišta vrijednosti i s gledišta sigurnosti (pouzdanosti). Koje i kakvo osiguranje je dovoljno ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja. Između različitih mogućnosti davanja osiguranja pravo izbora je na strani obvezanika.

Visinu osiguranja treba odrediti u tužbenom zahtjevu. Pri odmjeravanju visine osiguranja mjerodavna je predvidiva visina štete koja prijete susjednoj nekretnini.

2. Prema odredbi članka 102. stavka 3. ZVDSP-a vlasnik ograde je dužan održavati u dobrom stanju svoju ogradu ako postoji opasnost da bi nanijela štetu susjedu. U pravilu nije dužan ponovo graditi svoj srušeni zid, osim ako to od njega traži odredba stavka 2. ovoga članka, tj. ako je vlasnik dužan s desne strane svojega glavnoga ulaza, gledano s puta, ograditi svoj prostor i razdvojiti ga od susjedova prostora.

3. Zahtjevi za poduzimanje mjera radi otklanjanja opasnosti i sprječavanja nastanka štete i radi davanja dovoljnog osiguranja su *nezastarivi*.

4. Susjed čijoj nekretnini prijete nastanak štete od rušenja zgrade ili dugog objekta ovlašten je i na *samopomoć* ako su ispunjene pretpostavke propisane u odredbi članka 1053. ZOO. Naime, odredbom članka 1053. stavka 1. ZOO-a propisano je da onaj tko u slučaju dopuštene samopomoći prouzroči štetu osobi koja je izazvala potrebu samopomoći, nije ju dužan naknaditi, time da je stavkom 2. istog članka propisano da se pod dopuštenom samopomoći podrazumijeva pravo svake osobe otkloniti povredu prava kad neposredno prijete opasnost, ako je takva zaštita nužna i ako način otklanjanja povrede prava odgovara prilikama u kojima nastaje opasnost.

5. Smatramo da susjed radi otklanjanja opasnosti koja prijete njegovoj nekretnini od rušenja zgrade ili objekta ima pravo sam i po pravilima koja uređuju *poslovodstvo bez naloga*, poduzeti potrebne mjere radi otklanjanja prijeteće opasnosti u smislu



odredbe članka 1121. ZOO. Odnosno, ako taj posao ne trpi odgađanje te predstoji šteta ili propuštanje očite koristi, te ako su poduzete mjere bile nužne i korisne za vlasnika zgrade ili drugog objekta. U tom slučaju susjed kao poslovođa bez naloga ima pravo, u skladu s odredbom članka 1124. ZOO, zahtijevati od vlasnika zgrade ili drugog objekta kao gospodara posla naknadu nužnih i korisnih izdataka, naknadu pretrpljene štete i isplatu primjerene naknade za trud za uspješno otklanjanje štete.

Suđeno je da je vlasnik zemljišta na kojem se nalazi stara kuća vlasništvo tuženika, koja je potpuno dotrajala i u vrlo lošem stanju, pa je njezino rušenje bilo neodgodivo zbog objektivne opasnosti od urušavanja i dovođenja u opasnost ljudi i imovine, koji je tuženika o namjeri poduzimanja radnje rušenja uredno obavijestio, postupao kao poslovođa bez naloga kada je porušio tu kuću.<sup>49</sup>

6. Radi uspostavljanja određene ravnoteže u susjedskoj zajednici vlasnik ugrožene susjedne nekretnine može u smislu odredbe članka 299. stavka 1. točke 7. Ovršnoga zakona<sup>50</sup> zahtijevati određivanje privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine kojom će se naložiti vlasniku nekretnine od koje prijete opasnost nastanka štete obavljanje određenih radnji sprječavanja nastanka štete. Vlasnik ugrožene nekretnine, kao predlagatelj osiguranja, treba, učiniti vjerojatnim da postoji ozbiljna opasnost da će se potpuno ili djelomično srušiti susjedna zgrada ili drugi objekt i da je privremena mjera nužna radi sprječavanja nasilja ili nastanka nenadoknadive štete.

7. Na ovlašteniku zahtjeva je teret dokaza da postoji ozbiljna opasnost potpunog ili djelomičnog rušenja nečije zgrade ili drugog dijela nekretnine i da njegovoj nekretnini prijete opasnost i nastanak štete, te da obveznik zahtjeva nije još poduzeo potrebne mjere radi otklanjanja opasnosti i sprječavanja nastanka štete. Ako obveznik zahtjeva osporava tvrdnje ovlaštenika zahtjeva koje se tiču poduzimanja mjera, morati će dokazati da je poduzeo potrebne mjere radi otklanjanja opasnosti.

## **7. LEGITIMACIJA**

a) Aktivno legitimirana osoba (ovlaštenik zahtjeva) na poduzimanje svih potrebnih mjera za sprječavanje nastanka štete i davanje dovoljnog osiguranja naknade buduće štete u prvom je redu vlasnik susjedne nekretnine kojoj prijete opasnost zbog rušenja zgrade ili drugog objekta. Ako je susjedna nekretnina u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu tada je svaki od suvlasnika odnosno zajedničkih vlasnika legitimiran za postavljanje navedenog zahtjeva. Suvlasnik s čijim je suvlasničkim dijelom neodvojivo povezano vlasništvo nekog posebnog dijela nekretnine (etažni vlasnik) isto je tako aktivno legitimiran za postavljanje navedenih zahtjeva. Nositelj prava građenja također je aktivno legitimiran za postavljanje navedenih zahtjeva.

<sup>49</sup> VSRH, Rev-1343/1991 od 27. kolovoza 1991. godine: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

<sup>50</sup> Narodne novine, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08.

U skladu s odredbom članka 100. stavka 2. ZVDSP-a, ovlaštenici navedenih zahtjeva su i osobe koje nekretninu posjeduju na temelju prava izvedenoga iz njegova, dakle, osobe koje neposredno posjeduju nekretninu.

b) Pasivno legitimirana osoba za poduzimanje svih potrebnih mjera za sprječavanje nastanka štete i davanje dovoljnog osiguranja naknade buduće štete vlasnik je zgrade ili drugog objekta od čijeg rušenja prijete nastanak štete susjednoj nekretnini.

Ako se zgrada ili drugi objekt nalaze u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu tada su pasivno legitimirani suvlasnici, odnosno zajednički vlasnici. Oni su u tom slučaju jedinstveni suparničari.

Ako opasnost od rušenja prijete od zgrade u etažnom vlasništvu ili kojeg zajedničkog dijela zgrade tada su pasivno legitimirani svi etažni vlasnici i oni su u parnici jedinstveni suparničari.

Ako se radi o konstrukcijama ili napravama koje su čvrsto spojene na zajednički dio zgrade za povećanje kvalitete i udobnosti stanovanja ili korištenja određenog posebnog dijela zgrade, koje su isključivo vezane za korištenje određenog posebnog dijela zgrade i kao takve su posebno vlasništvo etažnog vlasnika, na primjer konstrukcije za sušenje robe ili držanje cvijeća, klima uređaji, nadstrešnice nad terasama, tada je u slučaju opasnost koja prijete susjednoj nekretnini rušenjem, odnosno padanjem tog dijela konstrukcije ili naprave, pasivno legitimiran taj etažni vlasnik.

Ako je vlasnik zgrade od koje prijete opasnost za susjednu nekretninu nositelj prava građenja tada je on pasivno legitimiran.

Jednako kao vlasnik zgrade ili drugog objekta pasivno je legitimirana i osoba koja nekretninu, tj. zgradu ili drugi objekt posjeduje na temelju prava izvedenoga iz njegova prava (članak 100. stavak 4. ZVDSP-a).

## **8. ZAŠTITA OD OPASNOSTI OD RUŠENJA ZGRADE NA TEMELJU PROPISA OBVEZNOG PRAVA**

Učinci zaštite od opasnosti od rušenja zgrade mogu se ostvariti ne samo stvarnopravnoj, nego i na obveznopravnoj razini na temelju odredaba članka 1047. ZOO, koja ima preventivnu funkciju. Naime, prema odredbi članka 1047. stavka 1. ZOO-a svatko može zahtijevati od drugoga ukloniti izvor opasnosti od kojega prijeti znatnija šteta njemu ili drugome, kao i suzdržati se od djelatnosti od koje proizlazi uznemirivanje ili opasnost štete, ako se uznemirivanje ili šteta ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama. Sud će na zahtjev zainteresirane osobe narediti poduzimanje odgovarajućih mjera za sprječavanje nastanka štete ili uznemirivanja ili uklanjanje izvora opasnosti, na trošak posjednika izvora opasnosti, ako ovaj sam to ne učini (stavak 2. članak 1047. ZOO).

U skladu s navedenim odredbama ZOO-a susjed čija je nekretnina u opasnosti zbog ozbiljne opasnosti da se susjedna zgrada ili drugi objekt potpuno ili djelomično sruši može popularnom tužbom iz članka 1047. ZOO-a zahtijevati poduzimanje svih potrebitih mjera za otklanjanje izvora opasnosti. Dakle, u ovom slučaju kada prijeti opasnost od potpunog ili djelomičnog rušenja zgrade ili drugog objekta naglasak je na otklanjanju izvora opasnosti. Kod postavljanja tužbenog zahtjeva tužitelj je dužan precizirati tužbeni zahtjev tako da točno označi koje mjere (vrstu) i u kojem opsegu zahtijeva da izvrši tuženik radi otklanjanja izvora opasnosti kako bi, u slučaju prihvatanja tužbenog zahtjeva, sudska presuda sadržavala sve elemente iz odredbe članka 26. stavka 1. OZ potrebne za podobnost ovršne isprave za ovrhu.

U tom slučaju sud će narediti poduzimanje odgovarajućih mjera da bi se otklonila opasnost od potpunoga ili djelomičnoga rušenja susjedne zgrade ili drugog objekta i time spriječila mogućnost nastanka štete na susjednoj nekretnini na trošak osobe koja je vlasnik ili posjednik ruševne zgrade ili drugog objekta.<sup>51</sup>

## **9. ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG RUŠENJA ZGRADE**

ZOO ne sadrži posebne odredbe o odgovornosti za štetu prouzročenu potpunim ili djelomičnim rušenjem zgrade ili druge građevine.<sup>52</sup> Stoga o odgovornosti za štetu

51 Suđeno je da se poduzimanje odgovarajućih mjera za sprječavanje nastanka štete ili uznemiravanja ili da se ukloni izvor opasnosti određuje na trošak posjednika izvora opasnosti, Okružni sud Zagreb, Gž-3324/87-2 od 23. lipnja 1987., Pregled sudske prakse, 35/63.

52 Do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 46/85 - ispr. i 57/89; Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01) na pitanje odgovornosti za štetu od građevina primjenjivala su se pravna pravila OGZ-a. Prema noveliranom pravnom pravilu iz § 1319. OGZ-a, ako tko bude povrijeđen ili inače bude kakva šteta prouzrokovana rušenjem ili odvajanjem dijelova kakve zgrade ili neke na zemljištu podignute naprave, obvezan je posjednik zgrade ili naprave na naknadu, ako je događanje posljedica manjkavog stanja naprave, a on ne dokaže, da je upotrijebio svu pažnju, potrebnu za otklanjanje opasnosti; prijevod prema Vuković, Mihajlo, Pravila građanskih zakonika, Školska knjiga, Zagreb, 1961., str. 1028. Radi se o odgovornosti po osnovi predmnijevane

nastalu rušenjem zgrade ili drugog objekta valja odlučiti primjenom onih odredaba ZOO-a koje uređuju odgovornost za štetu.

Šteta mora biti prouzročena upravo silom gibanja uslijed potpunoga ili djelomičnoga rušenja zgrade ili drugog objekta, pa makar i posredovanjem drugih materijala koji su pokrenuti rušenjem.

Zgrada ili drugi objekt od kojega prijeti opasnost nastanka štete smatra se **opasnom stvari** u smislu odredbe članka 1063. ZOO-a (članak 173. ZOO/78). Stoga vlasnik takve ruševne zgrade ili drugog objekta odgovara za štetu od opasne stvari prema odredbi članka 1064. ZOO-a (članak 174. ZOO/78). U vezi s tim u sudskoj praksi koja je nastala u primjeni ZOO/78 izraženo je stajalište:

- ruševna zgrada kod koje zbog dotrajalosti postoji opasnost pucanja i padanja dijelova zgrade na pločnik i dr. predstavlja opasnu stvar, pa za štetu nastalu na parkiranom vozilu blizu zgrade odgovara vlasnik zgrade,<sup>53</sup>

- grad kao vlasnik zgrade odgovara za štetu nastalu padanjem dotrajale žbuke s fasade kao opasne stvari, koje ga odgovornosti ne oslobađa prenošenje održavanja na specijalizirano poduzeće,<sup>54</sup>

- za štetu trećoj osobi koja je nastala padom crijepa s krovništva višestambene zgrade ne odgovara upravitelj zgrade, već suvlasnici nekretnine - zgrade s koje je pao crijep, jer crijep u padu predstavlja opasnu stvar, dok upravitelj nekretnine za svoje propuste odgovara suvlasnicima zgrade,<sup>55</sup>

- za štetu nastalu zbog urušavanja dotrajalog balkona zgrade, kao dijela građevinskog objekta, odgovara njezin vlasnik u smislu odredbi čl. 173. i 174. ZOO/78,<sup>56</sup>

- vlasnik restorana odgovara gostu za štetu koju je pretrpio padom nadstrešnice koja je bila postavljena u restoranu.<sup>57</sup>

U sudskoj praksi do stupanja na snagu ZOO je u vezi s padanjem dijelova zgrade odgovornost štetnika za nastalu štetu u nekim slučajevima utemeljena na krivnji (članak 154. stavak 1. ZOO/78 - sada 1045. ZOO). Tako je primjenom odredbe članka 154. stavka 1. ZOO/78 suđeno:

- da vlasnik kuće odgovara za štetu nastalu na parkiranom automobilu zbog rušenja dimnjaka, pri čijoj gradnji nisu poštivana pravila građevinske struke i pri uporabi materijala "šidel elemenata" i u načinu i količini obloge (trebalo je obložiti elemente po čitavoj visini armirano-betonskim plaštem), a u kojem slučaju, ni uz

---

krivnje, a posjednik se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je upotrijebio svu pažnju za otklanjanje opasnosti i nastanak štete. Vidi Vuković, Mihajlo, *Obvezno pravo*, knjiga I., Školska knjiga, Zagreb, 1956., str. 226. Tako i sudska praksa u primjeni pravnog pravila noveliranog §1319. biv. OGZ. Vidi VSH, Gž-1020/75 od 13. I. 1976. - Pregled sudske prakse, 9/146 i VSH, Gž-2873/77 od 19. IX. 1978., Pregled sudske prakse, 14/223.

53 VSRH, Rev-829/98 od 18. 4. 2001., Izbor odluka VSRH, 2/2001-39.

54 VSRH, Rev-716/1996 od 26. 1. 2000., Izbor odluka VSRH, 1/2000-49.

55 Županijski sud u Bjelovaru, Gž-1812/2004 od 27. 1. 2005., Izbor odluka VSRH, 2/2005-31.

56 VSRH, Rev-2114/01 od 6. 3. 2002. i Rev-132/1999 od 16. 4. 2002., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

57 VSRH, Rev-2478/1997 od 20. 1. 2000. - Izbor odluka VSRH, 1/2000-51.

nevrijeme i olujnu buru ne bi došlo do rušenja dimnjaka,<sup>58</sup>

- da vlasnik stana odgovara za štetu na automobilu padom stakla koje je bilo neispravno postavljeno na balkonu stana.<sup>59</sup>

Izraženo stajalište da vlasnik kuće, odnosno stana u naprijed navedenim slučajevima odgovara za nastalu štetu po osnovi krivnje smatramo pogrešnim, jer su i dimnjak i staklo na ostakljenom balkonu sastavni dio građevinskog objekta, do njihova urušavanja je došlo zbog manjkavosti pri građenju, odnosno postavljanju. Stoga takva kuća odnosno stan predstavljaju opasnu stvar, zbog čega njihov vlasnik odgovara na temelju objektivne odgovornosti u smislu odredaba članka 1063. i 1064. ZOO, odnosno (članak 173. i 174. ZOO/78).

Suđeno je da ugostitelj na temelju odredbe članka 18. stavka 2. ZOO/78 (sada 10. stavak 2. ZOO-a) odgovara gostu, koji je sjedio za stolom vrtne restauracije koja se nalazila na pločniku ulice, za štetu koju je pretrpio zbog pada žbuke sa zgrade u kojoj se nalazi ugostiteljski objekt, bez obzira na to što nije vlasnik zgrade s koje je žbuka pala. Naime, ugostitelj je dužan u izvršavanju obveza iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom. Stoga je dužan poduzeti sve mjere potrebne da gost u ugostiteljskom objektu ne bude ozlijeđen padom nekog predmeta, pa tako i padom žbuke s fasade zgrade na vrtnu restauraciju.<sup>60</sup>

Budući da se šteta koja je nastala od ruševne zgrade smatra štetom koja je nastala u svezi s opasnom stvari uzročna veza se ne dokazuje, već se **uzročnost predmnijeva** (članak 1063. ZOO). Štetnik se može osloboditi odgovornosti za nastalu štetu ako dokaže postojanje činjenica navedenih u članku 1067. ZOO, i to:

- šteta potječe od nekog nepredvidivog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a koji se nije mogao spriječiti, izbjeći ili otkloniti, tj. da se šteta dogodila višom silom,

- šteta je nastala isključivo radnjom oštećenika ili treće osobe, koju on nije mogao predvidjeti i čije posljedice nije mogao izbjeći ni otkloniti.

Štetnik se oslobađa odgovornosti djelomično ako je oštećenik djelomično pridonio nastanku štete.

Okolnost da ruševno stanje zgrade nije isključivi uzrok potpunoga ili djelomičnoga rušenja, nego da je do toga došlo pod utjecajem vremenskih nepogoda ne isključuje odgovornost štetnika za nastalu štetu.

Nepovoljni vremenski utjecaji (na primjer zimska oluja s obilnim snijegom, jaki ljetni pljusak uz olujni vjetar i sl.), na koje treba računati s obzirom na klimatske datosti određenog područja, nisu izvanredni prirodni događaj, odnosno viša sila koja bi oslobađala štetnika od odgovornosti za nastalu štetu. U sudskoj je praksi izraženo stajalište da vjetar olujne jačine, odnosno olujna bura u primorskim dijelovima Hrvatske ne predstavlja višu silu već prirodni fenomen koji se može predvidjeti i da ta okolnost ne isključuje štetnikovu odgovornost za štetu.<sup>61</sup>

58 VSRH, Rev-153/1997 od 5. 2. 1997., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

59 VSH, Rev-1349/1990. od 31. 10. 1990., Pregled sudske prakse, 53/75.

60 VSRH, Rev-281/1995 od 28. 9. 1999., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

61 VSRH, Rev-153/1997 od 5. 2. 1997. i Rev-1738/1997 od 8. 3. 2000., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

Štetnik je osim naknade, štete odnosno uspostave prijašnjeg stanja u obvezi izvesti i radove kojima se uklanja opasnost od štete koja je nastala zbog njegove štetne radnje.<sup>62</sup>

### **10. UPRAVNOPRAVNE MJERE U SLUČAJU OŠTEĆENJA GRAĐEVINE ZBOG KOJIH PRIJETI OPASNOST NASTANKA ŠTETE NA SUSJEDNOJ NEKRETNINI**

Zaštitu od opasnosti koja prijeti susjednim nekretninama od oštećenih zgrada i građevina pružaju i norme upravnog prava. Naime, određenim upravnopravnim mjerama koje donose nadležna upravna tijela, moguće je djelotvorno spriječiti nastanak štete na susjednim nekretninama.

Prema odredbi članka 270. stavka 1. ZPUG-a vlasnik građevine odgovoran je za njezino održavanje. Stavkom 2. istog članka propisano je da je vlasnik građevine dužan osigurati održavanje građevine tako da se tijekom njezinog trajanja očuvaju bitni zahtjevi za građevinu, unaprjeđivati ispunjavanje bitnih zahtjeva za građevinu te je održavati tako da se ne naruše svojstva građevine, odnosno kulturnog dobra ako je ta građevina upisana u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske. U slučaju oštećenja građevine zbog kojeg postoji opasnost za život i zdravlje ljudi, okoliš, prirodu, druge građevine i stvari ili stabilnost tla na okolnom zemljištu, vlasnik građevine dužan je poduzeti hitne mjere za otklanjanje opasnosti i označiti građevinu opasnom do otklanjanja takvog oštećenja (stavak 3. članak 270. ZPUG-a).

Odredbom članka 287. stavka 1. ZPUG-a propisano je da u slučaju neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, druge građevine ili stabilnost tla na okolnom zemljištu, građevinski inspektor može na temelju ovoga Zakona *usmenim rješenjem* narediti investitoru, odnosno vlasniku građevine i/ili izvođaču, poduzimanje hitnih mjera radi osiguranja, odnosno zabraniti korištenje građevine ili njezinog dijela do izvršenja naredbe kada to ocijeni potrebnim. S time da stavkom 4. istog članka određeno da obveza izvršenja usmenog rješenja počinje teći od dana priopćenja usmenog rješenja stranci. Ako je investitor, odnosno vlasnik i/ili izvođač građevine nepoznat ili nedostupan ili mu je iz bilo kojeg razloga nemoguće izreći hitnu mjeru ili je odbije izvršiti u određenom roku, građevinski inspektor istim rješenjem naređuje izvršenje hitne mjere posredstvom druge osobe na trošak i odgovornost izvršenika (članak 287. stavak 6. ZPUG).

Otklanjanje oštećenja na *postojećoj građevini* uređeno je odredbama članka 298. ZPUG-a.

Prema tim odredbama u provedbi inspekcijskog nadzora građevinski inspektor rješenjem naređuje vlasniku građevine otklanjanje oštećenja na postojećoj građevini zbog kojih postoji opasnost za život ljudi, okoliš, druge građevine ili stabilnost

62 VSH, Rev-122/85 od 6. 2. 1985. - Pregled sudske prakse, 28/31a.

tla na okolnom zemljištu u određenom roku te poduzimanje mjera iz članka 287. ovoga Zakona (stavak 1.). Rješenjem iz stavka 1. ovoga članka građevinski inspektor naređuje vlasniku građevine i uklanjanje građevine ili njezinog dijela ako u određenom roku ne otkloni oštećenja i određuje način izvršenja inspekcijskog rješenja posredstvom druge osobe u roku od trideset dana od dana utvrđenja da vlasnik u određenom roku nije postupio prema naređenom (članak 287. stavak 2. ZPUG). Rješenje iz stavka 1. ovoga članka dostavlja se na znanje jedinici lokalne samouprave na čijem se području nalazi oštećena građevina i nadležnoj policijskoj upravi (članak 287. stavak 3. ZPUG). Smatra se da je građevinski inspektor donošenjem rješenja iz stavka 1. ovoga članka postupio u skladu s člankom 383. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (članak 287. stavak 4. ZPUG).

Navedenim člankom posebno su propisana prava i obveze građevinskog inspektora glede donošenja rješenja o otklanjanja oštećenja i uklanjanju građevine kada se građevina nalazi u naselju ili dijelu naselja, koje je upisano u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske kao kulturno povijesna cjelina ili je građevina upisana u taj Registar ili se nalazi u zaštićenom dijelu prirode.

Ako se građevina iz stavka 1. članka 287. ZPUG-a nalazi u naselju ili dijelu naselja, koje je upisano u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske kao kulturno povijesna cjelina ili je građevina upisana u taj Registar ili se nalazi u zaštićenom dijelu prirode, građevinski inspektor rješenje iz stavka 1. ovoga članka odmah dostavlja tijelu državne uprave nadležnom za poslove zaštite kulturnih dobara i zaštite prirode (članak 287. stavak 5. ZPUG). Tijelo će iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a u roku od petnaest dana od dana primitka rješenja u slučaju građevine koja se nalazi u naselju ili dijelu naselja, koje je upisano u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske, kao kulturno povijesna cjelina ili je građevina upisana u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske, odrediti vlasniku građevine način i rok otklanjanja oštećenja. Isto će tijelo odlučiti o mogućnosti uklanjanja građevine koja je kao pojedinačno zaštićeno kulturno dobro upisana u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske, ako vlasnik u određenom roku ne otkloni oštećenja (članak 287. stavak 6. ZPUG). Rješenjem o otklanjanju oštećenja na postojećoj građevini iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a, koja nije upisana kao pojedinačno zaštićeno kulturno dobro u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske, građevinski inspektor naređuje vlasniku građevine i uklanjanje građevine ili njezinog dijela, ako u roku i na način određen od tijela iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a ne otkloni oštećenja. Određuje i način izvršenja inspekcijskog rješenja putem druge osobe u roku od trideset dana od dana utvrđenja da vlasnik u određenom roku nije postupio prema naređenom (članak 287. stavak 7. ZPUG). Rješenjem o otklanjanju oštećenja na postojećoj građevini iz stavka 5. ovoga članka, koja je upisana kao pojedinačno zaštićeno kulturno dobro u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske, građevinski inspektor naređuje vlasniku građevine i uklanjanje građevine ili njezinog dijela, ako u roku i na način određen od tijela iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a ne otkloni oštećenja te određuje način izvršenja inspekcijskog rješenja putem druge osobe u roku od trideset dana od dana utvrđenja da vlasnik u određenom mu roku nije postupio prema naređenom,

koje će se provesti ako to odobri tijelo iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a (članak 287. stavak 6. ZPUG). U slučaju građevine, koja je upisana kao pojedinačno zaštićeno kulturno dobro u Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske i za koju tijelo iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a ne odobri uklanjanje, a vlasnik nije otklonio oštećenja, tijelo iz stavka 5. članka 287. ZPUG-a provesti će taj postupak prema posebnom zakonu (članak 287. stavak 9. ZPUG).

Navedenim je člankom propisano i u kojem slučaju građevinski inspektor može donijeti rješenje o uklanjanju *dijela građevine*. Naime, prema stavku 10. članka 287. ZPUG-a građevinski inspektor naređuje uklanjanje dijela građevine ako je oštećenje na postojećoj građevini takvo da se uklanjanjem dijela građevine ne narušava mehanička otpornost i stabilnost preostalog dijela građevine. Ako bi se uklanjanjem dijela građevine narušila mehanička otpornost i stabilnost preostalog dijela građevine, građevinski inspektor narediti će uklanjanje cijele građevine.

Prema odredbi članka 300. stavka 1. ZPUG-a u provedbi inspeksijskog nadzora građevinski inspektor će rješenjem investitoru, odnosno vlasniku, među ostalim, narediti uklanjanje građevine, odnosno njezinog dijela:

- ako tijekom građenja utvrdi neotklonjive nepravilnosti zbog kojih je ugrožena stabilnost građevine i stabilnost okolnih građevina ili je na drugi način ugrožen život ljudi,

- ako se radi o građevini oštećenoj ili porušenoj u Domovinskom ratu, a Ministarstvo mora, turizma, prometa i razvitka je izdalo potvrdu da građevinu nije moguće uvrstiti u projekt obnove ratom oštećenih ili porušenih građevina.

Iznimno od stavka 1. članka 300. ZPUG-a građevinski inspektor neće investitoru, odnosno vlasniku narediti uklanjanje građevine ili njezinog dijela (potporni zidovi, podzemne građevine u neposrednoj blizini drugih građevina i sl.), ako bi tim uklanjanjem nastala opasnost za život ljudi, druge građevine ili stabilnost tla na okolnom zemljištu, nego će investitoru, odnosno vlasniku narediti izradu projekta sanacije od ovlaštene osobe. Investitor je takvu građevinu, odnosno njezin dio obvezan označiti opasnom i po izradi projekta sanacije od ovlaštene osobe ukloniti ju preko ovlaštenog izvođača, odnosno njezin dio sukladno projektu sanacije (članak 300. stavak 103. ZPUG).

Ako izvršenik ne postupi po rješenju inspektora iz članka 287. stavka 1., članka 298. stavka 1. i članka 300. stavka 1. ZPUG-a, rješenje će se izvršiti posredstvom druge osobe na trošak i odgovornost izvršenika (članak 302. stavak 4. ZPUG).

U sudskoj praksi u primjeni članka 58. Zakon o građenju<sup>63</sup> (kojemu sadržajno odgovara članak 300. ZPUG) suđeno je da se u slučaju promjene vlasništva objekta rušenje naređuje novom vlasniku objekta.<sup>64</sup> Nadalje je suđeno da građevinski inspektor može naložiti uspostavu prijašnjeg stanja kada utvrdi neotklonjive nedostatke zbog kojih je ugrožena stabilnost građevine ili okolnih građevina ili na koji drugi način su ugroženi životi ljudi ili okoliš, neovisno o tomu izvode li se radovi na vlastitom ili tuđem

63 Narodne novine, br. 77/92, 82/92, 26/93, 33/95.

64 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-7563/1995 od 3. travnja 1997. godine, web stranice UpSRH.



zemljištu.<sup>65</sup> U primjeni istoga zakona također je suđeno da se otklanjanje nedostataka na građevini nalaže vlasniku građevine bez obzira na to što se druga osoba koristi građevinom.<sup>66</sup>

U primjeni članka 89. Zakon o gradnji<sup>67</sup> (kojemu sadržajno odgovara članak 298. ZPUG-a) suđeno je da otklanjanje oštećenja na građevini, građevni inspektor naređuje svim vlasnicima zgrade.<sup>68</sup>

## **11. USPOSTAVA PRIVREMENOG UPRAVLJANJA STVARJU (SEKVESTRACIJA)**

Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici su dužni, jer vlasništvo obvezuje, pridonositi općem dobru (članak 48. stavak 1. i 2. Ustava). Pravila o susjedskim pravima ograničavaju izvršavanja prava vlasništva radi uređenja susjedskih odnosa. Tim se odredbama susjedu, među ostalim, nalažu i određena činjenja glede vlastite stvari, kako bi se omogućilo njegovom susjedu racionalno i mirno korištenje svoje nekretnine. Pravni poredak očekuje od vlasnika da poštivanje dužnosti koje mu je zakonodavac nametnuo u vezi sa susjedskim pravima. To znači da je vlasnik ruševne zgrade obavezan izvršiti nametnute mu dužnosti kada je u pitanju njegova ruševna zgrada ili koji drugi objekt, tj. poduzeti potrebne mjere radi otklanjanja opasnosti koja njihovim potpunim ili djelomičnim rušenjem prijeti susjednoj nekretnini. Postavlja se pitanje, međutim, kako postupiti u slučaju kada se vlasnika ne može prisiliti poduzimanje zakonom određeno činjenje. Radi razrješenja te situacije ZVDSP je propisao mogućnost uspostave privremenog upravljanja stvarju (sekvestracije).

Kada je radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi određeno da je vlasnik na temelju zakona dužan nešto poduzeti glede vlastite stvari, a njega se na to ne može prisiliti, općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan je ovlašten uspostaviti privremeno upravljanje tom stvarju (sekvestraciju) primjenjujući na odgovarajući način pravila o privremenom skrbništvu nad ostavinom za slučaj da su nasljednici nepoznati ili nepoznatoga boravišta, ako posebni zakon ne određuje što drugo (članak 32. stavak 3. ZVDSP). U izvršavanju privremenoga upravljanja, općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan može stvari dati u zakup (članak 32. stavak 4. ZVDSP), ugovor o zakupu sklapa se na određeno vrijeme (članak 32. stavak 5. ZVDSP). Zakupnina može koristiti samo za održavanje stvari ili ispunjenje druge

65 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-7269/1999 od 11. travnja 2002. godine, web stranice UpSRH.

66 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-5762/1996 od 6. svibnja 1998. godine, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002., 406.

67 Narodne novine, br. 52/99, 75/99, 117/01.

68 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-7427/2002 od 17. kolovoza 2006. godine, web stranice UpSRH.

obveze zbog koje je uspostavljeno privremeno upravljanje stvarju (članak 32. stavak 6. ZVDSP).

Vlasnik ima pravo na vraćanje posjeda stvari i prije proteka roka iz ugovora, ako u cijelosti isplati uložena sredstva ili ispuni drugu obvezu zbog koje je uspostavljeno privremeno upravljanje stvarju (članak 32. stavak 7. ZVDSP).

U skladu s navedenim odredbama članka 32. ZVDSP-a, koje uređuju institut sekvestracije, kada je u pitanju ruševna zgrada li drugi objekt, a vlasnika se ne može prisiliti na poduzimanje dužnih radnji (jer mu je nepoznato boravište ili je nepoznat) može se odrediti sekvestracija. Tako da se u privremenom upravljanju odredi popravak ili rekonstrukcija, odnosno uklanjanje ruševne zgrade ako popravak ili rekonstrukcija nije moguća, zbog opasnosti koja prijete za život i zdravlje ljudi ili susjednih nekretnina, odnosno radi zaštite drugih opravdanih interesa. Akt o uspostavi privremenog upravljanja stvarju koji donosi općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan je upravni akt.<sup>69</sup>

## **12. NAPUŠTENA NEKRETNINA I GUBITAK PRAVA VLASNIŠTVA**

Ustav jamči pravo vlasništva, dok je odredbom članka 50. Ustava propisano da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti (stavak 1.). Članak 1. Protokola broj 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>70</sup> propisuje da svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva i da se nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva osim u javnom interesu i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Odredbom stavka 2. istoga članka Protokola broj 1 je propisano da odredbe iz stavka 1. toga članka ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima kako bi uredila uporabu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.

Ruševna i napuštena zgrada, pored toga što neposredno ugrožava susjednu nekretninu, može biti opasna prijetnja:

- za zdravlje okolnih susjeda - u takvim kućama, koje često nemaju ni vrata ni prozora te su dostupne svakome, baca se smeće, što pogoduje naseljavanju štakora, miševa i drugih štetočina koji mogu biti prenositelji bolesti ljudi i životinja, odatle se šire neugodni mirisi,

- za nastanak požara čime se, osobito u gustom naselju, ugrožavaju i susjedni objekti,

- sigurnosti okolnih susjeda, jer je takva zgrada često stjecište i utočište skitnica, uživatelja droge, kriminalaca, nemoralnih osoba.

Stoga društvo ima interes da se takve ruševne i napuštene zgrade poprave, ako

<sup>69</sup> Više o intervenciji javne vlasti kada prijete opasnost od ruševnih zgrada vidi Sarvan, Desa: Postupanje sa zgradama od kojih prijete opasnost od nastanka štete, Informator, broj 4986 od 19. prosinca 2001.

<sup>70</sup> Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst i 8/99. - ispravak.

je to s obzirom na njihovo stanje još moguće, a ako to nije moguće onda je potrebno takve kuće srušiti i tako otkloniti opasnost koju predstavljaju za susjedne nekretnine, okolne susjede i prolaznike.

Nepopravljanje ruševne zgrade uz ispunjenje pretpostavki određenih posebnim propisom može dovesti do presumpcije gubitka vlasništva. Naime, takva ruševna zgrada može se smatrati napuštenom nekretninom i postati vlasništvo Republike Hrvatske (članak 133. stavak 2). Međutim da bi se neka nekretnina smatrala napuštenom nekretninom posebnim propisom moraju biti propisane pretpostavke za prestanak prava vlasništva zbog nepopravljanja zgrade (članak 133. stavak 3. ZVDSP). Takav poseban propis Republika Hrvatska još nije donijela.

## ZAKLJUČAK

Opasnost od rušenja zgrade u hrvatskom je pravu statuirana kao susjedsko pravo na temelju kojega vlasnik ili posjednik susjedne nekretnine može zahtijevati od vlasnika zgrade ili drugog objekta, od kojega prijeti nastanak štete, poduzimanje mjera na njegovoj nekretnini radi sprječavanja štete od potpunoga ili djelomičnoga rušenja zgrade ili drugog objekta. Ovo je susjedsko pravo bitno jer se radi otklanjanja budućih negativnih utjecaja, odnosno nastanka štete nalaže vlasniku ili posjedniku susjedne nekretnine dužnost brinuti se o održavanju svoje zgrade ili drugog objekta i poduzimati mjere za otklanjanje oštećenja koja mogu prouzročiti štete na susjednim nekretninama. Odredbom članka 111. ZVDSP-a propisano je ne samo pravo susjeda da zahtijeva poduzimanje odgovarajućih mjera, kojima će se spriječiti nastanak štete na susjednoj nekretnini, nego je predviđeno i pravo susjeda kojemu prijeti šteta od rušenja zgrade ili drugog objekta da zahtijeva i davanje dovoljnog osiguranja za popravlanje moguće nastale štete. Osim stvarnopravne zaštite, koja pripada susjedu, koji se smatra ugroženim od potpunog ili djelomičnog rušenja susjedne, odnosno okolne zgrade ili drugog objekta, hrvatsko pravo i odredbama obveznopravne i upravnopravne naravi pruža zaštitu vlasniku ili posjedniku susjedne nekretnine od štete koja može nastati od rušenja zgrade ili drugog objekta.

Svrha je ovoga rada bila dati cjelovitu analizu svih pitanja bitnih za primjenu odredbe članka 111. ZVDSP-a koja uređuje opasnost od rušenja zgrade i odredaba obveznopravne i upravnopravne naravi značajne za sprječavanje nastanka štete na susjednoj nekretnini. Nakon svega može se reći da stvarnopravna, obveznopravna i upravnopravna pravila hrvatskoga prava na zadovoljavajući način osiguravaju vlasniku ili posjedniku zaštitu od štete koja prijeti njihovoj nekretnini od potpunoga ili djelomičnoga rušenja susjedne zgrade ili drugog objekta.

## Summary

### **DANGER POSED BY THE COLLAPSE OF BUILDINGS**

Derelict and deteriorated buildings and other constructions are a source of peril to life and health, nearby buildings, other constructions and objects. Such buildings or constructions present danger especially during bad weather conditions (strong wind, long-lasting precipitations-rain or snow) when pieces of mortar fall from decrepit facades, chimneys fall off as well as worn-out windows and window shutters. In such cases roofs can collapse or lose tiles or gutters. Sometimes, the whole derelict and deteriorated buildings or other constructions completely collapse causing life threatening situations for passers-by and peril for nearby immovable properties owned by others. Therefore, the owner of the real property is expected to take adequate measures in due time to remove danger caused by the state of his building posing a threat to passers-by and nearby immovable properties. He also has a responsibility to take necessary measures to reconstruct and repair damages caused on a building or a construction. If he does not do that by his own will and in due time, the neighbour whose real property is in danger may ask from the owner of the building or other construction to take all necessary measures to prevent damage. The author in the article discusses the protection of buildings in danger of collapse from different legal aspects taken from regulations of real property, civil obligations and administrative issues. He gives a special consideration to the liability for damages of the owner of the building or other construction caused to third persons due to omissions during their construction or irresponsible maintenance.

**Key words:** *building, collapse, danger from damages, nearby real estate, remuneration of damages, removal of the danger, insurance, future damages.*

## Zusammenfassung

### **EINSTURZGEFAHR VON GEBÄUDEN**

Baufällige und heruntergekommene Gebäuden stellen eine Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Menschen, sowie für andere Gebäuden und Dinge dar. Besonders gefährlich sind solche Gebäuden bei starken Witterungen (z.B. im Fall von starkem Wind, längerer Regens- oder Schneezeit), bei denen es zum Fassade-, Schornstein- und abgenützten Fenster-, Dacheinsturz, bzw. zum Einsturz von Dachziegeln und Dachrinnen oder sogar zum Einsturz des ganzen baufälligen Gebäudes kommen kann, was sowohl Passanten, als auch naheliegende Gebäuden in Gefahr bringt. Insofern wird von dem Gebäudeeigentümer erwartet, rechtzeitig die

erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, damit keine Gefahr für die Passanten und naheliegenden Gebäuden besteht. Mit anderen Worten, der Eigentümer sollte alle Sanierungs- und Reparaturarbeiten am Gebäude rechtzeitig vornehmen. Andernfalls kann der Nachbar, dessen Gebäude gefährdet ist, vom Gebäudeeigentümer verlangen alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen um mögliche Schäden zu verhindern. Das Thema des Gebäudeschutzes wird in dieser Arbeit aus einer sachen-, schuld- und verwaltungsrechtlicher Hinsicht betrachtet. Darüber hinaus wird die Verantwortung des Gebäudeeigentümers für Schäden, die Drittpersonen als Folge mangelnden Baues oder Instandhaltung entstanden sind, unter die Lupe genommen.

**Schlüsselwörter:** *Gebäude, Einsturz, Schadengefahr, naheliegendes Gebäude, Schadenersatz, Gefahrbeseitigung, Versicherung gegen künftige Schäden.*

## RIASSUNTO

### PERICOLO DI ROVINA DI EDIFICIO

Gli edifici in rovina e fatiscenti, come anche le altre costruzioni, rappresentano una fonte di pericolo per la vita e la salute delle persone, degli edifici attigui e delle altre costruzioni della medesima cosa. Tali edifici o costruzioni sono particolarmente pericolosi in occasione di maltempo (forte vento, abbondanti piogge o neve), quando dalle fatiscenti facciate si stacca l'intonaco, cadono i camini, le finestre logorate dall'usura o le imposte, rovina il tetto oppure dallo stesso cadono tegole e mattoni, o capita una totale distruzione di tali edifici o costruzioni logorate dall'usura; tutto ciò mette in pericolo di vita i passanti e compromette gli altrui immobili attigui. Ci si aspetta, pertanto, che il proprietario prenda tutte le misure necessarie al fine di scongiurare il pericolo che incombe sui passanti a causa dello stato del suo edificio ovvero che provveda a sanare i deterioramenti sugli edifici e le costruzioni. Qualora non vi provveda spontaneamente e tempestivamente, anche il vicino la cui costruzione sia in pericolo, può pretendere da parte del proprietario dell'edificio o di altra costruzione che vengano poste in atto tutte le misure necessarie a prevenire il verificarsi del danno. Nel contributo si esamina sotto il profilo dei diritti reali, delle obbligazioni e del diritto amministrativo la tutela degli immobili minacciati dal pericolo di rovina d'edificio. Si analizza in maniera esaustiva anche la responsabilità del proprietario dell'edificio o di altra costruzione per i danni cagionati a terzi in conseguenza di omissioni nella costruzione o di un'impropria manutenzione.

**Parole chiave:** *edificio, rovina, pericolo di danneggiamento, immobile confinante, risarcimento del danno, rimozione del pericolo, assicurazione del danno futuro.*



## ANTIŽIDOVSTVO I RASNO ZAKONODAVSTVO U FAŠISTIČKOJ ITALIJI, NACISTIČKOJ NJEMAČKOJ I USTAŠKOJ NDH

Dr. sc. Robert Blažević, izvanredni profesor  
Amina Alijagić, studentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 323.12(=411.16)  
Ur.: 22. travnja 2010.  
Pr.: 1. listopada 2010.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*Autori analiziraju prirodu fašističkog i nacističkog vladavinskog poretka te ustaškog režima u NDH. Talijanski fašizam zagovara uspostavljanje zajednice kao jedinstvene i organski raščlanjene države, a njemački nacizam jamči jedinstvo nacije, tj. arijevske rase, „krvlju i tlom“ (Blut und Boden Ideologie). U navedenim diktaturama poništeni su svi elementi liberalnog ustrojstva države i društva. NDH, za razliku od totalitarnih režima u Njemačkoj i Italiji, nije imala izrazitu podršku stanovništva. Zato je na političko-izvedbenoj razini tiranija. Članak pruža mogućnost usporedbe rasnih zakona koji su radikalno dehumanizirali i istrijebili pojedine kategorije ljudi: one ljude koji nisu posjedovali „deutsches oder artverwandtes Blut“ (njemački zakon), „razza italiana“ (talijanski zakon) ili „arijsko porijetlo“ (hrvatski zakon). Između ostaloga, nastoji se pokazati da su ustaški dužnosnici gotovo cijelo zakonodavstvo NDH-a prilagodili njemačkom i talijanskom, pa tako i zakonske odredbe koje su se ticale nacionalne i rasne isključivosti. U tu svrhu autori su preveli talijanske i njemačke rasne zakone te ih sadržajno predstavili. Uočljiva je sličnost između samog nazivlja zakona, primjerice: Odredbe o zaštiti talijanske rase (Provvedimenti per la difesa della razza Italiana); Zakon o zaštiti njemačke krvi i časti (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre); Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda.*

**Ključne riječi:** *rasna diskriminacija, fašizam, nacizam, ustaštvo, rasno zakonodavstvo.*

## 1. UVOD

Mislioni i filozofi<sup>1</sup> u 17. stoljeću su smatrali da se ljudske rase ne razlikuju samo prema morfološkim (tjelesnim) osobinama, već i prema psihološkim (umnim) sposobnostima, pa odatle, prema ovoj teoriji, postoje „više“ i „niže rase“. Temeljem toga objašnjavali su nejednakost raznih naroda u društveno-ekonomskom i kulturnom pogledu.

Godine 1854. francuski diplomat Joseph Arthur (Comte) de Gobineau objavio je utjecajnu knjigu „Esej o nejednakosti u ljudskim rasama“. Smatrao je da je „arijska“ rasa iznad svih drugih, ali joj je prijetilo „rasno miješanje“ s „narijskim“ rasama, koje nisu na tako visokom nivou.<sup>2</sup> Takve su misli bile dobro došle u vrijeme kada je europski nacionalizam i imperijalizam igrao sve veću ulogu. Inspirirani teorijom Charlesa Darwina o prirodnom odabiranju, tj. da najbolje prilagođene individue preživljavaju,<sup>3</sup> znanstvenici i intelektualci u Zapadnom svijetu počeli su primjenjivati njegove biološke ideje na ljudsko društvo. Takozvani socijaldarvinizam sadržavao je ideju da „jaki“ imaju pravo upravljanja nad „slabima“.<sup>4</sup> Jedan od utjecajnih mislilaca bio je Nijemac engleskog podrijetla Houston Stewart Chamberlain. On je 1899. u knjizi „Temelji devetnaestog stoljeća“ lansirao viziju u kojoj će „arijska rasa“, predvođena Germanima, spasiti kršćansku europsku civilizaciju od njenog neprijatelja, „židovstva“.<sup>5</sup> Neke Chamberlainove knjige pronađene su i u Hitlerovoj knjižnici.

U isto vrijeme (krajem 19. st.) i moderna znanost dolazi pod utjecaj socijaldarvinističkih ideja. To se najviše odrazilo u tzv. eugenici, koja se naziva i rasnom higijenom. Eugeničari su govorili da nezadovoljavajući geni „slabih“ ugrožavaju društvo. Tvrdili su da se kvaliteta i „zdravlje“ društva mogu zaštititi i poboljšati ako se spriječi reproduciranje i širenje tih gena.<sup>6</sup> Ideje eugeničkoga pokreta ostvarivane su u 20. stoljeću u Europi<sup>7</sup> i SAD-u stotinama tisuća sterilizacija, a najčešće su sterilizirane žene.

Pod okriljem Ujedinjenih naroda 21. prosinca 1965. godine usvojena je

1 Henri de Boulainvilliers, francuski povjesničar, primjerice, podijelio je Francuze na dvije „rase“. Međutim, nije razumijevao „rasu“ kao biološki neizbježnu, već kao suvremeni (rasistički) kulturni konstrukt. (Simon, Renée, *Henry de Boulainvilliers: Œuvres Philosophiques*, International Archives of the History of Ideas, Martinus Nijhoff, La Haye, 1973., str. 58.)

2 Gobineau, Arthur; Collins, Adrian, *The Inequality of Human Races*, reprint, Noontide Press, Torrance, California, 1983., str. 10.

3 Darwin, Charles, *Postanak vrsta prirodnim odabirom ili očuvanje povlaštenih rasa u borbi za život*, Školska knjiga, Zagreb, 2008., str. 9.

4 Bruchfeld, Stéphane; Levine, Paul A., *Pripovijedajte to – Knjiga o Uništenju u Europi 1933.-1945.*, Regeringskansliet (Vladin kabinet), Levande Historia, Stockholm, 1998., str. 4.

5 Chamberlain, Houston Stewart, *The foundations of the Nineteenth Century*, London, 1911., str. 269.

6 Bruchfeld, S.; Levine, P.A., cit., str. 7.

7 Rasnoideološke misli Adolfa Hitlera tiskane su u njegovoj knjizi *Mein Kampf*. Hitler i nacistička partija nisu krili svoje rasističko poimanje čovjeka, niti svoj prijezir prema demokratskom društvu i njegovim vrijednostima. Za naciste je „rasa“ bila sve. Pojedinaac nije imao nikakvu vrijednost, osim kao oruđe rasističke države. Primjena te ideologije počela je čim su nacisti preuzeli vlast, 30. siječnja 1933. godine (Bruchfeld, S.; Levine, P.A., op. cit., str. 4.)



definicija rasne diskriminacije u **Međunarodnoj konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije**. Budući da je bivša Jugoslavija bila stranka navedene Konvencije,<sup>8</sup> Hrvatska ju je preuzela 1993. godine Odlukom o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji.<sup>9</sup> Prema članku 1., st. 1. Konvencije izraz „rasna diskriminacija“ odnosi se na: „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu koji imaju za svrhu ili za rezultat da naruše ili da kompromitiraju priznavanje, uživanje ili ostvarenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili u svakoj drugoj oblasti javnog života“.

Europska komisija protiv rasizma i netolerancije (dalje u tekstu: ECRI) predstavlja nezavisni organ Vijeća Europe za nadgledanje poštivanja ljudskih prava, koji je specijaliziran za borbu protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije. ECRI je u svojoj načelnoj **Preporuci br. 7.**, koja je usvojena 13. prosinca 2002., definirao rasizam kao „vjerovanje da razlog kao što je *rasa*, boja kože, jezik, religija, nacionalnost ili nacionalno ili etničko porijeklo, opravdava prijezir prema pojedincu ili grupi pojedinaca, ili osjećaj superiornosti nekog pojedinca ili grupe pojedinaca“.<sup>10</sup> Bitno je naglasiti da ECRI odbacuje teorije temeljene na postojanju različitih „rasa“, budući da sva ljudska bića pripadaju istoj vrsti. Međutim, u predmetnoj Preporuci ECRI koristi ovaj izraz kako bi osigurao da osobe koje su pogrešno percipirane kao pripadnici „druge rase“ neće biti isključene iz zakonom predviđene zaštite.

Rasna diskriminacija<sup>11</sup> ogleda se u politici pojedinih režima ili gledištu i praksi pojedinih političkih pokreta, posebno prema pripadnicima „crne rase“ (u prošlosti su Sjedinjene Američke Države i Južnoafrička Republika bile naglašeno diskriminatorne), kao komunizam i staljinizam te njegove inačice na jugoslavenskim prostorima, kao antisemitizam u nacističkim i fašističkim pokretima i režimima (Hitlerov, Mussolinijev), i sl.

Rasističkim teorijama, tj. rasnoj diskriminaciji, suprotstavljena je ideja o ravnopravnosti svih rasa i naroda na Zemlji bez obzira na boju kože, jezik i

8 Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori, br. 6/1967 (stupila je na snagu 4. siječnja 1969. godine).

9 Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, Narodne novine, Međunarodni ugovori (dalje: NN-MU), br. 12/1993.

10 ECRI General Policy Recommendation N°7: *National legislation to combat racism and racial discrimination*, usvojena 13. prosinca 2002., <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N7/Recommendation\\_7\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/Recommendation_7_en.asp#TopOfPage)>, posjećeno 14. veljače 2010.

11 „Rasna diskriminacija“, u: *Pravna enciklopedija*, sv. 2., Savremena administracija, Beograd, 1985., str. 1381.

nacionalnost.<sup>12</sup> Svako davanje prednosti jednoj rasi nad drugom znači vraćanje reakcionarnim teorijama rasizma.

## 2. FAŠIZAM - NACIZAM - USTAŠTVO

Fašizam i nacizam su mobilizirajući i revolucionarni poretci, posvećeni potpunoj preobrazbi društva. Zagovaraju uspostavljanje zajednice kao jedinstvene i organski raščlanjene države (talijanski fašizam) ili kao nacije (tj. arijevske rase) čije je jedinstvo zajamčeno „krvlju i tlom“ (*Blut und Boden Ideologie* – njemački nacizam). Fašistički i nacistički vladavinski poredak je diktatura. „U njoj su poništeni svi elementi liberalnog ustrojstva države (npr. vladavina prava, parlamentarno ustrojstvo vlasti, nezavisno sudstvo, federalizam, višepartijski sistem, autonomna javnost) i društva (npr. autonomija privrednih subjekata, osobito radničkih sindikata i zadruga). Osnivanjem brojnih masovnih organizacija ustanovljenih po različitim područjima života, dobi i spolu fašistička/nacistička diktatura nastoji ostvariti podršku poretku, ali i kontrolu stanovništva.“<sup>13</sup> U tim strogo hijerarhijski raščlanjenim, centraliziranim masovnim organizacijama ustanovljen je karizmatisko-personalistički aparat na čelu kojega je nepogrešivi vođa. Fašistički/nacistički pokreti osim toga formiraju vlastite uniformirane i naoružane, paravojne organizacije (npr. *sqadre d'azione* u Italiji, *Sturmabteilung* u Njemačkoj), čiji teror stvara privid odlučnosti i efikasnosti.

Međutim, ne može se staviti znak jednakosti između nacističkog režima u Njemačkoj i fašističkog u Italiji. Talijanski fašizam nema nacistički „totalitarni kapacitet“. On ne „uništava državu“ nego njome upravlja i on ne „proizvodi nacionalnu katastrofu niti izdaleka istoga reda“. <sup>14</sup> Unatoč tomu što Mussolini i Hitler imaju „barem dijelom iste ideje“, Hitleru je *credo* rasa, a Mussolini nedvojbeno nije bio rasist. Čak i nakon njegovog „nevoljkog i kasnog“ priklanjanja hitlerovskom rasizmu, antisemitski progoni u Italiji ni po čemu se ne mogu uspoređivati s nacističkim zločinima.<sup>15</sup> Nacisti su razradili projekt biološkog uništenja Židova (*Die Endlösung*), dok se *konačno rješenje židovskog pitanja* u fašističkoj Kraljevini Italiji nastojalo ostvariti sustavnim iseljavanjem i tzv. arijanizacijom Židova talijanskoga državljanstva.<sup>16</sup> Štoviše, progon Židova u Italiji (u kojoj je stradalo njih petina

12 Članak 2., st. 1. Opće deklaracije o pravima čovjeka, sastavnog dijela Povelje Ujedinjenih naroda (NN - MU, br. 15/1993, 7/1994 (ispravak)), naglašava da „svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.

13 *Leksikon temeljnih pojmova politike* (ur. Ivan Prpić i dr.), Školska knjiga, Zagreb, 1990., str. 46.-47.

14 Furet, François, *Prošlost jedne iluzije, Ogled o komunističkoj ideji u XX. stoljeću*, Politička kultura, Zagreb, 1997., str. 192.

15 Loc. cit.

16 Giron, Antun, *Židovsko pitanje u općini Opatija (od 1938. do 1945. godine)*, poseban otisak iz Problemi sjevernog Jadrana, svezak 7, HAZU, Zagreb – Rijeka, 2000., str. 147.

od 40.000, dok je 6.000 emigriralo) započinje tek s dolaskom Nijemaca koji su tada zagospodarili sjevernom Italijom, tj. nakon pada Mussolinija u srpnju 1943. godine.<sup>17</sup>

Izraz „fašizam“ u stručnom i kolokvijalnom govoru često se rabi kao „kvintesenca svakog totalitarizma“. Koristi se kao rodni pojam kako bi označile ideologije, politički pokreti i organizacije te vladavinski poreci koji su po svojoj socijalnoj osnovi, političkoj funkciji i metodama političkog djelovanja srodni talijanskom fašizmu. Međutim, talijanski fašizam nije imao „kvintesence“. On je „kombinirao revoluciju s monarhijom, kraljevsku vojsku sa svojom osobnom milicijom, davanje privilegija Crkvi s državnim obrazovanjem koje veliča nasilje, apsolutnu državnu kontrolu s privatnim tržištem“. Stoga bi bilo mnogo opravdanije, prema Županovu, da je kao „kvintesenca“ uzet nacizam. „Jer, *Mein Kampf* je manifest s potpunim političkim programom: od rasističke teorije o izabranom arijevskom narodu, od teorije o degeneriranoj umjetnosti do filozofije o *volji za moć* i *Übermenschu*. Nacizam je bio definitivno antikiršćanski i neopaganski baš kao što je Staljinov Dijamant eklatantno materijalistički i ateistički.“<sup>18</sup>

Koje je onda opravdanje za upotrebu fašizma kao opće *catch-word* s kojom se danas tako obilno služimo? „Samo historijsko: talijanski fašizam prvi se pojavio na sceni. Svaki od (do)sadašnjih totalitarnih režima povijesno je specifičan. Mogu li se onda ti režimi izjednačiti na bilo kojoj zajedničkoj dimenziji? Ili je riječ samo o analogijama?“<sup>19</sup> Ipak, postoje neke zajedničke karakteristike svih totalitarnih režima koje obilježavaju, prema Umberto Ecu, Ur-fašizam ili Vječni fašizam: „1. kult tradicije i sinkretizam; 2. odbacivanje modernizma; 3. iracionalizam – antiintelektualizam (‘akcija radi akcije, akcija protiv mišljenja’); 4. strah od razlika; 5. pozivanje na ‘frustriranu’ srednju klasu; 6. nacionalizam i teorija zavjere; 7. istovremeno kultiviranje straha od bogatog i moćnog neprijatelja, ali i čvrste vjere da je tog neprijatelja moguće pobijediti; 8. shvaćanje života kao neprekidne borbe koja će završiti Armagedonom konačnog rješenja; 9. popularni elitizam – kombinacija elitizma i stroge hijerarhije; 10. kult heroja i kult smrti; 11. mačizam: prezir prema ženama i osuda ‘nестandardnih seksualnih navika: od djevičanstva do homoseksualizma’; 12. selektivni populizam i igranje naroda, preziranje ‘trule’ parlamentarne demokracije; 13. novogovor“.<sup>20</sup>

NDH je bila organizirana po uzoru na tadašnje totalitarne režime u Italiji i Njemačkoj. U NDH su sve političke stranke bile zabranjene, a njihovo mjesto zauzimao je ustaški pokret<sup>21</sup> kao jedinstveni pokret izravno podvrgnut poglavniku Anti Paveliću. Dakle, na djelu je bio *Führerprinzip*. Ustaški režim se, poput

17 Furet, François, op. cit., str. 192.

18 Županov, Josip, *Od komunističkog pakla do divljeg kapitalizma*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2002., str. 215.

19 Ibid., str. 216.

20 Ibid., str. 216.-217.

21 Ustaštvo je sklop eksplicitnog etničkog nacionalizma, antiliberalizma, antikomunizma, rasizma, antidemokratizma, itd.

nacističkog, temeljio na ideologiji „krvi i tla“ (*Blut und Boden Ideologie*). To je za posljedicu imalo radikalnu dehumanizaciju pojedinih etničkih skupina koje nisu odgovarale „rasnim“ kriterijima (Židovi, Srbi, Romi), ali i onih koji nisu odgovarali ideolojskim kriterijima (Hrvati ljevičari / antifašisti / komunisti).<sup>22</sup>

Pojmu *mnogorodne zajednice* ustaše suprotstavljaju pojam *nacionalne zajednice*. U isti mah oblikuju pojam nacije s izrazito *rasnim naglascima*. Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti i Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda obznanile su da je „*NDH nacionalna država*“<sup>23</sup> i da *samo arijevcima imaju pravo, da u njoj zauzimaju odgovorne položaje i da ravnaju njezinom sudbinom*“.<sup>24</sup> Spomenute zakonske odredbe temelje se na postulatu da se „*narodna država osniva na dosljednom provođanju principa narodnosti*“. Narod je definiran kao „*skup ljudi sa zajedničkom tradicijom, zajedničkim duhovnim dobrima i voljom za promicanjem tih dobara*“. Rasa je određena kao „*skup ljudi koji se podudaraju u nasljednim svojstvima*“. Smatra se da „*specijalna hrvatska rasa ne postoji jer Hrvati su uopće kao europski narod mješavina nordijske, dinarske, alpske, baltijske i mediteranske rase*“.<sup>25</sup> Njemački zakon govori o „*deutsches oder artverwandtes Blut*“, talijanski zakon o „*razza italiana*“, a umjesto izraza „*krv*“, ustaše koriste „*arijsko porijetlo*“<sup>26</sup>.

NDH je bila zločinačka, marionetska država koja nije bila zbiljski neovisna,<sup>27</sup> a što je najvažnije, masovna je podrška režimu bila minimalna. Prema njemačkim procjenama o javnoj podršci, ustaše je podržavalo 2% pučanstva.<sup>28</sup> U tomu je bitna razlika između NDH i totalitarnih režima u Njemačkoj i Italiji koji su imali masovnu

22 Goldstein, Ivo, *Holokaust u Zagrebu*, Novi Liber, Židovska općina Zagreb, Zagreb, 2001., str. 581.

23 Teritorij NDH bio je sastavni dio međunarodnopravnoga teritorija Kraljevine Jugoslavije. Unatoč tomu što je okupiran, okupacijom se ne mogu trajno mijenjati teritoriji država tako da se ni u slučaju da je okupacija ostvarena ne može dirati i određivati trajno njegova sudbina. Državljanje NDH se još uvijek moglo smatrati državljanima Kraljevine Jugoslavije, a organizacija vlasti s gledišta međunarodnog prava nije bila pravno utemeljena, jer Haške konvencije ne odobravaju okupatoru formiranje novih organa. K tome, odluke organa vlasti nisu imale legitimitet, jer nisu predstavljale izraz volje naroda. Očito je da međunarodno pravo potire subjektivitet NDH, kao i Ustav Republike Hrvatske koji državnost temelji na antifašističkom pokretu i ZAVNOH-u. Ipak, NDH tijekom čitavog rata egzistira kao nepriznati, faktični državni subjekt. (Bartulović, Željko, *Sušak od 1919. do 1947.*, Adamić, Državni arhiv u Rijeci, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 337.; *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 41/2001 (pročišćeni tekst) i 55/2001 (ispravak)).

24 Zakonske odredbe citirane prema Kisić Kolanović, Nada, *NDH i Italija – Političke veze i diplomatski odnosi*, Naklada Ljevak, Zagreb, 2001., str. 60.

25 Loc. cit.

26 Tadašnji hrvatski jezik koristio je riječ „porijetlo“ umjesto „podrijetlo“ (op. A. A.).

27 Južni je dio područja NDH bio pod okupacijom Italije, a sjeverni pod okupacijom njemačke vojske. Demarkacionu liniju između njemačke i talijanske okupacijske zone odredio je Adolf Hitler osobno.

28 Cohen, Philip J., *Tajni rat Srbije. Propaganda i manipuliranje poviješću*, Ceres, Zagreb, 1997., str. 144.

podršku izmanipulirane svjetine. Stoga o NDH možemo govoriti kao o tiraniji.<sup>29</sup>

### 3. RASNO ZAKONODAVSTVO U FAŠISTIČKOJ KRALJEVINI ITALIJI

#### 3.1. Rasno zakonodavstvo u fašističkoj Kraljevini Italiji od 1938. do 1943. godine

Godine 1935. započinje rasna politika fašističkog režima (nakon okupacije Etiopije). Tek od 1937. do 1938. godine razvija se kampanja s izrazitim antisemitskim obilježjem, zamjetna najprije u tisku, a zatim u aktivnosti fašističkih institucija i, konačno, 1938. u državnim strukturama.

Dana 19. srpnja 1938. godine *Središnji demografski ured*, koji je djelovao u okviru Ministarstva unutarnjih poslova, prerastao je u *Generalnu direkciju za demografiju i rasu*,<sup>30</sup> ili skraćeno *Demorazza*, koja je kao prvi korak učinila detaljan popis svih Židova u Italiji.<sup>31</sup> Početkom kolovoza 1938., u vrijeme dok je antisemitska kampanja bila na vrhuncu, riječka „*La Vedetta d'Italia*“ najavila je zabranu upisa Židova stranaca u talijanske škole svih stupnjeva i usmjerenja u školskoj godini 1938.-1939., a koja uključuje čak i one Židove koji imaju prebivalište u Italiji.<sup>32</sup>

Ministar nacionalnog obrazovanja Giuseppe Bottai (mandat 1936.-1943.) narednih je dana objavio cijeli niz direktiva i cirkulara s ciljem *zaštite rase*. Već se tada spremao dekret koji će oduzeti talijansko državljanstvo svim Židovima koji su došli u Italiju poslije 1. siječnja 1919. godine. To je značilo da će im se uskratiti školovanje u svim javnim školama te da će biti otpušteni iz svih javnih i državnih službi i institucija. Kroz mjesec kolovoz, rujan i listopad 1938. godine objavljena je brojna zakonska regulativa koja se odnosila na rješavanje *židovskog pitanja*. Konačno su u studenom iste godine objavljene odredbe koje su regulirale obiteljske

29 Prema Hannah Arendt, tiranin vlada u suglasnosti sa svojom voljom i interesom. Tiranin je “vuk u ljudskom obličju” (Platon). On vlada pukim nasiljem. (...) S druge strane, i “najdrakonskija” autoritarna vlast ograničena je zakonima (Arendt, Hannah, *Totalitarizam*, Politička kultura, Zagreb, 1996., str. 14. i d.).

30 Autori su se pretežno bavili pitanjem diskriminacije i eliminacije Židova, iako svjesni da se često gube iz vida slične mjere koje je fašistički režim provodio prema netalijanskom stanovništvu, odnosno Hrvatima i Slovencima, koji su nakon Prvog svjetskog rata ušli u sastav Kraljevine Italije kao i područja koja su anektirana 1941. Međutim, to je tematika koju bi trebalo detaljnije obraditi u nekom drugom radu. Za sada samo povlačimo paralelu sa *Socijalnim i demografskim uredom* utemeljenim pri općini Sušak, u svrhu „eliminacije Slavenstva“ na „jadranskim teritorijima“. Mussolini je 10. lipnja 1941. izrazio namjeru da „novu državnu granicu izjednači s etničkom, vršeći raseljavanja ‘nelojalnog’ hrvatskog stanovništva i naseljavanja što više talijanskog na anektirane teritorije.“ (Bartulović, Ž., op. cit., str. 245.).

31 Dukovski, Darko, *Fašizam u Istri 1918. – 1943.*, Cash-histria Croatica, Pula, 1997., str. 217.

32 Novinska obavijest naslovljena „*Gli studenti ebrei stranieri esclusi dalle scuole italiane*“ („Židovski učenici sa statusom stranaca isključeni su iz talijanskih škola“) objavljena je u riječkoj „*La Vedetta d'Italia*“, od 3. kolovoza 1938. (Hrvatski državni arhiv u Rijeci), a odnosi se na školsku godinu 1938./39.

odnose i „miješane“ brakove Židova i nežidova.<sup>33</sup>

Deklaracija Velikoga fašističkog vijeća od 6. i 7. listopada 1938., transformirana je 17. studenoga u kraljevski dekret sa zakonskom snagom pod naslovom: **Odredbe o zaštiti talijanske rase** (*Provvedimenti per la difesa della razza Italiana*).<sup>34</sup> Njegovim je stupanjem na snagu faktički bila ozakonjena diskriminacija Židova u Kraljevini Italiji. No, to je bio tek početak rasne zakonodavne aktivnosti fašističkoga režima inspirirane, bez ikakve sumnje, Nürnberškim nacističkim zakonikom iz 1935. godine. U razdoblju od 1938. do sredine 1942., pa sve do pada Mussolinija u srpnju 1943., fašistički je režim brojnim zakonima, uredbama i naputcima rješavao *židovsko pitanje*.

### 3.1.1. Rasno zakonodavstvo u području obrazovanja

Zašto je primjena antižidovskih odredbi počela ponajprije u školi? Osim praktičnih razloga, s obzirom na potrebu usklađivanja s početkom školske godine, važnijim se čine ideološki razlozi. Naime, fašistički je režim školi dodijelio važnu ulogu institucionalnog pokretača sveobuhvatne kulturno-političke preobrazbe mladih naraštaja kojima je trebalo učvrstiti samosvijest i ponos zbog pripadanja naciji koja je „kolijevka civilizacije i kulture naroda svijeta“.<sup>35</sup>

Objavljivanje antisemitskih odredbi o školstvu bilo je pripremljeno nizom ministarskih okružnica koje su već tijekom kolovoza 1938. odaslane pokrajinskim školskim nadzorništva (*Regio Provveditorato agli studi*). O tomu je istovremeno bilo obaviješteno Ministarstvo unutarnjih poslova. To su bile *administrativne odredbe* restriktivnog karaktera koje su kasnije postale *zakonski dekreti*. Tako je već 1. i 2. rujna 1938., Ministarsko vijeće, razmatrajući prijedlog prve grupe zakonskih odredaba *za obranu rase (per la difesa della razza)*, imalo na dnevnom redu spreman prijedlog dviju odredbi koje su se odnosile na školstvo: Odredbe o obrani rase u fašističkoj školi (*Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*) i Odredbe protiv Židova stranaca (*Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri*). S obzirom na skori početak školske godine, Ministarsko je vijeće trebalo hitno usvojiti prijedlog tih dviju odredbi, iako su opće i temeljne odredbe još bile u pripremi.

**Kraljevskim dekretom - zakonom protiv Židova stranaca** (*Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri*) Židovima strancima zabranjuje se „*uspostava stalnog prebivališta u Kraljevstvu, Libiji i posjedima u Egeju*“.<sup>36</sup> Čak su se i

33 Vidi *infra*, 3.1.2.

34 Vidi *infra*, 3.1.2.

35 Dukić - Delogu, Sanja, *Antisemitsko zakonodavstvo u fašističkom školstvu kvarnerske pokrajine (1938. – 1943.) – Osnivanje škola za učenike „židovske rase“*, u: L'EDUCAZIONE SPEZZATA, Scuole ebraiche a Trieste e Fiume durante le leggi razziali (1938-1943), La Mongolfiera Libri, Villaggio del Fanciullo, Opicina – Trieste, 2006., str. 201.

36 *Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri*, Regio Decreto – Legge 7 settembre 1938 – XVI, n. 1381., objavljeno u: Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, br. 208., od 12. rujna 1938. godine, čl. 1.

koncesije, koje su odobrene Židovima strancima nakon 1. siječnja 1919., smatrale opozvanima (*revocate*).<sup>37</sup> Židovi stranci koji su se „zatekli ili koji su nakon 1. siječnja 1919. započeli prebivati na području Kraljevstva, Libije i posjeda u Egeju isti teritorij moraju napustiti u roku od šest mjeseci od datuma objave ove Odredbe“.<sup>38</sup> Oni koji unutar tog perioda „ne izvrše dobrovoljno obvezu, bit će protjerani (*saranno espulsi*)“.<sup>39</sup>

**Kraljevskim dekretom - zakonom o obrani rase u fašističkoj školi** (*Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*) od 5. rujna 1938. zabranio se upis u škole svih usmjerenja i stupnjeva učenicima i studentima *židovske rase (razza ebraica)*.<sup>40</sup> Iznimno se dopuštao završetak studija studentima *židovske rase* koji su bili pri kraju obrazovanja.<sup>41</sup> Nadalje, sve osobe *židovske rase* zaposlene u državnim školama svih usmjerenja i stupnjeva, uključujući sveučilište i akademije, suspendirane su 16. listopada 1938.<sup>42</sup> Suspendizija (*la sospensione dal servizio*) se odnosila na sve nastavnike, ravnatelje škola i instituta te administrativno i tehničko osoblje *židovske rase*.

S obzirom na odredbu o isključenju učenika *židovske rase* iz škola, židovskim učenicima bilo je zabranjeno polazjenje redovne nastave i polaganje razrednih ispita u državnim školama, dok je židovskim studentima to bilo iznimno omogućeno. No, prema važećim zakonima o školstvu talijanski državljani bili su obvezni polaziti školu do svoje 14. godine života. Da se zakon ipak ne bi prekršio, 23. rujna 1938. godine donijet je **Kraljevski dekret - zakon o osnivanju osnovnih škola za učenike židovske rase** (*Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*). Njime se najavilo osnivanje „posebnih odjeljenja“ za učenike *židovske rase* pri državnim osnovnim školama, u područjima gdje njihov broj nije manji od deset<sup>43</sup> te osnivanje osnovnih škola namijenjenih isključivo „*djeci židovske rase*“ (*fanciulli di razza ebraica*) pri židovskim općinama, uz suglasnost Ministarstva nacionalnog obrazovanja.<sup>44</sup> Trošak „škola za djecu židovske rase“ trebale su snositi židovske zajednice,<sup>45</sup> a nastavu u „posebnim odijeljenjima“ smjeli su voditi samo nastavnici *židovske rase*.<sup>46</sup>

37 Ibid., čl. 2.

38 Ibid., čl. 4., st. 1.

39 Ibid., čl. 4., st. 2.

40 *Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*, Regio Decreto – Legge 5 settembre 1938 – XVI, n. 1390., objavljeno u: Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, br. 209., od 13. rujna 1938. godine, čl. 2.

41 Ibid., čl. 5.

42 Ibid., čl. 3. i 4.

43 *stituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*, Regio Decreto – Legge 23 settembre 1938 – XVI, n. 1630., objavljeno u: Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, br. 245., od 25. listopada 1938. godine, čl. 1., st. 1.

44 Ibid., čl. 2., st. 1.

45 Ibid., čl. 3., st. 2.

46 Ibid., čl. 1., st. 2.

**Jedinstveni tekst<sup>47</sup> kojim se integriraju i koordiniraju već usvojene norme za obranu rase u talijanskoj školi** (*Integrazione e coordinamento in testo unico delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola Italiana*) od 15. studenog 1938. ukida Kraljevski dekret - zakon od 5. rujna 1938. (*Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*) i Kraljevski dekret - zakon od 23. rujna 1938. (*Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*),<sup>48</sup> tj. objedinjuje i dopunjuje prije objavljenu zakonsku normativu koja se odnosila na školstvo, usklađujući je s općim odredbama. Pored toga, sadrži dvije nove odredbe. Prva odredba, nakon prihvaćenog općeg principa udaljavanja Židova iz javnih službi, objavljuje razrješenje od dužnosti (*la dispensa dal servizio*) nastavnog i nenastavnog kadra *židovske rase* u školama.<sup>49</sup> Drugom odredbom se utemeljuju srednje škole za Židove pri židovskim općinama.<sup>50</sup> U takvim „posebnim srednjim školama“ mogućnost vođenja nastave imali su samo profesori *židovske rase*,<sup>51</sup> dok su prednost pri zapošljavanju (*saranno preferiti*) imali oni „*koji su smijenjeni s dužnosti, ali kojima je ministar unutarnjih poslova prema općim odredbama priznao inividualne ili obiteljske zasluge (le benemerienze individuali o famigliari) za zaštitu talijanske rase*“.<sup>52</sup> Naravno, isti kriterij za prednost pri zapošljavanju u osnovnim i srednjim školama primijenjivao se i na „*ravnatelje i direktore javnih i privatnih škola te na nadzorno osoblje*“.<sup>53</sup>

U svim školama koje su pohađali talijanski učenici bila je zabranjena uporaba knjiga čiji su autori bile osobe *židovske rase*.<sup>54</sup> Zabrana se odnosila i na knjige koje su rezultat suradnje većeg broja autora, od kojih je samo jedan pripadnik *židovske rase*, kao i na radove koji su ocjenjivale ili pregledavale osobe *židovske rase*.<sup>55</sup>

Spomenutim temeljnim odredbama *za obranu rase* u fašističkom školstvu, Ministar nacionalnog obrazovanja dodao je još niz novih okružnica, odaslanih pokrajinskim školskim nadzorništva, do ljeta 1939. godine.

### 3.1.1.1. *Rasno zakonodavstvo u školstvu Kvarnerske pokrajine*

Kako su se *primjenjivali rasni zakoni* pokazat ćemo na konkretnom primjeru: u osnovnim i srednjim školama u Opatiji i tadašnjoj Rijeci. Raspadom Austro-

47 U Italiji se reorganizacija pravnih propisa radi ostvarivanja lakše dostupnosti prava, primarno provodi jedinstvenim tekstom (*testo unico*). Riječ je o normativnom tekstu koji prikuplja odredbe više normativnih akata, donesenih tijekom vremena, a koji reguliraju istu materiju. Neke jedinstvene tekstove moguće je poistovjetiti s pojmom „pročišćenog teksta zakona“, a neke, pak, s pojmom „zakonika“.

48 *Integrazione e coordinamento in testo unico delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola Italiana*, Regio Decreto – Legge 15 novembre 1938 – XVI, n. 1779., objavljeno u: *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, br. 272., od 29. studenog 1938. godine, čl. 12.

49 *Ibid.*, čl. 8.

50 *Ibid.*, čl. 6., st. 1.

51 *Ibid.*, čl. 7.

52 *Ibid.*, čl. 9., st. 1.

53 *Ibid.*, čl. 9., st. 2.

54 *Ibid.*, čl. 4., st. 1.

55 *Ibid.*, čl. 4., st. 2.



Ugarske Monarhije, Opatija se našla pod talijanskom okupacijskom vlašću već 1918. godine.<sup>56</sup> Rijeka, pak, proživljava dramatične dane nakon uspostave D'Annunzieve okupacijske vlasti, a potom i uspostavom tzv. slobodne države 1920.-1924. godine. Pripadnici opatijske i riječkih židovskih općina, našavši se u državno-pravnom okviru Kraljevine Italije, unutar novouspostavljene Kvarnerske pokrajine 1924., proživljavaju tijekom godina fašističke vlasti, etape postupnih promjena, baš kao i ostatak talijanske židovske populacije, kojima će biti izmijenjen njihov pravni status *vjerske* manjine. Te su promjene započele uvođenjem vjerske neravnopravnosti koju su definitivno utvrdili Lateranski sporazumi 1929., zatim, početkom tridesetih godina, uvođenjem zakona kojima im je ograničena administrativna autonomija.<sup>57</sup>

Tijekom kolovoza 1938., nizom okružnica Ministarstva nacionalnog obrazovanja, upućenih pokrajinskim školskim nadzorništva (*Regio Provveditorato agli studi*), bilo je naređeno, između ostalog, popisivanje cjelokupnog nastavnog i nenastavnog kadra radi utvrđivanja njegove rasne i vjerske pripadnosti. Tako su u rujnu 1938. prosvjetni savjetnici i ravnatelji svih osnovnih i srednjih škola bili dužni izvršiti „rasni popis“ svih djelatnika škole (*censimento del personale di razza ebraica*). To se obavljalo posebnim obrascima (*scheda personale*) u kojima su se ispitanici morali deklarirati o svojoj vjerskoj i „rasnoj“ pripadnosti. Rezultate ovih popisa morali su poslati pokrajinskom školskom nadzorništvu koje ih je zatim slalo prefektu pokrajine. Prefekt ih je prosljeđivao Ministarstvu unutarnjih poslova u Rim, odnosno Uredu za rasna pitanja i demografiju.<sup>58</sup>

Rezultati „rasnih popisa“ kojima se pripremalo otpuštanje židovskih nastavnika i drugog nenastavnog kadra nisu poznati.<sup>59</sup>

56 Članak je fokusiran na razdoblje *nakon* uspostave fašističkoga režima, što ne znači da autori negiraju postojanje rasnih zakona i u Kraljevini SHS. Štoviše, navodimo popis istih: Sporazum o sticanju državljanstva, Sporazum o pensijama, Sporazum o primjeni čl. 9. Rimskih ugovora te pojedinim drugim pitanjima koja se odnose na državljane SHS u Rijeci i talijanske državljane u Dalmaciji, Konvencija o dugovima i potraživanjima sa zaključnim protokolom, Sporazum o ugovorima, Sporazum o rekvizicijama, Sporazum o naknadi bolničkih troškova, Sporazum o radnicima, Konvencija o raznim sporazumima po pitanju socijalnih osiguranja, Sporazum o anonimnom društvu, Opšti sporazum o reciprocitetu po pitanjima socijalnih osiguranja, Konvencija o istrazi i suzbijanju istupa učinjenih u pograničnim šumama, itd. Budući da bi detaljna obrada ove problematike oduzela previše prostora, upućujemo na relevantnu literaturu: Bartulović, Željko, *Sušak od 1919. do 1947.*, Adamić, Državni arhiv u Rijeci, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004.; Parovel, Paolo, *Izbrisani identitet*, Matica Hrvatska, Pazin, 1993.; Radetić, Ernest, *Istra pod Italijom 1918.-1943.*, Tiskara C. Albrecht, Zagreb, 1944.; Šetić, Nevio, *Istra za talijanske uprave*, Zagreb, 2008.

57 Dukić - Delogu, Sanja, op. cit., str. 201.

58 Ibid., str. 202.

59 O tijeku administrativnog postupka izbacivanja s posla možemo donekle zaključiti na temelju slučaja nastavnice Krieger Wande. Tako iz dopisa kojim školsko nadzorništvo obavještava Ministarstvo financija – Blagajnu socijalnog osiguranja u Rimu (*Ministero delle finanze – Cassa depositi e Prestiti e Istituti di Previdenza*) o njezinom radnom statusu, proizlazi da je nastavnica Krieger Wanda, kojoj je utvrđena pripadnost „židovskoj rasi“, prema zahtjevu Ministarstva obrazovanja, već od 15. rujna 1938. bila „stavljena na čekanje“ (*collocata nella posizione di congedo*), da bi 16. listopada bila suspendirana (*collocata nella posizione di sospesa*), čime je završavao njezin radni odnos u uredu Ministarstva nacionalnog obrazovanja.

Istodobno s užurbanim administrativnim pripremama za isključenje židovskih nastavnika, tekle su i pripreme za isključenje židovskih učenika o čemu su školski nadzornici pravodobno izvijestili ravnatelje škola. Prema okružnici Nacionalne ustanove za srednjoškolsko obrazovanje od 24. rujna 1938. (*Ente Nazionale dell'Insegnamento Medio - E.N.I.M.*) upućenoj ravnateljima srednjih škola, u raznim napucima uoči početka školske godine 1938./39., govori se i o upisima učenika u nove „škole za djecu židovske rase“. Roditelji su pri upisu bili dužni dati izjavu o rasnoj pripadnosti učenika.<sup>60</sup>

Analizom podataka iz evidencija židovske populacije u Rijeci i Opatiji, iz kolovoza 1938., moguće je ustanoviti ukupan broj djece školskog uzrasta za školsku godinu 1938./39. Proizlazi da je u Rijeci bilo ukupno 57 djece, a u Opatiji 16 djece (od 6. do 10. godine) koja su se trebala upisati ili nastaviti školovanje u osnovnoj školi. Zatim, u Rijeci je bilo 84, a u Opatiji 16 djece (od 11. do 14. godine) polaznika niže srednje škole (*scuola media inferiore*). Te konačno, u Rijeci je bilo 79, a u Opatiji 16 djece (od 15. do 18. godine) koja su mogla nastaviti ili krenuti u višu srednju školu (*scuola media superiore*).<sup>61</sup> Popisom je evidentirano i 9 studenata visokoškolskih ustanova u Rijeci.<sup>62</sup> Kao i u slučaju židovskih nastavnika, ne raspoložemo službenim podacima o broju isključenih učenika.

Početak školske godine bio je predviđen za 18. listopada 1938. Naizgled, ništa se novo nije događalo, kao da već nisu bile poduzete mjere kojima će biti promijenjen sastav školskih zbornica i razreda u kojima su do jučer židovska djeca, savršeno integrirana, učila zajedno sa svojim školskim kolegama. Njihovo isključenje nije bilo ničim prije najavljeno, učenici su još bili na praznicima kada su novine donijele vijest o uvođenju novih zakonskih odredaba.<sup>63</sup>

U Kvarnerskoj pokrajini 1938. nije bilo škola pri židovskim općinama Rijeke i Opatije, osim organizirane religijske nastave. U jesen iste godine, posljedicom *rasnih zakona*, utemeljene su dvije nove škole: Osnovna državna škola za učenike židovske rase, Kozala (*Scuola di Stato per gli alunni di razza ebraica, Cosala*), kao „posebno odijeljenje pri državnoj školi“ i Židovska privatna srednja škola, pri židovskoj općini Rijeka (*Scuola media israelitica privata*).<sup>64</sup> Posebne škole za učenike „židovske rase“ imale su nejednake nastavne programe, izrađene ovisno o potrebama i završenom dotadašnjem obrazovanju učenika kao i organizacijskim i

Trajno razrješenje od dužnosti (*la dispensa dal servizio*) nastupilo je 14. prosinca, kada je stupio na snagu Kraljevski dekret - zakon od 15. studenog 1938., br. 1779. (Dukić - Delogu, S., op. cit., str. 202.).

60 Dukić - Delogu, S., op. cit., str. 203.

61 Loc. cit.

62 Loc. cit.

63 Svoja sjećanja na te dane opisuje Rosemarie Wildi-Benedict: „Ja nisam više mogla pohađati javne škole; ova je posljednja mjera pogodila mene, četnaestogodišnju djevojčicu, na neposredan način, u lipnju sam uspješno položila prijemne ispite za upis u Realnu gimnaziju, te me pomisao da ću pohađati ovu školu činila veoma sretnom. Plakala sam tri dana. Najteži trenutak je bio kada su moje susjede Vera i Zdenka (još smo i danas prijateljice) počele omatati knjige i nove bilježnice.“ (Dukić - Delogu, S., op. cit., str. 203.).

64 Dukić - Delogu, S., op. cit., str. 204.

stručnim sposobnostima raspoloživih nastavnika. Nastavni program koji se u školi ostvarivao bio je istovjetan onome u drugim državnim školama, što potvrđuju školski dnevници, s izuzetkom rimokatoličkog vjeronauka.

Školski udžbenici, s izvjesnim prilagodbama, uvedenim uz suglasnost Ministarstva obrazovanja, bili su gotovo isti kao i u državnim školama. Iako se radilo o odijeljenjima za židovsku djecu, vlada nije dopuštala neradne dane u vrijeme židovskih vjerskih svečanosti. Školske svjedodžbe, koje je izdavala Nacionalna fašistička stranka, sadržavale su uz ime učenika opasku o rasi (*di razza ebraica*), kao i školski dnevници koji su imali određenje rasne pripadnosti (*razza*). Kako bi bio spriječen svaki mogući kontakt s učenicima *arijevske rase*, nastava se odvijala u suprotnoj, poslijepodnevoj smjeni.<sup>65</sup>

### 3.1.2. *Rasno zakonodavstvo u obiteljskopравnim i statusnopravnim odnosima*

**Odredbama o zaštiti talijanske rase** (*Provvedimenti per la difesa della razza Italiana*), od 17. studenoga 1938., zabranjeno je sklapanje braka između „talijanskog državljanina arijevske rase“ i „osobe neke druge rase“,<sup>66</sup> dok je brak s „osobom stranog državljanstva“ podređen prethodnom pristanku Ministra unutarnjih poslova.<sup>67</sup> Brak nastao unatoč zabrani bio je nevaljan,<sup>68</sup> a „prijestupnike“ se kažnjavalo zatvorom do tri mjeseca i novčanom kaznom do deset tisuća lira.<sup>69</sup>

Ista je kazna bila predviđena i ako su s „osobom stranog državljanstva“ stupili u brak zaposlenici javnih službi, vojnici državne vojske, članovi Nacionalne fašističke stranke ili organizacija koje je ona kontrolirala, regionalnih ili općinskih administracija ili sindikata.<sup>70</sup> No, ova zabrana nije bila apsolutna. Ministar unutarnjih poslova mogao je osloboditi, u izvanrednim slučajevima, zaposlenike koji žele stupiti u brak sa „strancima arijevske rase“, i to tek nakon što je saslušana zainteresirana javna služba (*l'amministrazione interessata*).<sup>71</sup> Naravno, dobili su i „velikodušan rok“: cijeli je postupak morao biti obavljen u roku od tri mjeseca od datuma stupanja Odredbe na snagu.

Ako bi ipak, unatoč ovim zabranama, dvije osobe došle sklopiti brak, matičar je bio obvezan utvrditi, neovisno o izjavama stranaka, rasu i državljanstvo istih.<sup>72</sup> U zakonom zabranjenim slučajevima nije smio nastaviti s objavom ili vjenčanjem,<sup>73</sup> kao ni „zabunom obavljeno vjenčanje“ prepisati u matične knjige.<sup>74</sup> Ako bi prekršio

65 Ibid., str. 205.

66 *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*, Regio Decreto – Legge 17 novembre 1938 – XVI, n. 1728., objavljeno u: *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, br. 264., od 19. studenog 1938. godine, čl. 1., st. 1.

67 Ibid., čl. 2., st. 1.

68 Ibid., čl. 1., st. 2.

69 Ibid., čl. 2., st. 2.

70 Ibid., čl. 3., st. 1.

71 Ibid., čl. 18.

72 Ibid., čl. 5., st. 1.

73 Ibid., čl. 5., st. 2.

74 Ibid., čl. 6., st. 1.

odredbe ovih članaka, bio bi kažnjen novčanom kaznom od petsto do pet tisuća lira.<sup>75</sup>

U drugoj glavi istoga Kraljevskog dekreta - zakona taksativno se određuju, prema kriterijima fašističke rasne normative, pripadnici „židovske rase“: oni kojima su oba roditelja „židovske rase“, iako pripadaju „ne-židovskoj vjeri“; oni kojima je jedan roditelj Židov, a drugi strane nacionalnosti; oni kojima je „majka Židovka, a otac nepoznat“ te oni koji pripadaju židovskoj religiji, židovskoj zajednici ili su „na bilo koji drugi način manifestirali svoje židovstvo“ iako su im roditelji talijanske nacionalnosti, od kojih je samo jedan „židovske rase“.<sup>76</sup> Nije bio „židovske rase“ onaj koji je bio pripadnik bilo koje druge religije osim židovske prije 1. listopada 1938., a rođen je od roditelja talijanske nacionalnosti, od kojih je samo jedan Židov.<sup>77</sup>

Članak 11. bio je osobito oštar prema roditeljima „židovske rase“. Prema tom članku, skrbništvo nad djetetom koje „ne pripada židovskoj religiji“ moglo im je biti oduzeto „ako se uspostavi da im ne pruža odgoj koji odgovara njihovim vjerskim ili nacionalnim principima“. Koji su to djetetovi „nacionalni principi“ bitno drukčiji od roditeljevih, iako „ne pripada židovskoj religiji“? Zar tu djecu nije upravo roditelj odgajao i usadio im svoje „nacionalne principe“? Može li malo dijete uopće imati vlastite „nacionalne principe“?

Uvedena je obveza posebnog evidentiranja Židova<sup>78</sup> i obveznog obavještanja o mjestu prebivališta.<sup>79</sup> Prekršitelji tih odredbi bili su kažnjeni novčanom kaznom do dvije tisuće lira<sup>80</sup> ili pritvorom od mjesec dana. Utvrđene su službe i zanimanja koje Židovi nisu smjeli obavljati.<sup>81</sup> Zanimljivo je da pored toga što više nisu smjeli služiti vojnu službu u miru ili u ratu, također nisu smjeli „biti skrbnici niti liječnici maloljetnicima i nesposobnima koji ne pripadaju židovskoj rasi“.<sup>82</sup>

Ograničena je njihova trgovačka i industrijska aktivnost te tako nisu smjeli biti „vlasnici niti poslovođe tvrtki koje su proglašene važnima za obranu talijanske nacije“, niti vlasnici, poslovođe ili administratori tvrtki koje zapošljavaju sto ili više osoba.<sup>83</sup> Također je bila ograničena vrijednost nekretnina koje su mogli držati u vlasništvu: zemljište nije smjelo prelaziti „vrijednost od pet tisuća lira“,<sup>84</sup> a gradski objekti „vrijednost od dvadeset tisuća lira“.<sup>85</sup> Valja uzeti u obzir da su se zemljišta i objekti procjenjivali prema maksimalnim vrijednostima, iako je često stvarna cijena bila manja od propisane vrijednosti.

75 Ibid., čl. 5., st. 3. i čl. 6., st. 2.

76 Ibid., čl. 8., st. 1.

77 Ibid., čl. 8., st. 2.

78 Ibid., čl. 9., st. 1.-3.

79 Ibid., čl. 19., st. 1.

80 Ibid., čl. 9., st. 4. i čl. 19., st. 2.

81 Vidi čl. 10. i čl. 13. *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*, op. cit.

82 *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*, op. cit., čl. 10. st. 1. slova a i b.

83 Ibid., čl. 10., st. 1., slovo c.

84 Ibid., čl. 10., st. 1., slovo d.

85 Ibid., čl. 10., st. 1., slovo e.

Postupak primjene *rasnih* odredbi izvjesnim je kategorijama židovske populacije pružao mogućnost izuzeća primjenom, tzv. pozitivne diskriminacije, koja se mogla zatražiti na osobni zahtjev do 30. ožujka 1939. Izuzeće je bilo moguće ishoditi zbog izvanrednih zasluga, osobnih ili članova obitelji.<sup>86</sup> Te je specijalne zasluge procjenjivala posebno sastavljena komisija Ministarstva unutarnjih poslova.<sup>87</sup> Od *rasnih* su odredbi mogli biti izuzeti: članovi obitelji poginulih u talijanskim ratovima radi obrane fašizma: libijskom, svjetskom, etiopskom i španjolskom;<sup>88</sup> osakaćeni, invalidi, ranjeni, ratni dobrovoljci i odlikovani vojnici u navedenim ratovima;<sup>89</sup> borci u libijskom, svjetskom, etiopskom, španjolskom ratu koji su dobili orden za ratne zasluge;<sup>90</sup> osakaćeni, invalidi i ranjeni radi fašističkog pokreta;<sup>91</sup> članovi Nacionalne fašističke stranke od 1919. do 1922. te u drugoj polovici 1924.<sup>92</sup> i riječki legionari.<sup>93</sup> Zbog primjene pozitivne diskriminacije članovima obitelji su smatrani „*ne samo uski članovi obitelji, nego i preci i potomci sve do drugog koljena*“.<sup>94</sup>

Židovima strancima bilo je zabranjeno „*imati stalno prebivalište u Kraljevini, Libiji i posjedima u Egeju*“.<sup>95</sup> Dozvole o talijanskom državljanstvu izdane Židovima strancima nakon 1. siječnja 1919. smatrale su se poništenim.<sup>96</sup> Židovi stranci, kojima je poništeno talijansko državljanstvo i oni doseljeni poslije 1. siječnja 1919., morali su napustiti područje Kraljevine, Libije i posjeda u Egeju do 12. ožujka 1939.<sup>97</sup> Za one koji u određenom roku nisu dobrovoljno izvršili naredbu, predviđen je pritvor do tri mjeseca i novčana kazna do pet tisuća lira te protjerivanje (*saranno espulsi*).<sup>98</sup> Jedinu iznimku činili su Židovi stranci koji su prije 1. listopada 1938. napunili šezdeset i petu godinu života ili stupili u brak s osobom talijanskoga državljanstva.<sup>99</sup> Dakle, talijanskim Židovima su bila drastično ograničena građanska prava, a razlog je službeno objašnjen kao potreba da se fiziološki i psihološki sačuva čistoća talijanstva.

### **3.2. Fašističko rasno zakonodavstvo od 1943. do 1945. godine**

Nakon ulaska u Drugi svjetski rat, vlasti fašističke Kraljevine Italije zaoštrile su svoj odnos prema Židovima. Znatno ih je broj, koje su lokalne vlasti označile

86 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 6.

87 Ibid., čl. 16.

88 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo a.

89 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 1.

90 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 2.

91 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 3.

92 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 4.

93 Ibid., čl. 14., st. 1., slovo b, t. 5.

94 Ibid., čl. 15.

95 Ibid., čl. 17.

96 Ibid., čl. 23.

97 Ibid., čl. 24., st. 1.

98 Ibid., čl. 24., st. 2.

99 Ibid., čl. 25., st. 1.

kao sumnjive, bio upućen u slobodnu konfinaciju ili, pak, u sabirne logore.<sup>100</sup> I pored toga, oni su u Kraljevini Italiji bili u daleko povoljnijem položaju od Židova u zemljama pod nadzorom Trećega Reicha i drugim državama osovinskoga bloka.

Ubrzo je uslijedio slom fašističkoga režima, a zatim i kapitulacija Kraljevine Italije. Akt o bezuvjetnoj kapitulaciji Italije (*Armistizio lungo*) potpisan je 29. rujna 1943. godine. Kapitulacija Italije nije predstavljala iznenađenje za Treći Reich. On je, naime, od svibnja do rujna 1943. godine razradio vojno-operativne i političke planove koje će realizirati u slučaju njenoga sloma.

Noveliranim planom *Achse*<sup>101</sup> njemačke su postrojbe zaposjele sjeverni i središnji dio Apeninskog poluotoka, a u operaciji *Istrien* uspostavile su nadzor nad područjem Istre, Kvarnerskog primorja i Gorskoga kotara.

Usporedno s vojnim, ostvareni su i politički planovi prema kojima je zaposjednuti teritorij Kraljevine Italije bio podijeljen na dva dijela: njemačko okupacijsko područje i njemačka pothvatna područja. U oba je dijela, barem formalno-pravno, bila suverena novoosnovana satelitska TSR – Talijanska Socijalna Republika (*Repubblica Sociale Italiana*) u kojoj je obnovljena Fašistička stranka pod nazivom Republikanska fašistička stranka (*Partito Fascista Repubblicano*). Stranka je faktički odredila sudbinu Židova na području TSR, budući je bila stanovišta da su pripadnici *židovske rase* u Italiji stranci i da pripadaju neprijateljskoj naciji.<sup>102</sup> Već 30. studenoga 1943. Ministarstvo unutarnjih poslova TSR izdaje naredbu o deportiranju Židova u koncentracione logore i pljenidbi njihove imovine.

Zakonskom odredbom br. 2. od 4. siječnja 1944. precizirano je da sva zaplijenjena židovska imovina, uključujući i pologe na bankama postaje državno vlasništvo. Policijske mjere i antižidovska zakonodavna djelatnost TSR olakšala je Glavnoj upravi za sigurnost Reicha (*Reichssicherheitshauptamt-RSHA*) provedbu nacističkoga koncepta *konačnog rješenja židovskog pitanja* na okupiranim

100 Nužno je spomenuti postojanje istih logora, ali za Slavene. Naime, od samih početaka talijanske okupacije 1941., narod Primorja i Gorskog kotara počeo se organizirati suprotstavljajući politici fašizma i denacionalizacije. Jačanje partizanskih jedinica i njihovu sve veću aktivnost okupator je pokušavao suzbiti uvođenjem represivnih mjera koje su prerasle u teror nad čitavim narodom. Tako je već 1941. godine osnovao sabirne logore za internirce s anektiranog područja Primorja, Gorskog kotara i Slovenije. Na teritoriju koji danas pokriva Primorsko-goranska županija, talijanski je okupator osnovao četiri koncentraciona logora: Lovran, Bakar, Kraljevica i Kapor. U njima je bilo zatočeno više tisuća Primoraca, Gorana, Slovenaca i Židova. Više o samim logorima može se naći u knjižicama: Grgurić, Mladen, *Talijanski koncentracioni logori u Hrvatskom primorju 1941.-1943.*, Muzej Grada Rijeke, Rijeka, 2005.; Janež, Herman, *Koncentracijsko taborište - Koncentracioni logor Kapor na otoku Rabu 1942.-1943.*, Taborišni odbor Rab pri Koordinacijskom odboru žrtve nacifašističnoga nasilja, Ljubljana, 2003.

101 ACHSE – plan za zarobljavanje ili uništenje talijanske ratne flote pod šifrom Achse. NOVELIRANIM PLANOM ACHSE (*Neuebearbeitung der Achse Befehle*) utvrđeni su konkretni zadaci njemačke Grupe armija C na Apeninskom i Grupe armija F na Balkanskom poluotoku.

102 Točka 7. Veronskog manifesta (integralne verzije Manifesta Fašističke republikanske stranke) od 17. studenog 1943., <<http://www.larchivio.org/xoom/cartadiverona.htm>>, posjećeno 15. prosinca 2009.

područjima Italije. Gotovo je čitav talijanski državni teritorij bio pod njemačkom upravom.<sup>103</sup> Talijanski su zakoni i dalje ostali na snazi.

Drugi dio zaposjednutoga područja, njemačke operativne zone, protezale su se od talijanskoga predjela Alpa do prostora na istočnoj obali sjevernoga Jadrana. Operativna *Predalpska zona (Alpenword)* obuhvaćala je područja provincija: Bolzano, Trento i Belluno. Operativna zona *Jadransko primorje (Adriatisches Küstenland)* obuhvaćala je: Furlaniju, Goricu, Ljubljanu, Trst, Istru i Kvarnersku provinciju u administrativnim međama iz 1941. godine.

Suverenitet nad teritorijem njemačkih operativnih zona formalno je zadržala TSR, ali su one, s obzirom na stvarnu kompetenciju i subordinaciju uspostavljenih njemačkih organa vlasti, bile uklopljene u državno-pravni sustav Trećeg Reicha. U skladu s tim, u njemačkim je operativnim zonama rješavano i *židovsko pitanje*.<sup>104</sup>

Talijanski pravni sustav ostao je na snazi u Zoni, ali vrhovni povjerenik (koji odgovara Hitleru, a ne TSR-u) naredbodavnim ovlastima donosio je niz propisa kojima je pod njemački, tj. svoj nadzor stavljao djelatnosti od životnog značenja na tom području. Akti su podvrgavali društvene odnose ratnim uvjetima. Značajke propisa bile su da povjerenik odlukom čini iznimke od normi. Zapriječene kazne bile su neprecizne, jer se za teže oblike gotovo svih djela mogla izreći čak smrtna kazna, a istodobno se pobliže nisu određivale okolnosti potrebne za stjecaj težeg oblika. Bila je česta retroaktivna primjena propisa. Prema predmetu reguliranja razlikovali su se propisi o: organizaciji uprave i pravosuđa, vojno-policijski, gospodarski, radni i socijalni, financijski, propisi o ovrhama te građevinski i ostali propisi.<sup>105</sup>

#### 4. RASNO ZAKONODAVSTVO U NACISTIČKOJ NJEMAČKOJ

Nije jednostavno odrediti početak nacističke vladavine, ustavni status tijekom njenoga trajanja niti definitivni kraj Hitlerove države. Počinje li nacistička vladavina inauguracijom Hitlera kao kancelara 30. siječnja 1933.? Ili 5. ožujka 1933., kada je njegova stranka osvojila 43,9% glasova na parlamentarnim izborima?

Kada govorimo o izradi zakona, najvažniji trenutak zasigurno je usvajanje **Zakona o hitnom popravljaju tjeskobe naroda i Reicha** (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*)<sup>106</sup> 24. ožujka 1933. Taj je zakon kasnije kolokvijalno nazvan **Zakon o ovlaštenju** (*Ermächtigungsgesetz*) jer je njime Hitlerov kabinet (*die Reichsregierung*), pored procedure propisane Weimarskim ustavom iz 1919., dobio ovlast tijekom četiri godine donositi zakone **bez** sudjelovanja Reichstaga.<sup>107</sup> Odnosno, bez potrebe „trgovanja“ glasovima s koalicijskim partnerima. Neizbježno,

103 Giron, A., *Židovsko pitanje...*, cit., str. 153.

104 Ibid., str. 154.

105 Bartulović, Ž., op. cit., str. 264.

106 *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_141\\_G\\_Behebung\\_Not.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_141_G_Behebung_Not.pdf)>, posjećeno 1. ožujka 2010.

107 Ibid., čl. 1. i čl. 5.

Zakon je 1937. godine bio produžen te je postojao sve do kolapsa Njemačke 1945. godine.

Članak 2. propisivao je da zakoni koje donese Kabinet mogu odstupati od Ustava, „sve dok se ne tiču institucionalizacije Reichstaga i Reichsrata kao takvih“. <sup>108</sup> Ovlasti predsjednika trebale su ostati nepromijenjene. <sup>109</sup> Međutim, Reichstag (donji dom parlamenta) i Reichsrat (gornji dom) eliminirani su kao aktivni čimbenici njemačke politike. <sup>110</sup> Ostarjeli predsjednik Hindenburg se „povukao“ i suradnja s njim više nije bila potrebna.

Nadalje, iako je Zakon o ovlaštenju formalno dao legislativne ovlasti Kabinetu kao cjelini, Hitler ih je isključivo sam izvršavao. Nakon Hindenburgove smrti 1934., Hitler je prisvojio ovlasti predsjednika za sebe jer nikakve sankcije nisu bile propisane za kršenje čl. 2. Zakona. Weimarski ustav se nije poštovao, iako je formalno ostao na snazi. „Führer u svojoj osobi objedinjuje četverostruku funkciju šefa države, šefa izvršnog aparata, zakonodavca i vrhovnog suca. On ima i ustavotvornu vlast i zapovjednik je vojske.“ <sup>111</sup>

Pravni stručnjaci stilizirali su Zakon o ovlaštenju kao akt *unutar* pravnog sustava koji se temelji na Weimarskom ustavu. Forma je bila iskorištena kako bi se prikrija prava priroda: odluka parlamenta o usvajanju ovoga zakona uslijedila je nakon prisilne odsutnosti svih komunističkih članova parlamenta (KPD, *Kommunistische Partei Deutschlands*) i razboritoga suzdržavanja nekih socijaldemokratskih članova (SPD, *Sozialdemokratische Partei Deutschlands*). Vodstvo SS (*Schutzstaffel*) i SA (*Sturmabteilung*) bilo je prisutno u prijetećim brojevima. Osim toga, „pristanak“ Reichsrata bio je određen glasovima povjerenika Reicha, a ne delegata *Länder*-a (zemalja). <sup>112</sup>

Tijekom sljedećih godina omjer zakona donesenih od strane parlamenta i onih od strane Kabineta bio je 9 naprema 4.500. <sup>113</sup> Čak i kada su sva mjesta u Reichstagu pripala nacistima (proizašlim iz NSDAP-a, *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), Hitler nije podnosio zakonodavne odluke parlamentu, već je inzistirao na proizvodnji „vlastitih zakona“.

108 Ibid., čl. 2., st. 1.: „(...) soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben (...)“

109 Ibid., čl. 2., st. 2.

110 Hitler je smatrao parlament komičnom institucijom. „Time što parlamentarni princip većinskog odlučivanja odbija autoritet ličnosti i na njeno mjesto postavlja brojnost ili one gomile, on se ogrješuje o aristokratske temelje Prirode (...)“ (Hitler, Adolf, *Mein Kampf*, Croatiaprojekt, Zagreb, 1999., str. 101.).

111 Prélot, Marcel, *Političke institucije*, Politička kultura, Zagreb, 2002., str. 128.-129.

112 Tschentscher, Axel, *Footprints of the Evil, Techniques of Nazi Lawmaking*, <[www.verfassungsgeschichte.ch/dns](http://www.verfassungsgeschichte.ch/dns)>, posjećeno 9. travnja 2010., str. 5.

113 Loc. cit.



#### **4.1. Rasno zakonodavstvo prije donošenja Nürnberških zakona**

Objavljen je niz radova o vidljivim instrumentima antisemitizma: žutim pločicama s Davidovom zvijezdom, oznakama *Israel* (za muškarce) i *Sara* (za žene) u putovnicama i deportacijama. No, u znanstvenim studijama često zanemareni „otisci“ antisemitizma mogu se pronaći u zakonima. Ljudi koji nisu imali formalni status „arijevaca“ tiho su uklanjani iz društva. Rana faza židovske emigracije bila je motivirana ovim mjerama. Navodimo najranije zakone, usvojene u brzom slijedu tijekom 1933. godine:

1. Uredba predsjednika Reicha<sup>114</sup> za zaštitu njemačkoga naroda<sup>115</sup> od 2. veljače 1933.
2. Uredba predsjednika Reicha<sup>116</sup> protiv izdaje njemačkoga naroda i teških izdajničkih intriga<sup>117</sup> od 28. veljače 1933.
3. Zakon o ponovnom uspostavljanju cjeloživotne javne službe<sup>118</sup> od 7. travnja 1933.
4. Zakon o prestanku ugovora o radu osoba na koje se odnosi Zakon o ponovnom uspostavljanju cjeloživotne javne službe<sup>119</sup> od 7. travnja 1933.
5. Zakon o upisu u odvjjetničku komoru<sup>120</sup> od 7. travnja 1933.
6. Prva uredba za provedbu Zakona o ponovnom uspostavljanju cjeloživotne javne službe<sup>121</sup> od 11. travnja 1933.

---

114 U vrijeme donošenja ove Uredbe, predsjednik je bio Hindenburg. Hitler je bio kancelar, koji se supotpisao (op. A. A.).

115 *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutzes des deutschen Volkes*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_35\\_VO\\_Schutze\\_Volk.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_35_VO_Schutze_Volk.pdf)>, ažurirano 1. veljače 2010., posjećeno 13. ožujka 2010.

116 Nacisti su uvjerali predsjednika Hindenburga da je država bila ugrožena nakon paleži Reichstaga, za što su optužili komuniste, kao i da je ograničenje građanskih sloboda doista potrebno. Budući da je Uredba donesena na temelju čl. 48. Weimarskog ustava, trebao je prestati vrijediti s prestankom tzv. izvanrednog stanja, no zadržao se sve do kraja, kao instrument nacističkog terora. Ubrzo nakon njega uslijedio je Zakon o ovlaštenju.

117 *Verordnung des Reichspräsidenten gegen Verrat am Deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_85\\_VO\\_Hochverrat.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_85_VO_Hochverrat.pdf)>, ažurirano 1. veljače 2010., posjećeno 13. ožujka 2010.

118 *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_175\\_G\\_Berufsbeamtentum.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_175_G_Berufsbeamtentum.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

119 *Gesetz über das Kündigungsrecht der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_187\\_G\\_Berufsbeamtentum.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_187_G_Berufsbeamtentum.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

120 *Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_188\\_G\\_Rechtsanwaltschaft.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_188_G_Rechtsanwaltschaft.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

121 *Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_195\\_DVO\\_Berufsbeamtentum.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_195_DVO_Berufsbeamtentum.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

7. Zakon o upisu u Ured odvjetnika za patente i odvjetničku komoru<sup>122</sup> od 22. travnja 1933.

8. Zakon protiv prenapučenosti njemačkih škola i sveučilišta<sup>123</sup> od 25. travnja 1933.

9. Prva uredba za provedbu Zakona protiv prenapučenosti njemačkih škola i sveučilišta<sup>124</sup> od 25. travnja 1933.

10. Druga uredba za provedbu Zakona o ponovnom uspostavljanju cjeloživotne javne službe<sup>125</sup> od 5. svibnja 1933.

11. Treća uredba za provedbu Zakona o ponovnom uspostavljanju cjeloživotne javne službe<sup>126</sup> od 6. svibnja 1933.

12. Zakon o opozivu naturalizacije i poništenju njemačkoga državljanstva<sup>127</sup> od 14. srpnja 1933.

13. Zakon protiv formiranja novih stranaka<sup>128</sup> od 14. srpnja 1933.

14. Zakon o sprječavanju potomaka s genetički nasljednim bolestima<sup>129</sup> od 14. srpnja 1933.

15. Zakon o izmjenama i dopunama nekih odredaba Zakona o upisu u odvjetničku komoru, Zakona o parničnom postupku i Zakona o radu<sup>130</sup> od 20. srpnja 1933.

16. Uredba za provedbu Zakona o opozivu naturalizacije i poništenju njemačkog državljanstva<sup>131</sup> od 26. srpnja 1933.

122 *Gesetz, betreffend die Zulassung zur Patentanwaltschaft und zur Rechtsanwaltschaft*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_217\\_G\\_Rechtsanwaltschaft.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_217_G_Rechtsanwaltschaft.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

123 *Gesetz gegen die Überfüllung deutscher Schulen und Hochschulen* <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_225\\_G\\_Überfüllung\\_Schulen.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_225_G_Überfüllung_Schulen.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

124 *Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes gegen die Überfüllung deutscher Schulen und Hochschulen*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_226\\_DVO\\_Überfüllung\\_Schulen.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_226_DVO_Überfüllung_Schulen.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

125 *Zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_233\\_DVO\\_Berufsbeamtentum.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_233_DVO_Berufsbeamtentum.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

126 *Dritte Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_245\\_DVO\\_Berufsbeamtentum.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_245_DVO_Berufsbeamtentum.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

127 *Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_480\\_G\\_Staatsangehörigkeit.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_480_G_Staatsangehörigkeit.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

128 *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_479\\_G\\_Neubildung\\_Parteien.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_479_G_Neubildung_Parteien.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

129 *Gesetz zur Verhütung erbkranker Nachwuchs*, <[http://www.servat.unibe.ch/law/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_529\\_G\\_erbkranker\\_Nachwuchs.pdf](http://www.servat.unibe.ch/law/dns/RGBI_1933_I_529_G_erbkranker_Nachwuchs.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

130 *Gesetz zur Änderung einiger Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung, der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1933\\_I\\_522\\_G\\_Zivilprozess.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1933_I_522_G_Zivilprozess.pdf)>, ažurirano 1. veljače 2010., posjećeno 13. ožujka 2010.

131 *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen*

17. Zakon o odvjeticima za patente<sup>132</sup> od 28. rujna 1933.

18. Zakon o urednicima<sup>133</sup> od 4. listopada 1933.

Do kraja 1933. genocid i eksperimenti s ljudima još nisu bili stavljeni u zakone. Međutim, zakonski izričaj dobile su prisilne sterilizacije,<sup>134</sup> zabrane brakova između Židova i arijevac, te čak i izravni dopust ubojstva hendikepirane osobe. 'Zaštita *Volksgemeinschaft-a*' značila je da zakon više nije štiti prava Židova i Roma, niti 'izrođenu' klasu arijevac: asocijalne ljude, homoseksualce, fizički i mentalno retardirane i druge. Pojačan je intenzitet policijske represije i liječničkog nasilja koje je zamijenilo terapijske planove weimarske socijalne države.<sup>135</sup>

Zagovarajući rasizam, a osobito antisemitizam i ekstremni nacionalizam, nacisti pripadnike nekih manjinskih skupina prokazuju kao osnovne krivce za krizu poretka. Židovi su bili prokazani kao smrtni neprijatelji režima, iako su kao žrtveni jarcini činili sićušnu manjinu stanovništva: 0,76% 1933. godine. Najprije su uklonjeni iz javnih službi, a 1935. godine im je oduzeto njemačko državljanstvo te su posve uklonjeni iz privrednoga i javnoga života. Prvotni je plan bio izgon Židova te im je čak predviđeno i određeno na Madagaskaru, ali su kasnije masovno uništavani u koncentracijskim logorima.

Koncentracijski logori počeli su se u Njemačkoj graditi još početkom 30-ih godina prošlog stoljeća. Nacisti su u njih zatvarali svoje političke protivnike, napose komuniste. „Malo izvan gradića Dachaua, dvadesetak kilometara od Münchena, u nekadašnjoj tvornici streljiva otvoren je 22. ožujka prvi koncentracijski logor.“<sup>136</sup> Logori su namijenjeni ne samo degradiranju i uništavanju ljudi, već je u eksperimentalno kontroliranim uvjetima uništavana i sama spontanost kao izraz autentičnoga ljudskoga ponašanja. Ljudska je osobnost pretvarana u puku stvar, čak ispod razine jedne životinje. Koncentracijski logori imali su značajnu ulogu za očuvanje moći režima. Naime, oni su izazivali strah. Drugo uspješno sredstvo za izazivanje straha i provođenje terora bila je tajna politička policija (*GeStaPo*, *Geheime Staatspolizei*).

---

*und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_538\\_DVO\\_Staatsangehörigkeit.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_538_DVO_Staatsangehörigkeit.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

132 *Patentanwaltsgesetz*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_669\\_G\\_Patentanwalt.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_669_G_Patentanwalt.pdf)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

133 *Schriftleitergesetz*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1933\\_I\\_713\\_G\\_Schriftleiter](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1933_I_713_G_Schriftleiter)>, posjećeno 13. ožujka 2010.

134 "Svatko tko ima nasljednu bolest može biti kirurški steriliziran ako se, prema procjeni medicinske znanosti, može očekivati da će njegovi potomci oboljeti od ozbiljnih naslijeđenih fizičkih ili psihičkih oštećenja." (*Gesetz zur Verhütung erbkranker Nachwuchs*, op. cit., čl. 1., st. 1.).

135 Mazower, Mark, *Mračni kontinent: europsko dvadeseto stoljeće*, Prometej, Zagreb, 2004., str. 43.-44.

136 Kershaw, Ian, *Hitler, 1889.-1936.: Oholost*, Vizura, Zagreb, 2000., str. 463.

#### 4.2. Nürnbergski zakoni

Tri temeljna zakona predložena su na godišnjem stranačkom okupljanju (NSDAP) u Nürnbergu 10. rujna 1935., a koja će kasnije postati poznata pod nazivom **Nürnbergski zakoni** (*Nürnberger Gesetze*). Iako je Hitleru donošenje zakona omogućio Zakon o ovlaštenju iz 1933. godine, ove je zakone jednoglasno usvojio Reichstag 15. rujna 1935. „iz propagandnih razloga“.<sup>137</sup>

Prvi zakon, **Zakon o zaštiti njemačke krvi i časti**,<sup>138</sup> zabranjivao je brak<sup>139</sup> i izvanbračne spolne odnose<sup>140</sup> između Židova i Nijemaca. Brakovi sklopljeni suprotno normama ovoga Zakona smatrali su se ništavim, čak i ako su, kako bi se izbjegla primjena ovoga Zakona, sklopljeni u inozemstvu.<sup>141</sup> Povreda ovih odredbi kažnjavala se zatvorom sa ili bez teškoga rada.<sup>142</sup>

Također je bilo zabranjeno zaposlenje njemačkih žena ispod četrdeset pet godina u židovskim kućanstvima.<sup>143</sup> Židovima je bilo zabranjeno isticanje državne zastave ili državnih boja.<sup>144</sup> Međutim, „pravo“ da ističu „židovske boje“ bilo je „zaštićeno od strane države“.<sup>145</sup> Sankcije su bile, pored novčanih i kaznene: zatvor do godine dana.<sup>146</sup>

Prema Kirchheimeru, njemački pravnik razlikuje obiteljsko pravo od ostalog ugovornoga prava „prilično oštro“. Jedan od najčešćih prigovora protiv staroga kodeksa građanskoga prava je da u svom Općem dijelu na istu razinu stavlja vlasničko-pravne i obiteljske odnose. Nacistički zakonodavci ponosni su što su razdvojili područja „krvi i novca“ (*Blut und Geld*). Po njihovom sudu, novim rasnim i obiteljskim zakonima položen je temelj „rasne narodne zajednice“. Nacističko zakonodavstvo odlikuje: prvo, cilj potpunog istrebljenja Židova i drugo, izrazito „narodne“ (*völkische*) smjernice. Svuda je jasno, u socijalnoj politici, politici socijalne skrbi, da se pokušava popraviti položaj neudate majke i nezakonite djece. Ovo potonje nije motivirano moralnim ili humanim obzirima, već se takva djeca ne trebaju diskriminirati samo kada su „rasno čista“. Nacisti, budući da su bili antikiršćanski usmjereni, pokušavali su spriječiti svaki utjecaj crkve na obitelj. Kako je više Nijemaca živjelo u vojarnama nego u obitelji, država je gledala kroz prste *ad hoc* seksualnim odnosima i pokušavala ublažiti njihove pravne i društvene posljedice.<sup>147</sup>

137 Ibid., str. 268.-275.

138 *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1935\\_I\\_1146\\_G\\_Blut\\_Ehre.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1935_I_1146_G_Blut_Ehre.pdf)>, posjećeno 15. ožujka 2010.

139 Ibid., čl. 1., st. 1.

140 Ibid., čl. 2.

141 Ibid., čl. 1., st. 2.

142 Ibid., čl. 5., st. 1.-2.

143 Ibid., čl. 3.

144 Ibid., čl. 4., st. 1.

145 Ibid., čl. 4., st. 2.

146 Ibid., čl. 5., st. 1.-3.

147 Kirchheimer, Otto, „*Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus*“, u: Horkheimer, Max, et al.,

Nakon revizije Obiteljskog zakona 1938. godine svaka je žena pojmljena poglavito kao instrument rasploda, a brak je zapravo bio državna institucija čija je glavna zadaća bila povećavanje stope priraštaja. Ista revizija Zakona proširila je broj osnova za razvod. Tako je, na primjer, jedna žena ostala sterilna nakon operacije od izvanmaternične trudnoće, a suprug je dobio razvod. Obrazloženje je bilo da država ima „aktivan interes“ da tužitelj ima djecu u nekom drugom braku.<sup>148</sup>

Drugi zakon, **Zakon o državljanstvu**,<sup>149</sup> lišio je državljanstva Reicha sve osobe koje nisu „*njemačke krvi*“. Naime, državljanin Reicha je „*samo njemačke ili srodne krvi*“ i „*koji je kroz svoje ponašanje dokazao da je spreman i sposoban vjerno služiti njemačkom narodu i Reichu*“.<sup>150</sup> On je „*jedini nositelj punih političkih prava*“.<sup>151</sup> Zakon je stupio na snagu 30. rujna 1935. godine.

**Prva dopunska uredba o Zakonu o državljanstvu**<sup>152</sup> od 14. studenog 1935. donesena je na temelju članka 3. Zakona, prema kojoj je Ministar unutarnjih poslova Reicha u suradnji sa zamjenikom Führera trebao donijeti potrebne uredbe za provedbu Zakona.<sup>153</sup> Prema Uredbi, sve osobe njemačke ili srodne krvi „*koje su posjedovale pravo glasa na izborima za Reichstag kad je Zakon o državljanstvu stupio na snagu, za sada, posjeduju prava državljana Reicha*“.<sup>154</sup> Ista se odredba primjenjivala i na osobe koju su miješane židovske krvi (*Mischling*).<sup>155</sup> Jedino su državljani Reicha, kao nositelji punih političkih prava, imali aktivno i pasivno biračko prvo.<sup>156</sup>

Osobe koje su miješane židovske krvi (*Mischling*) dijelile su se na dva stupnja: prvi stupanj su oni kojima su baka i djed „*punokrvni Židovi*“ (*volljüdischen*), a drugi stupanj čine oni kojima je samo jedan predak (*Großeltern*) „*punokrvni Židov*“.<sup>157</sup>

Židov nije mogao biti državljanin Reicha. Nije imao aktivno niti pasivno biračko pravo.<sup>158</sup> Svi židovski službenici umirovljeni su 31. prosinca 1935., a u slučaju da su se borili u Prvom svjetskom ratu za Njemačku ili njene saveznike, trebali su „*primati puni iznos posljednje isplaćene plaće kao mirovinu, do propisane dobne granice za mirovinu*“.<sup>159</sup>

---

*Wirtschaft, Recht und Staat im Nationalsozialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981., str. 320.-321.

148 Ibid., str. 322.

149 *Reichsbürgergesetz*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1935\\_I\\_1146\\_G\\_Reichsbürger.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1935_I_1146_G_Reichsbürger.pdf)>, posjećeno 15. ožujka 2010.

150 Ibid., čl. 2., st. 1.

151 Ibid., čl. 2., st. 3.

152 *Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl\\_1935\\_I\\_1333\\_VO\\_Reichsbürger.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBl_1935_I_1333_VO_Reichsbürger.pdf)>, posjećeno 15. ožujka 2010.

153 *Reichsbürgergesetz*, op. cit., čl. 3.

154 *Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, op. cit., čl. 1., st. 1.

155 Ibid., čl. 2., st. 1.

156 Ibid., čl. 3.

157 Ibid., čl. 2., st. 2.

158 Ibid., čl. 4., st. 1.

159 Ibid., čl. 4., st. 2.

Nacisti su definirali “*punokrvnog Židova*” (*volljüdischen*) kao osobu koja je potekla od najmanje tri punokrvna židovska pretka (*Großeltern*).<sup>160</sup> Židovom je također smatrana osoba koja je potekla od dva punokrvna židovska pretka ako je: bio član židovske vjerske zajednice kada je ova Uredba donesena ili joj se kasnije priključio;<sup>161</sup> u vrijeme donošenja ove Uredbe bio u braku s osobom koja je bila Židov ili je sa Židovom kasnije stupio u brak;<sup>162</sup> potomak proizašao iz braka s “*punokrvnim Židovom*”, koji je bio zaključen nakon stupanja na snagu Zakona o zaštiti njemačke krvi i časti;<sup>163</sup> potomak proizašao iz izvanbračnog spolnog odnosa s “*punokrvnim Židovom*” i rođen izvan braka nakon 31. srpnja 1936.<sup>164</sup>

Trećim zakonom, **Zakonom o zastavi Reicha**,<sup>165</sup> propisano je da će nova njemačka državna zastava sadržavati nacističku svastiku.<sup>166</sup>

Nakon Nürnberških zakona, nacisti su donijeli na desetke dopunskih uredbi kojima su Židovima postupno uskratili sva prava koja su imali kao ljudska bića: nisu smjeli voditi poduzeća, voziti aute i sl. Liječnici Židovi smjeli su liječiti samo Židove, a učitelji učiti samo židovsku djecu. „*Židovstvo*“ prema shvaćanju nacista nije bio *vjerski* nego *rasni pojam*. Zakoni su se odnosili na Židove, ali su ubrzo uključeni i Romi. Nacistički genocid nad Židovima odnio je, prema nekim procjenama, oko 5,100.000 žrtava.<sup>167</sup>

## **5. RASNO ZAKONODAVSTVO U NEZAVISNOJ DRŽAVI HRVATSKOJ (NDH)**

Ustaše su od samog svojeg postojanja, od početaka 1930-ih godina, težili stvaranju „čistog hrvatskog životnog prostora“. U praksi su to masovno započeli ostvarivati od samog početka postojanja NDH, 10. travnja 1941.<sup>168</sup> Za „čišćenje

160 Ibid., čl. 5., st. 1.

161 Ibid., čl. 5., st. 2., t. a.

162 Ibid., čl. 5., st. 2., t. b.

163 Ibid., čl. 5., st. 2., t. c.

164 Ibid., čl. 5., st. 2., t. d.

165 *Reichsflaggengesetz*, <[http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI\\_1935\\_I\\_1145\\_G\\_Reichsflagge.pdf](http://www.servat.unibe.ch/verfassungsgeschichte/dns/RGBI_1935_I_1145_G_Reichsflagge.pdf)>, ažurirano 1. veljače 2010., posjećeno 15. ožujka 2010.

166 Ibid., čl. 3.

167 Kershaw, Ian, *op. cit.*, str. 463.

168 Dana 10. travnja 1941. bivši austrougarski pukovnik Slavko Kvaternik je, nakon odbijanja Vlatka Mačeka, prihvatio zahtjev nacističkog okupatora proglasiti kvislinšku državu. No, nije proglasio Nezavisnu Državu Hrvatsku, već Republiku Hrvatsku, koja je uskoro preimenovana u NDH. Nakon proglašenja RH/NDH Ante Pavelić je s oko 250 svojih sljedbenika krenuo prema Zagrebu iz Italije (gdje je dugo godina boravio kao štićenik fašističke Kraljevine Italije). Čak i prije njegova dolaska doneseni su *Zakoni o osnutku vojske i mornarice Države Hrvatske* i *Zakon o prisezi vjernosti Državi Hrvatskoj*. Dr. Ante Pavelić je 15. travnja 1941. stigao u Zagreb te je istoga dana, kao poglavnik, potpisao *Uredbu o osnutku prve hrvatske vlade*. Pored funkcije šefa države bio je i predsjednik Vlade, ministar vanjskih poslova te jedini zakonodavni čimbenik (Engelsfeld, Neda, *Povijest hrvatske države i prava – razdoblje od 18. do 20. stoljeća*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 403.; Matković,

životnog prostora“ primarni uvjet je bio i „unutrašnje pročišćavanje“, tj. uklanjanje ne samo političkih protivnika, već i svih *nearijevaca*. Idejno-teorijske osnove za takvu politiku razradili su po uzoru na nacističku teoriju o „višim“ i „nižim rasama“. Budući da se cjelokupna unutarnja politika NDH temeljila na politici nacionalsocijalističke Njemačke i fašističke Italije, ustaški dužnosnici su i cijelo zakonodavstvo prilagodili njemačkom, odnosno talijanskom, pa tako i zakonske odredbe koje su se ticale nacionalne i rasne isključivosti. Zakoni su se nalazili u *Zborniku zakona i naredaba NDH* koje je izdavalo Ministarstvo pravosuđa i bogoštovlja, a legalizirali su teror koji se provodio nad pripadnicima „niže rase“: Židovima, Romima<sup>169</sup> i Srbima.<sup>170</sup>

Sustavniji i novostvorenim zakonima potkrijepljeniji progoni Židova pridodani su unaprijed pripremanom genocidnom „čišćenju prostora“ od Srba. Dok su u proljeće i ljeto 1941. po mnogim srpskim selima ljudi masovno ubijani, gotovo na samome kućnom pragu, najčešće bez nastojanja da se tomu nađu bilo kakva zakonska opravdanja, genocid nad Židovima odvijao se postupnije i „racionalnije“, u nekoliko faza. Uzor je očigledno nađen u razrađenoj nacističkoj metodi koja je predviđala fazu ekskomunikacije, fazu koncentracije i fazu eksterminacije.<sup>171</sup> Ustaški je režim posljednju fazu, eksterminaciju Židova, počeo provoditi već u ljeto 1941. godine. Već su tada, naime, postojali logori smrti u Jadovnu i na Pagu. Do mjeseca rujna počeo se organizirati jasenovački logor, a u Zagrebu su tih mjeseci masovno strijeljani židovski taoci. Dok je nacistima od faze ekskomunikacije do faze eksterminacije trebalo osam godina (1933.-1941.), ustaške su vlasti to obavile u nepuna četiri mjeseca (travanj-srpanj 1941.). Nema sumnje da se to odvijalo ne samo pod općim utjecajem politike Trećeg Reicha, koji je ustaška NDH u svemu slijedila, već i po neposrednim njemačkim savjetima, kasnije i zahtjevima. Tijekom cijelog tog vremena bilo je i mnogo ustaške samoinicijative i samovolje.<sup>172</sup>

Osnova za ustrojavanje čitavoga pravnoga sustava kojim se ozakonjuju teror i određuju državne institucije koje će provoditi teror bila je **Zakonska odredba za obranu naroda i države**, donesena 17. travnja 1941. Njome se utvrdilo da svatko „tko na bilo koji način povrijedi ili je povrijedio čast i životne interese hrvatskog naroda ili na bilo koji način ugrozi opstanak NDH ili državne vlasti, pa makar djelo i ostalo samo u pokušaju, čini se krivcem zločinstva veleizdaje“ i „tko se učini krivcem zločina u točki 1. ima ga stići kazna smrti“.<sup>173</sup> Istom zakonskom odredbom

---

Hrvoje, *Povijest Nezavisne Države Hrvatske*, P.I.P., Zagreb, 2002.). Više o Anti Paveliću i ustašama može se naći u knjigama: Krizman, Bogdan, *Pavelić između Hitlera i Mussolinija*, Globus, Zagreb, 1980.; Krizman, Bogdan, *Ustaše i Treći Reich*, sv. I. i II., Globus, Zagreb, 1983.; Krizman, Bogdan, *Ante Pavelić i ustaše*, 2. izd., Globus, Zagreb, 1983.

169 Više o proganjanjima Roma može se naći u knjizi: **Lengel – Krizman, Narcisa**, *Genocid nad Romima – Jasenovac 1942.*, Javna ustanova Spomen-područje Jasenovac, Jesenski i Turk, Zagreb, 2003.

170 Goldstein, Ivo, op. cit., str. 581.

171 Goldstein, Ivo, op. cit., str. 124.

172 Loc. cit.

173 Zakonska odredba za obranu naroda i države, 17. travnja 1941., citirano prema Goldstein, I.,

predviđeno je osnivanje „izvanrednih narodnih sudova“, koji su zakonskom odredbom od 17. svibnja prerasli u prijeke sudove.

**Zakonska odredba o priekim sudovima** predviđala je samo jednu kaznu – smrtnu: „Ako optuženik bude proglašen krivim, prijeki sud ima izreći smrtnu kaznu strijeljanjem“.<sup>174</sup> Na presudu „nije dopušten nikakav pravni lijek, a molba za pomilovanje nema odgodne moći“. Kazna se imala izvršiti „nakon tri sata od časa proglašenja presude“.<sup>175</sup> U prosincu je ipak donesena zakonska odredba kojom u „lakšim slučajevima može sud mjesto smrtne kazne izreći kaznu tamnice najmanje od tri godine“ (no, i takvi „trogodišnjaci“ bili su deportirani u logore i tamo su mnogi bili ubijani).

Prijeki sud za područje „sudbenog stola“ u Zagrebu proglašen je već 27. svibnja 1941. U početku je najviše žrtava prijekih sudova bilo baš među Židovima i Srbima kako bi se zaštitili „čast i interes hrvatskoga naroda“. No, pred prijeke sudove ubrzo su počeli dolaziti i svi oni koji su izražavali nezadovoljstvo ustaškim režimom ili su bili osumnjičeni da su pripadnici komunističke partije. Zakonskim odredbama od 5. i 10. srpnja 1941. godine znatno je proširen i preciziran popis djela zbog kojih se dolazi pred prijeki sud. Pred njega je trebao biti „stavljen i onaj (...) koji pisanjem, tiskanjem, izdavanjem i širenjem knjiga, novina“ izvirgava ruglu tadašnji poredak, govori protiv NDH, poglavnika, širi komunističku propagandu itd. Potom i „onaj koji sluša zabranjene radio-stanice (prije svega BBC) ili koji širi vijesti s takvih stanica“.<sup>176</sup>

Val radikalizma započeo je serijom *rasnih* zakonskih odredbi. Odredbe koje će tragično izmijeniti sudbinu ljudi navodimo kronološkim redom:

- Zakonska odredba o sačuvanju hrvatske narodne imovine od 18. travnja 1941.
- Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti<sup>177</sup> od 30. travnja 1941.
- Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda<sup>178</sup> od 30. travnja 1941.
- Zakonska odredba o državljanstvu<sup>179</sup> od 30. travnja 1941.
- Zakonska odredba o prijelazu s jedne vjere na drugu od 3. svibnja 1941.
- Zakonska odredba o zaštiti narodne i arijske kulture hrvatskog naroda<sup>180</sup> od 4. lipnja 1941.
- Naredba o promjeni židovskih prezimena i označavanju Židova i židovskih tvrtki<sup>181</sup> od 4. lipnja 1941.

op. cit., str. 117.

174 Zakonska odredba o priekim sudovima, citirano prema Goldstein, I., op. cit., str. 117.

175 Loc. cit.

176 Goldstein, I., op. cit., str. 118.

177 Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti, NN br. 16/1941.

178 Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda, NN br. 16/1941.

179 Zakonska odredba o državljanstvu, NN br. 16/1941.

180 Zakonska odredba o zaštiti narodne i arijske kulture hrvatskog naroda, NN br. 43/1941.

181 Naredba o promjeni židovskih prezimena i označavanju Židova i židovskih tvrtki, NN br. 43/1941.



- Naredba o utvrđivanju rasne pripadnosti državnih i samoupravnih službenika i vršitelja slobodnih akademskih zvanja<sup>182</sup> od 4. lipnja 1941.
  - Zakonska odredba o sprečavanju prikrivanja židovskog imetka<sup>183</sup> od 5. lipnja 1941.
  - Zakonska odredba o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća<sup>184</sup> od 5. lipnja 1941.
  - Odredba o preuzimanju i upravi židovskih zgrada i imanja od 27. kolovoza 1941.
  - Zakonska odredba o podržavljenju imetka Židova i židovskih poduzeća od 6. listopada 1941.
  - Zakonska odredba o upućivanju nepoćudnih i pogibeljnih osoba na prisilni boravak u sabirne i radne logore od 25. studenog 1941.
  - Zakonska odredba o podržavljenju imetka Židova i židovskih poduzeća od 9. listopada 1941.
  - Zakonska odredba o podržavljenju židovske imovine od 30. listopada 1942.
- Zakonskim su odredbama bili uspostavljeni koncentracijski logori u koje su na prisilan boravak upućivane „nepoćudne i pogibeljne osobe“ (Židovi, Romi, Srbi i komunisti). Organizacija sabirnih logora za prisilni boravak „nepoćudnih i pogibeljnih osoba“ bila je u nadležnosti *Ustaške nadzorne službe* do njena ukinuća u siječnju 1943. godine te *Ravnateljstva za javni red i sigurnost*.<sup>185</sup> Među najpoznatijim sabirnim logorima koje je organizirao jedan od ureda Ustaške nadzorne službe bili su logor Danica kod Koprivnice, Stara Gradiška, Jasenovac, Jadovno kod Gospića te Slana i Metajna na otoku Pagu.<sup>186</sup>

### **5.1. Rasno zakonodavstvo o državljanstvu**

U Narodnim novinama od 30. travnja 1941. objavljene su istovremeno tri ključne protužidovske zakonske odredbe. Njime su Židovi pretvoreni u izvandruštvenu kategoriju ljudi izloženih svakoj mogućoj diskriminaciji i lišenih bilo kakve zakonske ili društvene zaštite: Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti, Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda i Zakonska odredba o državljanstvu.

**Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti** definirala je koje su osobe *arijskog*, a koje *nearijskog* podrijetla. Naime, *arijskog* podrijetla je osoba: „koja potječe od predaka - koji su pripadnici europske rasne zajednice ili koji potječu od potomaka

182 Naredba o utvrđivanju rasne pripadnosti državnih i samoupravnih službenika i vršitelja slobodnih akademskih zvanja, NN br. 43/1941.

183 Zakonska odredba o sprečavanju prikrivanja židovskog imetka, NN br. 44/1941.

184 Zakonska odredba o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća, NN br. 44/1941.

185 Giron, Antun, *Zapadna Hrvatska u Drugom svjetskom ratu*, Adamić, Rijeka, 2004., str. 40.

186 Prije rata na prostoru NDH živjelo je oko 40.000 Židova. Židovi i Romi su gotovo potpuno „istrijebljeni“. U Jasenovcu je, prema Žerjaviću, ubijeno 85.000 ljudi. Od toga oko 50.000 Srba (Žerjavić, Vladimir, *Gubici stanovništva Jugoslavije u Drugom svjetskom ratu*, Jugoslavensko viktimološko društvo, Zagreb, 1989., str. 82.).

te zajednice izvan Europe<sup>187</sup> Arijsko podrijetlo se dokazuje „krsnim (rodnim) i vjenčanim listom predaka prvog i drugog koljena (roditelja te djedova i baka)<sup>188</sup>. Jedino je kod pripadnika islamske vjerske zajednice, koji ne mogu priložiti navedene isprave, potrebno: „pismeno posvjedočenje dvojice vjerodostojnih svjedoka, koji su poznavali njihove predke, da među njima nema osoba nearijskog porijetla<sup>189</sup>“.

Osobe „koje pored arijskih predaka imaju jednog predka drugog koljena Židova ili drugog europskog nearijca po rasi“ izjednačuju se s osobama arijskog podrijetla „obzirom na sticanje državljanstva<sup>190</sup>. Osobama „s dva predka drugog koljena Židova po rasi<sup>191</sup>“ pružena je velikodušna mogućnost biti izjednačen s osobama arijskog podrijetla, ukoliko ne spadaju u jednu od definicija Židova u sljedećem članku.

Židovima su bile smatrane: „osobe, koje potječu barem od troje predaka drugog koljena (djedova i bakâ), koji su Židovi po rasi. Djedovi i bake vrijede kao Židovi, ako su mojsijeve vjere ili ako su se u toj vjeri rodili<sup>192</sup>. Glede osoba koje su imale „dva predka drugog koljena, koji su Židovi po rasi“, oni su smatrani Židovima: ako su bili u „mojsijevoj vjeri“ 10. travnja 1941. ili ako su kasnije na tu vjeru prešli; ako su imali bračnog druga Židova; ako su „poslije stupanja na snagu ove zakonske odredbe sklopili brak s osobom, koja ima dvoje ili više predaka drugog koljena Židova po rasi, i potomci iz takvog braka“; ako su „nezakonita djeca sa Židovom (...) a rode se poslije 31. siječnja 1942.“ te ako „Ministarstvo za unutarnje poslove na obrazloženi prijedlog rasnopolitičkog povjerenstva odluči da vrijede kao Židovi<sup>193</sup>“.

Također, Židovima su smatrane i osobe „koja su nezakonita djeca Židova u smislu 1.<sup>194</sup>“, koje su rođene „izvan teritorija Nezavisne Države Hrvatske od roditelja, koji ne potječu iz Nezavisne Države Hrvatske ako su bile 10. travnja 1941. mojsijeve vjere ili imaju najmanje dvoje predaka drugog koljena Židova po rasi, ili vrijede kao Židovi u smislu zakona zemlje iz koje potječu<sup>195</sup> i koje su „obilazjenjem zakonske odredbe o zaštiti arijevske krvi sklopile brak koji je zabranjen“, kao i njihovi potomci.<sup>196</sup> Te odredbe ipak nisu bile toliko sveobuhvatne u određivanju pojma „Židov“, kao što je to učinjeno u nacističkim Nürnberškim zakonima i odredbama koje su u Njemačkoj za njima uslijedile. Postoji i jedna iznimka koja na stanoviti način ustaške rasne zakone ublažava, a prema kojoj „može poglavar države (...) priznati sva prava koja pripadaju osobama arijskog porijetla“ onim osobama „koje su se prije 10. travnja 1941. iskazale zaslužnima za hrvatski narod, napose

187 Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti, NN br. 16/1941., čl. 1., st. 1.

188 Ibid., čl. 1., st. 2.

189 Ibid., čl. 1., st. 2.

190 Ibid., čl. 2., st. 1.

191 Ibid., čl. 2., st. 2.

192 Ibid., čl. 3., t. 1.

193 Ibid., čl. 3., t. 2.

194 Ibid., čl. 3., t. 5.

195 Ibid., čl. 3., t. 3.

196 Ibid., čl. 3., t. 4.

za njegovo oslobodjenje, kao i njihovim bračnim drugovima (...) i potomcima iz takvoga braka<sup>197</sup>

S druge strane, „Ciganinom“ se smatra osoba „koja potječe od dvaju ili više predaka drugog koljena, koji su Cigani po rasi“.<sup>198</sup> U lipnju 1941., na temelju predmetne Zakonske odredbe, bilo je osnovano „rasno političko povjerenstvo“ koje je donosilo prijedloge u svim „dvojbenim slučajevima rasne pripadnosti“<sup>199</sup>, dok je zaključno (izvršno) rješenje donosilo Ministarstvo unutarnjih poslova.

Posebnom **Zakonskom odredbom o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda**, koja je donesena isti dan, zabranjivalo se sklapanje braka između Židova i drugih osoba *nearijskog* podrijetla s osobama *arijskog* podrijetla. Isto tako zabranjen je brak osobe „koja pored arijskih predaka ima jednog predka drugog koljena po rasi Židova ili drugog europskog nearijca“ s osobom „koja je po rasi jednakog porijetla“.<sup>200</sup>

Doduše, mogla se tražiti „posebna dozvola za sklapanje braka“ koju je moglo izdati „Ministarstvo unutarnjih poslova po saslušanju rasnopolitičkoga povjerenstva“<sup>201</sup>, ali je broj takvih slučajeva koji je dospio u proceduru ustaške administracije bio relativno malen i redovito je rješavan negativno.<sup>202</sup>

Izričito je zabranjeno „izvanbračno spolno općenje Židova ili ine osobe, koja nije arijske krvi, sa ženskom osobom arijskog porijetla“.<sup>203</sup> Ako se muška *nearijska* osoba ogriješila o ovu zabranu počinila je „zločin oskvrnuća rase“, a to se kažnjavalo „zatvorom ili tamnicom“.<sup>204</sup> U „naročito teškim slučajevima, napose ako se radi o silovanju nevine djevojke, može se izreći smrtna kazna“.<sup>205</sup>

197 Ibid., čl. 6.

198 bid., čl. 4.

199 Ibid., čl. 5.

200 Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda, NN br. 16/1941., čl. 1., st. 1.

201 Ibid., čl. 2.

202 Franjo Krajcar (1914.), bravarski pomoćnik, tvrdi da se s Editom Schwabenitz (1924.) „upoznao još pred dvije godine, te smo se s vremenom toliko zavoljeli, da ne možemo jedno bez drugoga biti, pa smo odlučili da stupimo u svetu bračnu vezu te da se vjenčamo po obredu rimokatoličke vjere“. Stoga su u kolovožu 1941. godine podnijeli molbu za dozvolu sklapanja braka. Molbu je podržao Branko Rukavina, povjerenik u Glavnom ustaškom stanu i visoki dužnosnik u UNS-u („Krajcara poznam kao poštenog i savjesnog Hrvata“). U listopadu je Krajcar „odustao od molbe“. U lipnju 1942. godine Krajcar moli da se Edita i njezina majka Ilonka puste iz logora, ali toj molbi nije udovoljeno. Ilonka je navodno skončala u Đakovu, a Edita na nepoznatom mjestu (Goldstein, I., op. cit., str. 120.).

203 Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda, NN br. 16/1941., čl. 3.

204 Vlasti su vrlo promptno postupale prema tim odredbama – u Osijeku su već u srpnju Mirko Bihler (1885.) i Ivka Magdić (1897.) bili uhapšeni „zbog sumnje općenja kao Židov s arijevske krvi“ (Goldstein, I., op. cit., str. 120.).

205 U studenom je prema odluci prijekog suda strijeljan Oskar Weiss jer je „višeputo radi zadovoljenja svoje tjelesne pohote javno poduzimao bludne čine u pripremi silovanja nad jednom 14-godišnjom i jednom 15-godišnjom djevojčicom, obadvjema arijevkama (Goldstein, I., op. cit., str. 120.).

Također, Židovi nisu smjeli zaposliti ženu *arijevskog* podrijetla mlađu od 45 godina<sup>206</sup> (što će se kasnije razraditi posebnom zakonskom odredbom), nisu smjeli izvjesiti „*hrvatsku državnu i narodnu zastavu*“ ili isticati „*hrvatske narodne boje i ambleme*“. Ako su Židovi mijenjali prezimena, one promjene koje su izvršene poslije 1. prosinca 1918. „*stavljaju se izvan krijeposti, te se imaju zamijeniti s prvotnim prezimenima*“.<sup>207</sup>

**Zakonskom odredbom o državljanstvu** zaokružena je diskriminacija Židova. Državljanin NDH je samo: „*pripadnik arijskog porijetla, koji je svojim držanjem dokazao, da nije radio protiv oslobodilačkih težnja hrvatskog naroda i koji je voljan spremno i vjerno služiti hrvatskom narodu i NDH*“.<sup>208</sup> Državni pripadnik NDH je „*osoba, koja stoji pod zaštitom NDH*“.<sup>209</sup> Drugim riječima, osoba koja nije *arijskog* podrijetla (Židov, Rom ili Srbin) ne može biti „*državni pripadnik*“ i ne „*stoji pod zaštitom NDH*“. Stoga je izvan svake zaštite i zakona, izložena svakoj vrsti samovolje i progona. Takva zakonska formulacija otvorila je mogućnost svakovrsnih progona i političkih neistomišljenika, tj. Hrvata *komunista*, do čega je u NDH ubrzo i došlo.<sup>210</sup>

Budući da su došli u takav položaj, Židovima nije mogao pomoći ni eventualan prijelaz na katoličku vjeru u onom smislu u kojem je to vrijedilo za Srbe, jer je položaj Židova bio jasno definiran odredbom o rasnoj pripadnosti. To je precizno objašnjeno u *Hrvatskom narodu*<sup>211</sup>: „*Kada govorimo o Židovima, onda ne mislimo na pripadnike mojsijeve vjere, nego na pripadnike židovske rasne zajednice, jer vjera ne sačinjava bit židovske zajednice, nego njena rasna struktura i biološka baština iz daleke prošlosti (...). Krsni list je najsigurniji kriterij, da su djedovi i bake predci drugog koljena bili pripadnici arijske rasne zajednice, jer se u doba naših djedova Židovi gotovo uopće nisu miješali s Arijcima.*“<sup>212</sup>

Uostalom, već 3. svibnja 1941. donesena je **Zakonska odredba o prijelazu s jedne vjere na drugu**, kojom je praktički onemogućen prijelaz iz židovske vjere na katoličanstvo ili islam (ukinuti su svi dotadašnji zakonski propisi o načinu prijelaza na drugu vjeru). Prijelaz cijelih obitelji s Mojsijeve vjere na rimokatoličku ili islamsku nije značilo i priznanje *arijevstva*. To je pravo uskraćeno čak i djeci čiji su roditelji ili djedovi već prije to učinili. Te su odredbe potvrđene još jednom, 3. srpnja, okružnicom prema kojoj prijelaz Židova na katolicizam ili islam ne znači izuzeće od Zakonske odredbe o rasnoj pripadnosti.

Tih je dana Židovima bilo zabranjeno ulaziti u restorane, kavane, kina i kazališta, a na tržnicu zbog kupovine smjeli su doći tek poslije 10 sati prijepodne. Židovima je bio zabranjen i boravak ili samo prolazak parkovima, kao i strogim

206 Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda, NN br. 16/1941., čl. 4.

207 Ibid., čl. 5.

208 Zakonska odredba o državljanstvu, NN br. 16/1941., čl. 2.

209 Ibid., čl. 1.

210 Optužba o „komunizmu“ u to vrijeme vrlo se lako lijepila kao etiketa bilo kome, praktički bez dokaza.

211 *Hrvatski narod* je bio hrvatski tjednik iz Zagreba. Uskoro je postao dnevni listom. Prvi je broj izašao u veljači 1939. Glavni urednik mu je bio Mile Budak (op. A. A.).

212 *Hrvatski narod*, izdanje od 3.5.1941., citirano prema Goldstein, I., op. cit., str. 121.

središtem grada.

**Zakonskom odredbom o zaštiti narodne i arijske kulture hrvatskog naroda** Židovima je zabranjeno svako sudjelovanje u radu, organizacijama i ustanovama: „*društvenog, omladinskog, športskog i kulturnog života hrvatskog naroda uopće, a napose u književnosti, novinarstvu, likovnoj i glazbenoj umjetnosti, urbanizmu, kazalištu i filmu*“.<sup>213</sup>

Stezanje omče oko vrata događalo se postupno, ali i relativno brzo. Nakon ubrzanog donošenja zakonske regulative, uslijedilo je doba kada su Židovi podnosili zamolbe za dodjelu arijevskih prava, oslobođanje od nošenja na lijevoj strani prsiju žute limene pločice s otisnutom Davidovom (židovskom) zvijezdom (*stigma*), itd., čije bi pozitivno rješavanje moglo značiti povratak podnositelja molbe među punopravne građane. Međutim, bilo je mnogo slučajeva kada papir nije značio ništa: vlasti su podnositelja zamolbe mogle „*privremeno*“ (na mjesec dana, na tri mjeseca i sl.), osloboditi nošenja židovskog znaka. Kada je to razdoblje isteklo, ljudi su ostavljeni na milost i nemilost ustaškoj policiji i mnogi su stradali. „*Privremene*“ garancije da neće biti istjerivanja iz stanova za samo nekoliko tjedana mogle su biti dokinute ili se moglo dogoditi da neka druga služba pokrene iseljavanje. Konačno, mnoge od onih, koji su „*stekli arijevska prava*“ ili su bili pod „*zaštitom*“ neke druge vrste, često je znala zahvatiti jedna od mnogobrojnih racija, pa su bili deportirani u logore i tamo ubijeni.<sup>214</sup>

## 5.2. *Rasno zakonodavstvo u imovinskopравnim odnosima*

U prvom tjednu po uspostavi ustaške vlasti, 18. travnja 1941., donesena je **Zakonska odredba o sačuvanju hrvatske narodne imovine**, kojom su bili poništeni svi pravni poslovi između Židova međusobno te Židova i trećih osoba, sklopljeni unutar dva mjeseca prije proglašenja NDH. Sluteći teška vremena, neki su Židovi zaista, stvarno ili fiktivno, prodavali imovinu ili je darovali kako bi spasili barem nešto novca ili druge imovine, što im je ovom zakonskom odredbom bilo osporeno. Dan poslije donesena je odredba kojom se u sva židovska poduzeća postavljaju povjerenici. Već tada su, kao oblik neformalnog pritiska, na pojedinim trgovinama osvanuli natpisi: „*Židovima ulaz zabranjen*“, „*Židovi nepoželjni*“, „*Arijevska radnja – Židovi nepoželjni*“.<sup>215</sup>

**Zakonskom odredbom o sprječavanju prikrivanja židovskog imetka** propisana je kazna zatvora od jedne do pet godina i oduzimanje imovine za onoga „*tko prikriva imetak Židova ili obilježje židovskog poduzeća*“.<sup>216</sup> Ista je kazna predviđena i za osobu koja za Židova sklopi pravni posao „*i pri tome zavede u bludnju drugu ugovarajuću stranu time, što zataji da pravni posao sklapa za*

213 Zakonska odredba o zaštiti narodne i arijske kulture hrvatskog naroda, NN br. 43/1941., čl. 1.

214 Goldstein, I., op. cit., str. 123.

215 Ibid., str. 118.

216 Zakonska odredba o sprječavanju prikrivanja židovskog imetka, NN br. 44/1941., čl. st. 1.

Židova“.<sup>217</sup> Dakle, Židovi ne samo što nisu mogli sklapati pravne poslove međusobno niti s trećim osobama, već im je ovom odredbom oduzeta i mogućnost da za njih netko posreduje ili ih zastupa.

Nadalje, prema **Zakonskoj odredbi o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća**, Židovi su morali prijaviti Ministarstvu narodnog gospodarstva, Uredu za obnovu privrede, svoju imovinu i onu koja je otuđena u vremenu od 10. veljače 1941. do 5. lipnja 1941., tj. do dana stupanja na snagu ove zakonske odredbe. Istu prijavu dužne su bile podnijeti i osobe *arijskog* podrijetla koje su u bračnoj vezi sa Židovima.<sup>218</sup>

Naravno, otuđivanje imovine Židova ne smije prelaziti „redovnu kućnu potrebu“ niti „redovan opseg poslovanja“, osim uz odobrenje Ministarstva narodnog gospodarstva, Ureda za obnovu privrede.<sup>219</sup> Kazna za Židove koji nisu prijavili svoju imovinu ili su je „zatajili u cjelosti ili djelomično“ je „teška tamnica“ od 1 do 10 godina (*sic!*) i oduzimanje imovine.<sup>220</sup> Takva formulacija otvorila je mogućnost optuživanja Židova da su „djelomično“ prijavili svoju imovinu i, posljedično, zatvaranja na više godina.

Židovskim privrednim poduzećima smatraju se „privredna poduzeća koja u cijelosti pripadaju Židovima“ ili ona „kod kojih su jedna ili više osoba članovi uprave ili ravnateljstva Židovi“.<sup>221</sup> Poduzeća koja spadaju pod tu definiciju dužna su u propisanom roku Ministarstvu narodnog gospodarstva, Uredu za obnovu privrede, prijaviti imovinu i imena vlasnika poduzeća, a u slučaju suvlasništva označiti postotak dionica, odnosno drugih udjela.<sup>222</sup> Ta su poduzeća dužna prijaviti prijenos vlasništva ako su promjene u vlasništvu izvršene „na taj način da je vlasništvo Židova ili pojedinog udjela Židova prenijeto na drugu osobu“.<sup>223</sup>

Židovska poduzeća koja ne prijave svoju imovinu ili je „zataje u cjelosti ili djelomično“, kaznit će se „zatvorom od 1 – 5 godina i novčanom kaznom do 10 miliona dinara, za koju kaznu poduzeće odgovara solidarno sa članovima uprave ili ravnateljstva“.<sup>224</sup> Ona poduzeća, koja su oduzeta na temelju ove Zakonske odredbe, država može „sama dalje voditi, dati u zakup, prodati ili likvidirati u korist državne blagajne“.<sup>225</sup>

Prema **Provedbenoj naredbi Zakonske odredbe o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća** prijava imetka Židova obvezna je za: „sve Židove oba spola, državne pripadnike, kao i za one Židove inozemne pripadnosti, koji se na dan stupanja na snagu Zakonske odredbe o prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća

217 Ibid., čl. st. 2.

218 Zakonska odredba o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća, NN br. 44/1941., čl. 1. st. 1.-2.

219 Ibid., čl. 2.

220 Ibid., čl. 3.

221 Ibid., čl. 1. st. 6.

222 Ibid., čl. 1. st. 3.

223 Ibid., čl. 1. st. 4.

224 Ibid., čl. 4. st. 2.

225 Ibid., čl. 5.

*nalaze na području Nezavisne Države Hrvatske*<sup>226</sup>. Prijava je također obvezna i za osobe *arijskog* podrijetla koje su u bračnoj vezi sa Židovima. Za maloljetne i slaboumne osobe podnose prijavu roditelji, odnosno skrbnici.

U slučaju da se Židov vlasnik imovine ne nalazi u mjestu stalnoga boravka, rasistički zakonodavci su se dosjetili rješenju. Naime, upravitelj imovine ili osoba, koja je toga dana s bilo kakvim pravnim temeljima vodila brigu nad njegovom cjelokupnom ili djelomičnom imovinom, „*bez obzira na svoju rasnu i državnu pripadnost*“, dužna je podnijeti prijavu imetka.<sup>227</sup> Isto vrijedi i za slučaj, da je vlasnik imovine malodoban ili slabouman Židov, a još mu nije postavljen skrbnik.

No, ako pojedina osoba „*radi osobito važnih razloga*“ ne može podnijeti prijavu u propisanom roku, dužna je to u istom roku „*opravdati preporučenim pismom ministarstvu narodnog gospodarstva, uredu za obnovu privrede, koji će cijeliti opravdanost navedenih razloga*“. Ako se to opravdanje uvaži, osoba će dobiti novi rok za naknadnu prijavu.<sup>228</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Sve do Drugog svjetskog rata odnos država prema njenim građanima spadao je u njenu isključivu nadležnost. Građani su, u svakoj pojedinoj državi, imali samo onaj obujam prava i sloboda koje im je podijelio unutarnji pravni poredak i zakoni države. Takvo prepuštanje međunarodne zajednice ljudskih prava i sloboda čovjeka unutarnjim pravnim odnosima pojedine države pokazalo se zlokočnim nakon Prvog svjetskog rata, najviše „zahvaljujući“ primjeru fašističke Italije i nacističke Njemačke.

Prekretnicu međunarodnoj pravnoj praksi nemiješanja u unutarnje odnose država naznačila je **Atlantska povelja**<sup>229</sup> koja se zalaže za *uspostavu* takvog *mira* koji osigurava svim ljudima slobodan život, bez obzira u kojoj državi živjeli.

Zabrana rasne diskriminacije u međunarodnom pravu predstavlja pojavu novijeg datuma. **Povelja Ujedinjenih naroda** usvojena je 26. lipnja 1945. godine u San Franciscu.<sup>230</sup> Sve do njenog usvajanja postoje samo izvjesni elementi zabrane rasne diskriminacije, sadržani u pojedinim međunarodnopravnim aktima kojima su regulirani drugi vidovi zaštite prava čovjeka na međunarodnom planu. U razdoblju između dva svjetska rata najviše takvih elemenata sadrži sustav međunarodnopravne

226 Provedbena naredba Zakonske odredbe o obveznoj prijavi imetka Židova i židovskih poduzeća, NN br. 44/1941., čl. 3. st. 1.

227 Ibid., čl. 3. st. 4.

228 Ibid., čl. 4.

229 Atlantska povelja je akt od 14. kolovoza 1941. u kojem su Roosevelt i Churchill izjavili da SAD i Velika Britanija ne žele u Drugom svjetskom ratu nikakvih teritorijalnih povećanja, te da *svaki narod ima pravo izabrati oblik vladavine koji želi*. Kasnije su se ovoj izjavi pridružile i druge države. Iz načela Povelje može se zaključiti da je rat protiv nacizma i fašizma bio i rat za *slobodu* čovjeka.

230 *Povelja Ujedinjenih naroda*, NN, Međunarodni ugovori br. 15/1993, 7/1994 (**ispravak**).

zaštite manjina, ali je njime bio obuhvaćen veoma mali broj država te je posljedično zabrana rasne diskriminacije, koja se iz njega mogla izvesti, bila krajnje ograničenoga međunarodnopravnoga domašaja.

Na temelju Povelje UN-a, međunarodnopravna zabrana rasne diskriminacije postaje, s obzirom na broj članica svjetske organizacije, praktički opća. Poveljom su udareni temelji novim međunarodnim odnosima i zaštiti prava i sloboda čovjeka. Niz problema, međutim, i dalje ostaje otvoren. U samoj Povelji nije pobliže određeno što sve treba smatrati diskriminiranjem na rasnoj osnovi. Odnosno, koje se grupe pojavljuju kao objekt takve diskriminacije i kakve sve radnje i postupke treba smatrati diskriminatornim.<sup>231</sup>

Doduše, pored Povelje UN-a, zabranu rasne diskriminacije predviđa i niz drugih međunarodnopravnih akata, od kojih mnogi sadrže dobro razrađene odredbe.<sup>232</sup> Problem je u tomu što ovi akti, ukoliko se radi o međunarodnim ugovorima, po pravilu obvezuju samo države ugovornice.<sup>233</sup> Kako bi se izbjegli recidivi fašizma, nacizma i ustaštva, trebamo se zalagati da što više država usvoji međunarodnopravne akte koji zabranjuju *rasnu*, nacionalnu, ideološku i vjersku diskriminaciju, kao i masovno ubijanje civilnog stanovništva druge "rase", boje kože, nacije, vjere itd.

Polazeći od pretpostavke da je *vječni mir* najviše političko dobro kojemu se valja približavati, Kant tvrdi da je krajnja svrha pravne znanosti u granicama uma *opće i trajno mirotvorstvo*. Svojevrsan *kategorički imperativ* pravnoga uma u moralno-praktičkom određenju jest dokidanje rata između osoba u prirodnom stanju kao i između država. Za ostvarenje mira pretpostavka je *pravednost*, da se zakonima može zajamčiti svakome što mu pripada. „Ta umna ideja *miroljubive*, premda to ne znači i prijateljske, opće zajednice svih naroda na Zemlji koji međusobno mogu stupiti u djelatne odnose nije filantropijska (etička), nego je ona *pravni* princip.“<sup>234</sup>

231 Peleš, Aleksandar, *Rasna diskriminacija i međunarodno pravo*, Svjetlost, Sarajevo, 1977., str. 5.

232 Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.); Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.; stupila na snagu u Republici Hrvatskoj 1997.); Konvencija o diskriminaciji u odnosu na zaposlenje i zanimanje (1958.); Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju (usvojena 1960., stupila na snagu 1962.); Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (usvojena 1966., stupila na snagu 1969.; stupila na snagu za Republiku Hrvatsku 8. 10. 1991.); Deklaracija o rasi i rasnim predrasudama (1978.); Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (usvojena 1979., stupila na snagu 1981.; stupila na snagu za Republiku Hrvatsku 9. 10. 1992.); Deklaracija o ukidanju svih oblika nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja (1981.); Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja (1984.); Konvencija protiv torture i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (usvojena 1984., stupila na snagu 1987.; stupila na snagu za Republiku Hrvatsku 8. 10. 1991.).

233 Više o međunarodnim dokumentima može se naći u: **Hrženjak, Juraj**, *Međunarodni i evropski dokumenti o ljudskim pravima – Čovjek i njegove slobode u pravnoj državi*, Informator, Zagreb, 1992.; Skok, Dobriša, *Ljudska prava – osnovni međunarodni dokumenti*, Školske novine, Zagreb, 1991.

234 Kant, Immanuel, *Metafizika čudoređa*, Matica hrvatska, Zagreb, 1999., str. 141.



Dakle, prema Kantu, više nije pitanje je li *vječni mir* postojeća ili nepostojeća stvar i varamo li se u svom teorijskom sudu ako pretpostavljamo prvo, nego „moramo djelovati kao da postoji ono što možda ne postoji i raditi na stvaranju osnove za mir i na uspostavi uređenja koje nam se čini najprikladnijim za to da se on ostvari (...). A ako ostvarenje te namjere zauvijek i ostane pusta želja, nipošto se ne zavaravamo kada prihvaćamo maksimu neprestanoga djelovanja u tom smjeru; jer ona je dužnost; a pretpostavka da je moralni zakon u nama varljiv pobudila bi u čovjeku gnusnu želju radije biti posve lišen uma i smatrati se bačenim u jednak prirodni mehanizam kao ostali životinjski razredi.“<sup>235</sup>

---

235 Ibid., str. 143.-144.

## Summary

**RACIAL LEGISLATION IN THE FASCIST ITALY, NAZI GERMANY AND USTASHA INDEPENDENT STATE OF CROATIA**

The authors analyse the nature of fascist and Nazi governing movements as well as Pavelić's regime in the Independent State of Croatia. Italian fascism advocates the establishment of community as a unique and organically divided state and German Nazism guarantees the unity of the nation, i.e. Aryan race, with blood and soil (*Blut und Boden Ideologie*). Every single element of liberal organisation of government and society is erased in enumerated dictatorships. The Independent State of Croatia, contrary to totalitarian regimes in Germany and Italy, had a minimal support among citizens. Due to that fact, it is a tyranny on political and executive level. The article gives a comparison of racial laws that radically dehumanised and exterminated certain *categories of people*: these who did not possess "*deutsches oder artverwandtes Blut*" (German law), "*razza italiana*" (Italian law) or "*Aryan origine*" (Croatian law). More to the point, the authors make an effort to show that Ustasha officials adopted almost the complete state legislation to the German and Italian one. Consequently, the adjustment was made in regard to legal provisions governing the national and racial exclusivity. For that purpose, the authors had translated Italian and German *racial laws* and also gave a presentation of their content. It is possible to notice a similarity between titles of the laws, for example: Norms on Protection of Italian Race (*Provvedimenti per la difesa della razza Italiana*); The Law on Protection of German Blood and Honour (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*); Legislative Provision on Protection of Aryan Blood and Honour of Croatian People.

**Key words:** *racial discrimination, fascism, Nazism, Ustasha movement, racial legislation.*

## Zusammenfassung

**RASSENGESETZGEBUNG IM FASCHISTISCHEN ITALIEN, NAZISTISCHEN DEUTSCHLAND UND IM USTASCHA-NDH**

Die vorliegende Arbeit setzt sich vertieft mit der faschistischen und nazistischen Ordnung und Pavelićs Regime in der NDH (Unabhängiger Staat Kroatiens) auseinander. Während Italienischer Faschismus die Schaffung einer Gemeinschaft als einheitlich und organisch zerlegten Staat befürwortete, gewährleistete deutscher

Nazismus eine Einheit der Nation, bzw. der arischen Rasse durch die Blut und Boden Ideologie. Es wird deutlich, dass jegliche Merkmale liberalen Aufbaues eines Staates oder Gesellschaft von diesen Diktaturen zugrunde gemacht waren. Im Unterschied zu totalitären Regimes Deutschlands und Italiens genoss NDH breite Unterstützung der Bevölkerung, obwohl dieser Staat an der politisch-ausführenden Ebene einer Tyrannei gleichgestellt wurde. Diese Arbeit bietet einen Vergleich der Rassengesetze dar, als Folge dessen gewisse Kategorien von Menschen dehumanisiert und vernichtet wurden. Zu diesen Kategorien gehörten diejenigen, die kein „*deutsches oder artverwandtes Blut*“ besaßen (deutsches Gesetz), oder nicht Teil der „*razza italiana*“ waren (italienisches Gesetz), bzw. nicht arischer Herkunft „*arijsko porijetlo*“ waren (kroatisches Gesetz). Die Autoren versuchen u.A. darzulegen, dass die Ustascha gesamte NDH-Gesetzgebung der deutschen und italienischen angepasst haben, einschließlich Bestimmungen bezüglich der nationalen und Rassenausschließung. Zu diesem Zweck sind sowohl die deutschen, als auch die italienischen *Rassengesetze* übersetzt und inhaltlich dargesellt worden. Dabei sind Ähnlichkeiten in der Gesetzsterminologie zu bemerken, vgl. Bestimmungen über den Schutz der italienischen Rasse (*Provvedimenti per la difesa della razza Italiana*); das deutsche *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* und die kroatische Bestimmung über den Schutz des arischen Blutes und der Ehre des kroatischen Volkes.

**Schlüsselwörter:** *Rassendiskriminierung, Faschismus, Nazismus, Ustascha-Bewegung, Rassengesetzgebung.*

### Riassunto

## LA LEGISLAZIONE RAZZIALE NELL'ITALIA FASCISTA, NELLA GERMANIA NAZISTA E NELLO STATO INDIPENDENTE DI CROAZIA USTASCIA

Gli autori analizzano la natura dell'ordinamento statutario fascista e nazista, come pure quello del regime di Pavelić nello Stato Indipendente di Croazia. Il fascismo italiano sostiene il consolidamento di una comunità alla stregua di uno stato unico e organico; mentre il nazismo tedesco garantisce l'unità della nazione, cioè della razza ariana, con il sangue e la terra (*Blut und Boden Ideologie*). In queste dittature vengono annullati tutti gli elementi dell'organizzazione libera dello stato e della società. Lo Stato Indipendente di Croazia, a differenza dei regimi totalitari in Germania ed Italia, aveva un minimo di supporto nella popolazione. Perciò si trova nel grado politico attuabile di tirannia. **L'articolo offre la possibilità di comparare le leggi razziali** che hanno radicalmente disumanizzato e sterminato alcune *categorie di persone*: quella gente che non possedeva „*deutsches oder artverwandtes Blut*“ (legge tedesca), „*razza italiana*“ (legge italiana) oppure „*origini ariane*“ (legge

croata). Tra l'altro, si cerca di dimostrare che gli ufficiali ustascia hanno conformato pressoché tutta la legislazione dello Stato Indipendente di Croazia alle legislazioni tedesca ed italiana, così anche le disposizioni di legge che si riferivano all'esclusione nazionale e razziale. A tale fine gli autori hanno tradotto le leggi razziali italiane e tedesche, esponendone il contenuto. E' evidente già la somiglianza tra i nomi delle leggi, ad esempio: *Provvedimenti per la difesa della razza Italiana*); Legge sulla protezione del sangue e dell'onore tedesco (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*); Disposizione di legge sulla protezione del sangue ariano e dell'onore del popolo croato.

**Parole chiave:** *discriminazione razziale, fascismo, nazismo, ustascia, legislazione razziale.*

## TREBA LI REPUBLIKA HRVATSKA RATIFICIRATI ATENSKU KONVENCIJU IZ 2002. GODINE?

Dr. sc. Dorotea Ćorić, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.791.3:368.23  
Ur.: 4. listopada 2010.  
Pr.: 23. studenoga 2010.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Atenska konvencija iz 2002. godine značajnije mijenja sustav odgovornosti pomorskog prijevoznika za smrt i tjelesnu ozljedu putnika u odnosu na sustav odgovornosti iz Atenske konvencije iz 1974. godine izmijenjena Protokolom iz 1976. i 1990. godine.*

*Dvostupanjski sustav odgovornosti, visoke granice odgovornosti prijevoznika, obvezno osiguranje odgovornosti uz izravnu tužbu prema osiguratelju nedvojbeno su rješenja kojima se poboljšava položaj putnika.*

*Međutim, tako pooštreni uvjeti prijevoznikove odgovornosti osnovni su razlog da ni nakon osam godina od usvajanja Konvencija iz 2002. nije ispunila uvjete za stupanje na snagu.*

*Zbog toga su u okviru Međunarodne pomorske organizacije iz 2006. usvojene posebne Rezerve i Smjernice za primjenu Atenske konvencije iz 2002. godine. Sadrže odgovarajuće rezerve koje države članice mogu izjaviti u postupku ratifikacije Konvencije iz 2002. godine*

*Europska unija 2009. godine usvojila je Uredbu o odgovornosti pomorskog prijevoznika za putnike u slučaju nezgode. Uredba implementira Atensku konvenciju iz 2002. u europski pravni sustav. Nezavisno o potvrđivanju Atenske konvencije iz 2002. godine od Unije i njezinih država članica, Uredba će se početi primjenjivati u državama članicama ne kasnije od 31. prosinca 2012.*

*S obzirom na navedeno, u radu se posebno ističe pitanje odnosa Republike Hrvatske prema Atenskoj konvenciji iz 2002. godine te sagledavanje svih pravnih i ekonomskih posljedica koje bi njezina primjena mogla izazvati.*

**Ključne riječi:** *prijevoznik, stvarni prijevoznik, odgovornost, ograničenje odgovornosti, obvezno osiguranje.*

## 1. UVODNE NAPOMENE

Na području međunarodnog pomorskog prijevoza putnika i prtljage prva unifikacijska rješenja postignuta su Međunarodnom konvencijom za izjednačenje nekih pravila o prijevozu putnika morem iz 1961. godine (Konvencija iz 1961.) i Međunarodnom konvencijom za izjednačenje nekih pravila o prijevozu putničke prtljage morem iz 1967. godine (Konvencija iz 1967.).<sup>1</sup>

S obzirom na to da navedeni unifikacijski instrumenti nisu postigli značajnije prihvaćanje na međunarodnom planu, u okviru Međunarodne pomorske organizacije (*International Maritime Organization - IMO*) pristupilo se izradi novih unifikacijskih rješenja koja bi, u jednom instrumentu, objedinili prijevoz putnika i prtljage morem.

Razlog takvom pristupu leži u činjenici da se u praksi ugovor o prijevozu prtljage redovito sklapa uz ugovor o prijevozu putnika.

Kao rezultat takvih nastojanja na diplomatskoj konferenciji održanoj u Ateni od 2. do 13. prosinca 1974. godine usvojena je Međunarodna konvencija o prijevozu putnika i prtljage morem (u daljnjem tekstu - **Atenska konvencija iz 1974.**)<sup>2</sup>

Atenska konvencija iz 1974. izmijenjena je Protokolima iz 1976., 1990. i 2002. godine.

Protokoli iz 1976. i 1990. godine donose izmjene u iznosima odgovornosti prijevoznika i uvode novu obračunsku jedinicu.

Međutim, Protokol iz 2002. godine unosi značajnije sadržajne novine u sustav odgovornosti prijevoznika predviđen Atenskom konvencijom iz 1974.

Članci 1. do 22. Atenske konvencije iz 1974. kako su izmijenjeni Protokolom iz 2002., zajedno s člancima 17. do 25. Protokola iz 2002. i njegovim Prilogom, sačinjavaju cjelinu koja se naziva Atenska konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem iz 2002. godine (u daljnjem tekstu - **Atenska konvencija iz 2002.**)<sup>3</sup>

Iako Atenska konvencija iz 2002., godine znatno poboljšava položaj putnika još uvijek nije ispunila uvjete za stupanje na snagu.

Razlozi su visoki iznosi odgovornosti ili čak neograničena odgovornost prijevoznika, uvođenje obveznog osiguranja odgovornosti te problem odgovornosti

1 Konvencija iz 1961. godine stupila je na snagu 1965., a Konvencija iz 1967. zbog nedovoljnog broja ratifikacija nije ispunila uvjete za stupanje na snagu. Tekstove navedenih instrumenata (hrvatski prijevod) v. u Grabovac, I., *Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije*, Književni krug, Split, 1995.

2 Za tekst Atenske konvencije iz 1974. i Protokola iz 1976. i 1990. na engleskom jeziku i službeni prijevod na hrvatski jezik v. *Narodne novine- Međunarodni ugovori*, br. 2/1997. Atenska konvencija iz 1974. stupila je snagu 28. IV. 1987. godine i ima 32 države stranke. Protokol iz 1976. stupio je na snagu 30. IV. 1989. i ima 25 država stranki. Protokol iz 1990. nije ispunio uvjete za stupanje na snagu. Stanje prema IMO web stranicama na dan 31. VIII. 2010.

3 Protokol iz 2002. godine na Atensku konvenciju iz 1974. na engleskom jeziku i hrvatskom prijevodu objavljen je u *Poredbeno pomorsko pravo – Comparative Maritime Law*, god. 42, br. 157, 2003., str. 221.-263. Konsolidiran tekst Atenske konvencije iz 2002. v. Prilog I. Uredbe EZ 392/2009 OJ 131/29.

za slučaj smrti ili tjelesne ozljede putnika koja je posljedica terorističkog akta ili drugih ratnih rizika.

Navedene zaprjeke za njezino stupanje na snagu pokušale su se ukloniti usvajanjem posebnih Rezervi i Smjernica Međunarodne pomorske organizacije.<sup>4</sup>

I u okviru Europske unije poduzete su određene mjere s ciljem prihvaćanja odredbi Atenske konvencije iz 2002. godine u europski pravni sustav.<sup>5</sup>

U nastavku rada dat će se kratak prikaz osnovnih obilježja sustava odgovornosti prema navedenim međunarodnim i europskim propisima, s posebnim osvrtom na stanje u Republici Hrvatskoj i pitanja njezinog odnosa prema najnovijim promjenama na području pomorskog prijevoza putnika i prtljage.

## 2. ATENSKA KONVENCIJA IZ 1974. GODINE

Atenska konvencija iz 1974. godine primjenjuje se na međunarodni prijevoz putnika i prtljage, a prema čl. 1. toč. 9. to znači svaki prijevoz u kojem se, prema ugovoru o prijevozu, polazište i odredište nalaze u dvije različite države, ili u jednoj državi ako se, prema ugovoru o prijevozu ili redu plovidbe, usputna luka nalazi u drugoj državi.

Uz činjenicu da se radi o međunarodnom prijevozu, za primjenu Atenske konvencije potrebno je ispuniti bar jednu od dodatnih pretpostavki iz čl. 2. Konvencije:

- polazište ili odredište prema ugovoru o prijevozu mora biti u državi stranci Atenske konvencije,

- brod mora viti zastavu ili biti upisan u upisnik brodova u državi stranci Atenske konvencije i

- ugovor o prijevozu mora biti sklopljen u državi stranci Atenske konvencije.

Prema čl. 3. Atenske konvencije prijevoznik za štetu nastalu zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika odgovara na temelju *dokazane krivnje*. To znači da je tužitelj (stradali putnik) dužan dokazati da su smrt ili tjelesna ozljeda nastali za vrijeme prijevoza zbog krivnje, odnosno nemarnosti prijevoznika.

Međutim, ako su smrt ili tjelesna ozljeda putnika nastali kao posljedica pomorske nezgode (*brodolom, sudar, nasukanje, eksplozija, požar ili mana broda*) prijevoznik odgovara na temelju *pretpostavljene krivnje*. Da bi se oslobodio odgovornosti, prijevoznik mora dokazati da na njegovoj strani ne postoji krivnja ili nemarnost, odnosno da je poduzeo sve razborite mjere kako bi se šteta izbjegla.

Prijevoznik je odgovoran i za štetu ako se događaj koji je prouzročio smrt ili tjelesnu ozljedu putnika dogodio zbog radnje ili propusta njegovih radnika ili zastupnika koji rade u granicama svojeg zaposlenja, kao i za dijela i propuste radnika i zastupnika stvarnog prijevoznika kada ovi djeluju u granicama svojeg zaposlenja.

4 *Infra*, t. 4.

5 *Infra*, t. 5.

Ako prijevoznik dokaže da je šteta prouzročena krivnjom putnika ili njegovim ponašanjem, temeljem čl. 6. Atenske konvencije prijevoznikova odgovornost može se isključiti ili ublažiti.

Navedeni temelji odgovornosti koji vrijede za smrt ili tjelesnu ozljedu putnika, vrijede i za gubitak ili oštećenje ručne (kabinske) prtljage. To je prtljaga koju putnik ima u svojoj kabini ili je čuva i nadzire, uključujući i prtljagu koja se nalazi u vozilu ili na vozilu.

Za ostalu prtljagu (stvar ili vozilo) koja se prevozi na temelju ugovora o prijevozu putnika, ako dođe do gubitka ili oštećenja za vrijeme prijevoza, vrijedi načelo pretpostavljene krivnje, bez obzira na narav događaja koji je prouzročio štetu.

Treba naglasiti, da prema Atenskoj konvenciji krug osoba protiv kojih se može podnijeti odštetni zahtjev čine prijevoznik, stvarni prijevoznik, kao i radnici ili punomoćnici prijevoznika ili stvarnog prijevoznika.<sup>6</sup>

Prijevoznik je osoba koja je sklopila ugovor o prijevozu. Stvarni prijevoznik je osoba koja je različita od prijevoznika, a koja je ili vlasnik broda, naručitelj iz brodarskog ugovora ili brodar koji stvarno obavlja prijevoz u cijelosti ili dio prijevoza.<sup>7</sup>

Za smrt i tjelesne ozljede putnika i za štete na prtljazi prijevoznik odgovara ograničeno. To znači da odgovara samo do propisanih novčanih iznosa i kada je stvarno pričinjena šteta iznad tih iznosa.

Iznosi ograničenja prijevoznikove odgovornosti u čl. 7. i 8. Atenske konvencije iz 1974., godine izraženi su u zlatnim francima (*Poincaré franak*) i iznosi za smrt i tjelesne ozljede putnika – 700.000 zlatnih franaka po putniku i putovanju.

Granica odgovornosti za gubitak ili oštećenje ručne prtljage iznosi 12.500 franaka po putniku i putovanju. Oštećenje vozila, uključujući i prtljagu u ili na vozilu, seže do 5.000 zlatnih franaka po vozilu i putovanju, a granica za gubitak ili oštećenje ostale prtljage iznosi 18.000 zlatnih franaka po putniku i putovanju.

Prema rješenjima Atenske konvencije osnova za izračunavanje odgovornosti prijevoznika je putovanje, bez obzira na broj štetnih događaja tijekom putovanja u odnosu na istoga putnika. Uz to, propisani iznos ograničenja vrijedi i u slučaju kumulacije zahtjeva (tužbi), tj. ako ima više vjerovnika čije tražbine proizlaze iz istog putovanja.<sup>8</sup>

Prijevoznik gubi pravo na ograničenje odgovornosti, ako tužitelj (stradali putnik) dokaže da je smrt ili tjelesna ozljeda nastala zbog radnje ili propusta koji je prijevoznik učinio u namjeri da prouzroči takvu štetu, ili bezobzirno i sa znanjem da bi takva šteta vjerojatno mogla nastupiti.<sup>9</sup>

6 Pitanje aktivne i pasivne legitimacije prema Atenskoj konvenciji uz 1974. v. u Marin, J., *Ugovori o prijevozu putnika i prtljage morem*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet Zagreb, 2005., str. 40.

7 Čl. 1. st. 1., t.(a) i (b) Atenske konvencije iz 1974. godine.

8 Čl. 12. Atenske konvencije iz 1974. godine.

9 Čl. 8. Atenske konvencije iz 1974. godine.



Atenska je konvencija prvi put izmijenjena Protokolom iz 1976. godine.

Cilj **Protokola iz 1976.** bio je uvođenje Posebnog prava vučenja (PPV) (*Special Drawing Rights* - SDR) kao nove obračunske jedinice ograničenja odgovornosti.<sup>10</sup>

Naime, ubrzo nakon usvajanja Atenske konvencije pokazalo se da Poincaré franak kao obračunska jedinica nije više predstavljao dovoljno stabilnu osnovu za vrjednovanje iznosa ograničenja.

Tako je Protokolom iz 1976. ustanovljena granica odgovornosti prijevoznika za smrt i tjelesne povrjede putnika u iznosu od 46.666 PPV-a po putniku i putovanju, za gubitak i oštećenje ručne prtljage iznos od 833 PPV-a po putniku i putovanju, za gubitak i oštećenje vozila iznos od 3.333 PPV-a, te za gubitak ili oštećenje druge prtljage 1.200 PPV-a.<sup>11</sup>

Obračunska jedinica preračunava se u nacionalnu valutu države suda koji raspravlja spor na temelju službene vrijednosti te valute na dan donošenja presude ili na dan koji stranke sporazumno odrede.

Vrijednost nacionalne valute u Posebnom pravu vučenja, za države članice Međunarodnoga monetarnoga fonda, obračunava se po metodi koju primjenjuje Međunarodni monetarni fond, a za države koje nisu članice Međunarodnoga monetarnog fonda prema metodi koju odredi odnosna država.

Daljnji naponi da se poboljša položaj putnika u međunarodnom pomorskom prijevozu rezultirali su 1990. godine donošenjem novog protokola na Atensku konvenciju.

**Protokol iz 1990.** znatno je povisio iznose prijevoznikove odgovornosti: za smrt i tjelesnu povredu putnika na 175.000 PPV-a, za gubitak i oštećenje ručne prtljage na 1.800 PPV-a, za gubitak ili oštećenje vozila na 10.000 PPV-a, te za gubitak i oštećenje prtljage različite od ručne 2.700 PPV-a.<sup>12</sup>

Isto tako, Protokol iz 1990. predviđa jednostavniji postupak za buduće povišenje iznosa odgovornosti, tzv. *tacit acceptance procedure* – postupak prešutnog

---

Pojam bezobzirno i sa sviješću da će do štete vjerojatno doći (*recklessly and with knowledge that such damage would probably result*) koristi su u drugim međunarodnim pomorsko-pravnim konvencijama. U našoj pravnoj teoriji zastupljeno je mišljenje da se radi o težem obliku krajnje nepažnje za čije je postojanje uz krajnju nepažnju potreban i daljnji element svijesti o vjerojatnosti nastupanja štetnih posljedica. To je ponašanje koje znači hotimičnu ravnodušnost glede posljedica, iako nedostaje prava namjera djelovati u određenom pravcu i puna svijest o posljedicama. Podrobnije vidjeti Grabovac, I., *Gubitak prava na ograničenje odgovornosti brodaru u prijevozu stvari morem*, Usporedno poredbeno pravo, Zagreb 1989., str. 51.

10 Posebno pravo vučenja (PPV) kao obračunsku jedinicu za izražavanje granica odgovornosti brodovlasnika odnosno brodaru uveo je Međunarodni monetarni fond 1969. u svrhu uvođenja stabilne osnove za vrjednovanje iznosa ograničenja odgovornosti. U početku je bio definiran kao protuvrijednost određene količine zlata, pa kao zbroj fiksnih vrijednosti iznosa šesnaest valuta te njihov postotni udio u ukupnom iznosu jedne jedinice PPV-a. Danas košaru valuta čine američki dolar, euro, engleska funta i japanski jen. S obzirom na to da se tečajevi navedenih valuta svakodnevno mijenjaju, tako se i vrijednost PPV-a mijenja. Njegova se vrijednost može pronaći na mrežnoj stranici MMF-a.

11 Čl. 2. Protokola iz 1976.

12 Čl. 2. Protokola iz 1990.

prihvatanja. Postupak je jednostavniji i brži jer više za izmjenu iznosa ograničenja odgovornosti nije potrebno sazivanje diplomatske konferencije stranaka Atenske konvencije.<sup>13</sup>

### 3. ATENSKA KONVENCIJA IZ 2002. GODINE

Najnovija, sadržajno najznačajnija izmjena Atenske konvencije iz 1974. postignuta je Protokolom iz 2002. godine.

Kao što je uvodno istaknuto, među strankama Protokola iz 2002., Atenska konvencija iz 1974. kako je izmijenjena Protokolom tumačit će se kao jedan jedinstveni dokument – Atenska konvencija iz 2002.<sup>14</sup>

Osnovni razlog za još jednu izmjenu Atenske konvencije iz 1974. bile su brojne pomorske nezgode<sup>15</sup> koje su pokazale da su postojeći konvencijski iznosi ograničenja odgovornosti preniski u odnosu na moguće odštetne zahtjeve.

Pored toga, rješenja prijevoznikove odgovornosti kod prijevoza putnika nastojala su se ujednačiti u odnosu na rješenje te odgovornosti u ostalim granama transporta.<sup>16</sup>

Naime, pomorski prijevoz jedini je način prijevoza čije pravno uređenje odgovornosti za smrt ili tjelesnu ozljedu putnika, uz iznimke za slučaj pomorske nezgode, počiva na konceptu dokazane krivnje. U ostalim granama prijevoza, odgovornost se, u načelu, zasniva na relativnom kauzalitetu.

S tim u svezi, za štete koje nastanu kao posljedica smrti i tjelesne ozljede putnika Atenska konvencija iz 2002. godine poznaje dva sustava odgovornosti, ovisno o tomu je li šteta posljedica pomorske nezgode ili nije.

Prema čl. 3. st. 1. Atenske konvencije iz 2002. za štetu koja je posljedica pomorske nezgode prijevoznik odgovara na temelju objektivne (kauzalne) odgovornosti.

Treba istaknuti, da Konvencija iz 2002. godine dopunjuje listu pomorskih nezgoda tako da izričito navodi prevrnuće broda kao pomorsku nezgodu, što po Atenskoj konvenciji iz 1974. nije bio slučaj.<sup>17</sup>

Dakle, za one slučajeve za koje prijevoznik prema rješenjima Atenske konvencije iz 1974. odgovara prema načelu pretpostavljene krivnje, nova Konvencija

13 Čl. 8. Protokola IZ 1990.

14 V. čl. 15. Protokola, *supra*, toč. 1.

15 Nezgoda broda *Estonia* 1994. u Baltičkom moru odnijela je 852 života broda *Herald of Free Enterprise* u Belgiji 1987. godine 193 života. Popis je još crniji kada se dodaju nezgode trajekta *Neptun* koji je 1993. u Haitiju odnio preko 2000 života ili trajekta *The Princess of the Orient* koji je na Filipinama odnio 150 života. Podaci prema mrežnoj stranici: [www.telegraph.co.uk/news/worldnews/eu](http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/eu), posjećena 21. studenog 2010.

16 Kroger, B., *Passengers carried by sea – should they be granted the same rights as airlines passengers?*, referat na Konferenciji Međunarodnog pomorskog odbora (CMI), Singapur, 2001.

17 V. čl. 3. st. 5. Atenske konvencije iz 2002. godine.

uvodi objektivnu odgovornost, što znači da se prijevoznikova odgovornost pooštrava.

Atenska konvencija iz 2002. predviđa određene slučajeve kada prijevoznik neće odgovarati za smrt i tjelesnu ozljedu, bez obzira što je ista posljedica pomorske nezgode, tzv. egzoneracijski razlozi.

Prema navedenom stavku članka 3. prijevoznik neće odgovarati ako dokaže: a) da je šteta posljedica rata, neprijateljstva, građanskog rata ili izuzetne, neizbježne i nesavladive prirodne pojave ili b) da je šteta u cijelosti prouzročena radnjom ili propustom treće osobe učinjene s namjerom da se prouzroči šteta.

Isto tako, prijevoznik se može u cijelosti ili djelomično osloboditi odgovornosti za štetu, ako dokaže da je ista prouzročena krivnjom ili nemarnošću samoga putnika.<sup>18</sup>

Objektivna odgovornost prijevoznika za štetu zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika prema čl. 3. st. 1. ograničena je do iznosa od 250.000 PPV-a i to s obzirom na svakog putnika i svaku zasebnu nezgodu. Ako visina štete prelazi taj iznos do koje prijevoznik odgovara prema načelu objektivne odgovornosti, tada će on biti obvezan naknaditi i preostali iznos pretrpljene štete do 400.000 PPV-a ako ne dokaže da je štetni događaj nastao bez njegove namjere ili nemarnosti.

Za štete koje nisu posljedica pomorske nezgode, temeljem st. 2. čl. 3. Konvencije iz 2002. prijevoznik odgovara prema načelu dokazane krivnje. I u ovom slučaju krivnja uključuje namjeru i nemarnost, i prijevoznika i osoba koje rade za prijevoznika, s obzirom na poslove koje te osobe obavljaju u okviru svog zaposlenja.

Dakle, Atenska konvencija iz 2002. kod ozljede putnika, koja nije posljedica pomorske nezgode, glede temelja odgovornosti ne donosi novine u odnosu na tekst Atenske konvencije iz 1974.

Maksimalan iznos odgovornosti je 400.000 PPV-a, po putniku i događaju. Države članke odredbama svoga nacionalnog zakonodavstva mogu propisati i višu granicu odgovornosti ili propisati neograničenu odgovornost (*opt-out*) klauzula, o čemu moraju obavijestiti depozitara.<sup>19</sup>

Konvencija iz 2002. mijenja i kriterij (osnovicu) za primjenu graničnog iznosa odgovornosti. Prema Atenskoj konvenciji iz 1974. to je bilo putovanje (neovisno o broju štetnih događaja), dok je prema Konvenciji iz 2002. svaki putnik i događaj posebno, što znači da se u slučaju više štetnih događaja tijekom istoga putovanja granica odgovornosti obračunava odvojeno za svaki štetni događaj.

Za štete zbog gubitka ili oštećenja prtljage Konvencija iz 2002. razlikuje ručnu (kabinsku) prtljagu te ostalu prtljagu i vozila.

Prema st. 3. čl. 3. Konvencije iz 2002. za gubitak i oštećenje ručne prtljage u slučaju pomorske nezgode prijevoznik odgovara na temelju pretpostavljene krivnje, a u drugom se slučajevima krivnja prijevoznika mora dokazati.

18 V. čl. 6. Atenske konvencije iz 2002.

19 Čl. 7. st. 2. Atenske konvencije iz 2002.

Za ostalu prtljagu i vozila prijevoznik odgovara na temelju pretpostavljene krivnje, znači odgovara osim ako dokaže da je događaj koji je prouzročio štetu nastao bez njegove krivnje ili nemarnosti.<sup>20</sup>

Konvencija iz 2002. godine donosi i niz drugih novina kojima se poboljšava položaj putnika.

Značajna novina jest uvođenje obveznog osiguranja odgovornosti za štete zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika.<sup>21</sup>

Obvezu pribavljanja takvog osiguranja za svaki brod koji je ovlašten prevoziti više od 12 putnika, ima osoba koja stvarno obavlja prijevoz ili dio tog prijevoza.<sup>22</sup> Visina obveznog osiguranja odgovornosti za navedene štete jest 250.000 PPV-a po putniku za svaki zaseban događaj, što znači da odgovara granici do koje prijevoznik odgovara na temelju kauzaliteta.

Uvođenje obveznog osiguranja odgovornosti do konvencijskih iznosa nastojalo se osigurati potencijalnom tužitelju (stradalom putniku) sigurniju i bržu naplatu odštetnih zahtjeva.

S tim u svezi, Konvencija iz 2002. predviđa i pravo oštećene osobe da svaki zahtjev pokriven obveznim osiguranjem do iznosa od 250.000 SDR-a može ostvarivati izravno od osiguratelja odgovornosti.<sup>23</sup>

#### **4. IMO REZERVE I SMJERNICE ZA PRIMJENU ATENSKE KONVENCIJE IZ 2002. GODINE**

Protokol iz 2002. još uvijek nije ispunio uvjete za stupanje na snagu. Do 31. kolovoza 2010. Protokol su, od potrebnih deset, potvrdile četiri države.<sup>24</sup>

Glavni razlog takvom stanju jest činjenica da su prijevoznici i njihovi osiguratelji iskazali nezadovoljstvo uređenjem odgovornosti za štetu koja je prouzročena terorizmom i ratnim rizicima uopće, naglašavajući da tržište osiguranja ne može izdržati visoke iznose odgovornosti predviđene Protokolom.<sup>25</sup>

Kako bi se ubrzalo stupanje na snagu Atenske konvencije iz 2002. godine i osigurala adekvatna zaštita putnicima u pomorskom prijevozu, Pravni odbor IMO-a je u listopadu 2006. usvojio Rezerve i Smjernice za implementaciju Atenske konvencije

20 Čl. 3. st. 4. Atenske konvencije iz 2002.

21 Čl. 4(bis) Atenske konvencije iz 2002.

22 Protokol ne sadrži nikakve izmjene u pravnom položaju stvarnog prijevoznika, pa on u dijelu prijevoza koji obavlja ima ista konvencijska prava i obveze kao i sam prijevoznik. Protokol propisuje uvođenje pojma prijevoznik koji stvarno izvršava čitav prijevoz ili dio prijevoza. Više v. u Marin, J., op. cit., bilj. br. 6., str. 58.

23 Više o obveznom osiguranju odgovornosti u Atenskoj konvenciji iz 2002. v. Pospišil-Miler, M., *Atenska konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem 2002. godine*, Poredbeno pomorsko pravo, br. 158, Zagreb, 2004., str. 239.-244.

24 To su Albanija, Latvija, Sv. Kitts i Nevis i Sirija. Podaci prema web stranicama IMO-a: [www.imo.org](http://www.imo.org), posjećena 1. listopada 2010.

25 Hare, J., *Passenger cover, the Athens Convention and Terrorism*, BEACON April 2007, str. 22. Isto tako, Pospišil-Miler, M., op. cit., bilj. br. 19., str. 251.-258.

iz 2002. godine.<sup>26</sup>

Države se pozivaju da Atensku konvenciju iz 2002. potvrde uzimajući u obzir tekst navedenih Rezervi.

Rezerve se odnose na ograničenje odgovornosti prijevoznika, pribavljanja obveznog osiguranja odgovornosti te izdavanja potrebne svjedodžbe o osiguranju odgovornosti.

Služe kao uzorak rezervi na tekst Konvencije iz 2002. i omogućuju državama da prilikom potvrđivanja Konvencije pridrže pravo primjene nižih iznosa ograničenja odgovornosti prijevoznika i osiguratelja u odnosu na tražbine zbog smrti i tjelesne ozljede putnika nastale kao posljedica ratnih rizika.

Prava pridržana Rezervama tumačit će se uzimajući u obzir Smjernice za primjenu Konvencije iz 2002., ili bilo koje njihove izmjene, u svrhu osiguranja ujednačenosti. U slučaju da prijedlog za izmjenu Smjernica, uključujući i iznose odgovornosti bude odobren od Pravnog odbora IMO-a, te će se izmjene primjenjivati od vremena kada to odredi Odbor. Međutim, to ne utječe na odredbe međunarodnog ugovora glede prava država da povuku ili izmjene svoju rezervu.

S obzirom na trenutno stanje na tržištu osiguranja, Smjernice predviđaju da posebni osiguratelji ili brokeri osiguranja pokriju ratne rizike, a drugi osiguratelji neratne rizike. Primjenjujući uobičajene klauzule ograničenja i isključenja svaki osiguratelj pokriva svoj dio. Države članke izdaju potvrdu o obveznom osiguranju odgovornosti u skladu s Konvencijom iz 2002. kojom potvrđuje da su na snazi oba osiguranja.

#### ***4.1. Rezerve u odnosu na ograničenje odgovornosti prijevoznika***

U skladu s točkom 1.2. Rezervi država članke pridržava pravo da prilikom potvrđivanja Konvencije iz 2002. odgovornost prijevoznika u slučaju smrti ili tjelesne ozljede putnika koji su posljedica ratnih rizika, ograniči na iznos od:

- 250.000 PPV po putniku ili događaju ili
- 340.000 PPV po brodu za svaki događaj.

Ratni rizici obuhvaćaju smrt i ozljede nastale kao posljedica:

- rata, građanskog rata, revolucije, pobune, ustanka, građanskih sukoba koji zbog toga nastanu ili bilo kojeg neprijateljskog akta od jedne zaraćene strane ili protiv nje;

- zarobljavanja, zapljene, uzapćenja, zaustavljanja, ograničenja ili zadržavanja, kao i posljedica tih akata ili pokušaja da se oni izvrše;

- zaostalih mina, torpeda, bombi i drugog napuštenog ratnog oružja;

- postupka terorista ili bilo koje osobe koja djeluje zlonamjerno ili s političkim pobudama te

- konfiskacije ili eksproprijacije.<sup>27</sup>

26 <http://www.imo.org/newsroom/mainframe.asp?topic-id=280&doc-id=6676>, posjećena 1. listopada 2010. Tekst IMO Rezervi i Smjernica v. u Prilogu II. Uredbe EZ 392/2009., OJ L 131/40.

27 V. stavak 2.2. Smjernica.

Rezerva ima učinak neovisno o temelju odgovornosti prijevoznika koji predviđa Konvencija iz 2002.<sup>28</sup>

Navedeno ograničenje odgovornosti primijenit će se isto i na odgovornost stvarnog prijevoznika, odgovornost osoba i punomoćnika kojima se u svom poslovanju služe prijevoznik ili stvarni prijevoznik, kao i ograničenja na ukupni iznos koji se može nadoknaditi u skladu sa Konvencijom iz 2002.<sup>29</sup>

Međutim, Rezerva nema učinak u slučaju kada prijevoznik, zbog kvalificirane krivnje, izgubi pravo korištenja povlastice ograničenja odgovornosti, kao i u slučaju da je prijevoznik na posebnim ugovorom s putnikom izričito pristao na više iznose ograničenja od iznosa predviđenih Konvencijom iz 2002.<sup>30</sup>

Isto tako, u skladu sa točkom 1.3. Rezervi, države pridržavaju pravo da na navedenu odgovornost primjene Institutsku klauzulu o isključenju rizika radioaktivnog onečišćenja, kemijskog, biološkog, biokemijskog i elektromagnetskog oružja (*Institutska klauzula br. 370.*).

U slučaju da tražbine pojedinih putnika prelaze navedeni maksimalni iznos od 340 mil PPV po brodu i događaju, prijevoznik će se moći pozvati na navedeno ograničenje odgovornosti pod uvjetom da poštuje proporcionalnu raspodjelu maksimalne svote ograničenja među utvrđenim tražbinama.

#### ***4.2. Rezerve u odnosu na obvezno osiguranje odgovornosti i ograničenje odgovornosti osiguratelja***

Rezerve u svezi s obveznim osiguranjem omogućuju državama pridržati pravo da preuzmu obvezu ograničenja odgovornosti osiguratelja, te ograničiti zahtjev Konvencije o održavanju na snazi osiguranja ili drugog financijskog jamstva radi pokrića odgovornosti za štetu zbog smrti ili tjelesne ozljede koje su posljedica ratnih rizika na gore navedene iznose.<sup>31</sup>

S tim u svezi, toč. 1.10. Rezervi omogućuje državama pridržati pravo o izdavanju svjedodžbi tako da se odrazi ograničenja odgovornosti i zahtjeve za osiguranjem radi pokrića odgovornosti zbog smrti i tjelesne ozljede kao posljedice ratnih rizika, te uključi druga ograničenja, zahtjeve i iznimke ako smatra da u vrijeme izdavanja svjedodžbe to zahtjeva tržište osiguranja.

Države preuzimaju obvezu prihvatiti svjedodžbe o osiguranju izdanih od drugih država stranki u skladu sa sličnim rezervama.

28 V. čl. 3. Atenske konvencije iz 2002.

29 V. čl. 4., 11. i 12. Atenske konvencije iz 2002. godine.

30 V. točku 1.5. Rezervi.

31 V. točke 1.6. i 1.7. Rezervi. Na sva obvezna osiguranja prema Konvenciji primjenjuju se sljedeće klauzule:

- Institutska klauzula o isključenju rizika radioaktivnog onečišćenja, kemijskog, biološkog, biokemijskog i elektromagnetskog oružja, Institutska klauzula o isključenju rizika zloupotrebe računalnih sustava, Klauzula o automatskom prestanku i isključenju pokrića ratnih rizika. V. toč. 2.1. i 2.1. Smjernica.

Sva ograničenja, zahtjevi i iznimke bit će jasno naznačeni u Svjedodžbi izdanoj ili potvrđenoj na temelju stavka 2. članka 4.bis Atenske konvencije iz 2002.

## **5. UREDBA EZ 392/2009**

Zbog jačanja sigurnosti pomorskog prijevoza i boljeg položaja putnika, u okviru Europske unije prihvaćena je Uredba o odgovornosti pomorskog prijevoznika za putnike u slučaju nezgode (*Regulation (EC) No 392/2009*).<sup>32</sup> Svrha je navedene Uredbe uvrstiti odredbe Atenske konvencije iz 2002. godine u pravni sustav Unije.

Navedena bi Uredba trebala stupiti na snagu stupanjem Atenske konvencije iz 2002. godine, ali ne kasnije od 31. prosinca 2012. godine.

### **5.1. Područje primjene Uredbe**

Uredba se primjenjuje na međunarodni i domaći prijevoz (unutar države članice) za brodove klase A i B<sup>33</sup> pod uvjetom da:

- brod vije zastavu ili je upisan u državi članici,<sup>34</sup>
- ugovor o prijevozu sklopljen je u državi članici ili
- mjesto polazišta ili odredišta, prema ugovoru o prijevozu u državi je članici.

Isto tako, do 30. VII. 2013. Komisija će donijeti prijedlog kojim će proširiti primjenu Uredbe i na brodove klase C i D.

Primjenu Uredbe na brodove A klase, države članice mogu odgoditi do 31. 12. 2016. godine, a na brodove B klase do 31. 12. 2018. godine.

Uredba se ne primjenjuje na prijevoz putnika unutarnjim vodama, ali je Europska komisija zadužena za utvrđivanje posebnoga prijedloga glede prijevoza u unutarnjoj plovidbi.

### **5.2. Odgovornost prijevoznika prema Uredbi**

Odgovornost prijevoznika glede putnika i prtljage, kao i pravila u svezi s osiguranjem odgovornosti ili drugog financijskog jamstva uređena su Uredbom,

32 Regulation (EC) No 392/2009 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 April 2009 on the liability of carriers of passengers by sea in the event of accidents, OJ C 131, 28. 5. 2009. str. 24. O prijedlogu Uredbe v. u Pospišil Miler, M., Pospišil, M., *Odgovornost prijevoznika u pomorskom prijevozu putnika prema zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 59, Zagreb, 2009., str. 1023.

33 Brodovi A, B, C i D klase definirani su čl. 4. Direktive 98/18/EC.

34 Za potrebe Uredbe izraz «upisan u državi članici» u slučaju broda koji je u zakupu (*bareboat charter-in*), država zastave treba biti država članica ili država stranka Atenske konvencije iz 2002. v. čl. 12. Uredbe.

odgovarajućim člancima Atenske konvencije,<sup>35</sup> uz obveznu primjenu IMO Smjernica<sup>36</sup>. Tekst Atenske konvencije iz 2002. kao i IMO Rezerve i Smjernica nalaze se u Prilozima I. i II. Uredbe i čine njezin sastavni dio.

Treba naglasiti, da Uredba ne mijenja odredbe nacionalnih zakonodavstava koje primjenjuju odredbe Konvencije o općem ograničenju odgovornosti iz 1976. kako je izmijenjena Protokolom iz 1996. godine, uključujući i bilo koju buduću izmjenu.<sup>37</sup>

Ovo je bitno stoga što je Protokolom iz 1996. uvedena mogućnost da država stranka Protokola posebnim odredbama svoga nacionalnoga zakonodavstva propiše sustav odgovornosti koji se primjenjuje na tražbine zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika, pod uvjetom da iznos ograničenje nije niži od iznosa predviđenog Protokolom. Pored toga, predviđena je mogućnost, da države stranke, urede sustav odgovornosti po kojem je odgovornost brodovlasnika neograničena.

U slučaju nepostojanja takvih odredbi nacionalnog zakonodavstva, odgovornost prijevoznika i stvarnog prijevoznika regulirat će se isključivo Uredbom.

Mogućnost propisivanja neograničene odgovornosti prijevoznika i/ili stvarnog prijevoznika postoji i Atenskom konvencijom iz 2002. (tzv. *opt-out klauzula*).<sup>38</sup>

U odnosu na pribavljanje obveznog osiguranja odgovornosti Uredba propisuje da treba voditi računa o financijskim mogućnostima brodovlasnika i osiguratelja. Posebice kada se radi o manjim brodovlasnicima koji obavljaju prijevoz sezonskog karaktera.<sup>39</sup>

### 5.3. *Dodatne odredbe Uredbe*

Uredba uključuje i dodatne odredbe, koje nisu predviđene Atenskom konvencijom. Tako uvodi obvezu plaćanja predujma za slučaj smrti ili tjelesne ozljede kao posljedice pomorske nezgode u iznosu koji nije manji od 21.000 EUR-a.

U skladu s čl. 6. Uredbe navedena obveza tereti prijevoznika koji je stvarno obavio cijeli prijevoz ili dio prijevoza na kojem se dogodila nezgoda. Predujam se plaća za pokriće financijskih potreba osobi koja je ovlaštena za naknadu i to u roku od 15 dana od njezine identifikacije.

Nadalje, čl. 4. Uredbe isključuje medicinska pomagala, kao što su invalidska kolica ili druga posebna oprema koju koriste putnici sa smanjenom pokretljivošću, iz primjene ograničenja odgovornosti za prtljagu i obvezuje na plaćanje odgovarajuće naknade koja će odgovarati vrijednosti nove ili popravljene prtljage.

Prilikom sklapanja ugovora ili prije polaska prijevoznik i/ili stvarni prijevoznik dužni su obavijestiti putnika o pravima koja im pruža Uredba.<sup>40</sup>

35 V. čl. 3. st. 1. Uredbe.

36 V. čl. 3. st. 2. Uredbe.

37 V. čl. 5. Uredbe.

38 V. čl. 7. st. 2. Atenske konvencije iz 2002. godine.

39 V. toč. (4) Uredbe.

40 V. čl. 7. Uredbe.



Kada je ugovor u prijevozu sklopljen u državi članici, informiranje putnika treba obaviti prilikom sklapanja ugovora ili prije polaska, ukoliko je polazak u državi članici. U svim drugim slučajevima najkasnije na polasku.

#### **5.4. Pitanja nadležnosti, priznanja i ovrhe presuda**

U skladu s toč.(11) iz Uredbe su isključene odredbe Atenske konvencije iz 2002. o nadležnosti, priznanju i ovrsi presuda.<sup>41</sup> Naime, Uredbom EZ 44/2001 pitanja o nadležnosti i priznanju i ovrsi u građanskim i trgovačkim predmetima<sup>42</sup> ulaze u isključivu nadležnost Unije.

Navedene odredbe Atenske konvencije iz 2002. postat će dio pravnog poretku Unije kada ista pristupi Atenskoj konvenciji iz 2002. godine

## **6. STANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ**

Republika Hrvatska stranka je Atenske konvencije, baš kao i Protokola iz 1976. i Protokola iz 1990. godine.<sup>43</sup>

Atenska konvencija i Protokol iz 1976. za Republiku Hrvatsku stupili su na snagu 12. travnja 1998. godine.<sup>44</sup>

Protokol iz 1990. godine ne obvezuje Republiku Hrvatsku jer nisu ispunjeni uvjeti za njegovo stupanje na snagu na međunarodnoj razini.

Prijevoz putnika i prtljage u Republici Hrvatskoj reguliran je u dijelu VII. čl. 598.-633. Pomorskog zakonika<sup>45</sup>

Navedene odredbe prihvatile su rješenja Atenske konvencije, s time da je u pogledu visine prijevoznikove odgovornosti za smrt i tjelesnu ozljedu putnika, te oštećenje i gubitak ručne i druge prtljage prihvatio iznose prema Protokolu iz 1990.<sup>46</sup>

Tako se odgovornost prijevoznika u slučaju smrti i tjelesne ozljede putnika ograničava u svim slučajevima, na iznos od 175.000 PPV po putniku i putovanju.<sup>47</sup>

Navedeno ograničenje primjenjivat će se samo u domaćem prijevozu, s obzirom na to da Protokol iz 1990. još uvijek nije ispunio uvjete za stupanje na snagu.

Pored toga, treba naglasiti da se na uređenje pitanja odgovornosti pomorskih prijevoznika iz ugovora o prijevozu putnika i prtljage primjenjuju i instrumenti koji uređuju pitanje globalnog ograničenja odgovornosti brodovlasnika i drugih

41 To su čl. 17. i 17. bis.

42 OJ L 12, 16. I. 2001. str. 1.

43 Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 2/1997.

44 Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 11/1998.

45 Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08.

46 V. čl. 620. i 621. Pomorskog zakonika.

47 V. čl. 620. st. 1. Pomorskog zakonika.

ovlaštenih osoba. Naime, osoba protiv koje je podnesen zahtjev za naknadu štete može biti ovlaštena koristiti se i tzv. općim (globalnim) ograničenjem odgovornosti. Globalno ograničenje odgovornosti primjenjuje se u odnosu na tražbine svih putnika koji su pretrpjeli štetu u istom događaju.

Kako je Republika Hrvatska obvezna Protokolom iz 1996. godine na Konvenciju o općem ograničenju odgovornosti iz 1976.<sup>48</sup> u čl. 392. Pomorskog zakonika navodi se da je u slučaju tražbina s naslova naknade štete zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika na brodu koje su nastale iz istog događaja, granica odgovornosti brodarka iznos od 175.000 PPV-a pomnoženih brojem putnika koje je brod ovlašten prevoziti na temelju upisnog lista.

## **7. ZAKLJUČNE NAPOMENE**

U svezi s iznesenim novinama na području ugovora o prijevozu putnika i prtljage ostaje pitanje odnosa Republike Hrvatske prema navedenim izmjenama.

Autorica je mišljenja da treba zauzeti pozitivno stajalište prema svim izmjenama i dopunama odgovarajućih međunarodnih instrumenata kojim se poboljšava položaj putnika u pomorskom prijevozu.

Međutim, s obzirom na to da one još uvijek, na međunarodnoj razini, nisu naišle na šire prihvaćanje ni Republika Hrvatska ne treba žuriti s postupkom potvrđivanja Atenske konvencije iz 2002. godine.

Pored toga, kada ista stupi na snagu, posebice ako joj pristupi Europska unija i njezine članice,<sup>49</sup> Republika Hrvatska kao buduća članica Europske unije, bit će dužna obvezati se navedenom Konvencijom.

U tom slučaju trebat će provesti odgovarajući postupak potvrđivanja. Prilikom potvrđivanja treba svakako istaknuti rezerve navedene u IMO Rezervama i Smjernicama.

Kako Protokol iz 2002. godine predstavlja već treći instrument o izmjeni Atenske konvencije iz 1974. razlozi pravne sigurnosti i potrebe unifikacije materije pomorskog prijevoza putnika zahtijevaju donošenje jednog međunarodnog ugovora koje bi zamjenjivao ranije prihvaćene instrumente.

Protokol u čl. 17. st. 5. propisuje da države koje se obvezuju Protokolom iz 2002. godine moraju otkazati Atensku konvenciju iz 1974. i njezine Protokole iz 1976. i 1990. s učinkom otkazivanja od datuma kada Protokol iz 2002. za njih stupi na snagu.

S tim u svezi, prilikom potvrđivanja Protokola iz 2002. na Atensku konvenciju iz 1974. godine trebat će provesti odgovarajući postupak otkazivanja Atenske

48 Protokol iz 1996. o izmjeni Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/2005. Za Republiku Hrvatsku stupio na snagu 13. VIII. 2006.

49 Čl. 19. Protokola iz 2002. godine regulirana je mogućnost da Europska unija, kao regionalna zajednica za gospodarsku integraciju postane strankom Protokola.

konvencije kako je izmijenjena Protokolima iz 1976. i 1990. godine.

U svakom slučaju, treba voditi računa da će se navedeni sustav odgovornosti predviđen Atenskom konvencijom iz 2002., iako ne ispuni uvjete za stupanje na snagu, primjenjivati od 1. siječnja 2013. Uredbom EZ 359/2009.

Ako Republika Hrvatska do toga vremena postane članica Europske unije odredbe Uredbe primjenjivat će se izravno.

U tom pravcu, do kraja 2012. godine, prijevoznici koji obavljaju prijevoz putnika i prtljage trebaju se pripremiti na zahtjeve novog sustava odgovornosti: pooštrenu odgovornost, visoke iznose odgovornosti pa čak i neograničenu odgovornost, obvezno osiguranje odgovornosti i pribavljanje svjedodžbe o navedenom osiguranju.

Ako se traženo obvezno osiguranje odgovornosti ne zadrži u okviru P&I pokrića, trebat će naći pokriće kod nekih drugih komercijalnih osiguratelja. Navedene obveze utjecat će na ekonomsko poslovanje brodarskih poduzetnika koji obavljaju prijevoz putnika i prtljage, a vjerojatno i na cijenu pomorskog putničkog prijevoza.

## Summary

### **IS THERE A NEED FOR THE REPUBLIC OF CROATIA TO ADOPT THE 2002 ATHENS CONVENTION?**

The 2002 Athens Convention significantly alters the system of maritime carrier's liability for the death of or personal injury to a passengers in regard to the system of liability imposed by the 1974 Athens Convention and its amendments, the 1976 and 1990 Protocols.

The twotier liability system, high limits of carrier's liability, mandatory liability insurance with direct civil liability actions against the insurer, without any doubt, have been solutions that improve the position of the passenger.

Nevertheless, the aggravated conditions of carrier's liability are the main reason that even after eight years of adoption of the Convention the conditions for its entering into force have not yet been completed.

Due to this fact, the special Reservation and Guidelines for Implementation of the 2002 Athens Convention were adopted by the International Maritime Organization. The legal instrument contains appropriate reservations that state parties can enter to the 2002 Convention in the process of its ratification.

In 2009 the European Union adopted the Regulation on the Liability of Carriers of Passengers by Sea in the Event of Accidents. The Regulation implements the 2002 Athens Convention in European legal system. Regardless of the adoption of 2002 Convention by the Union and their state parties, the Regulation is coming into force no later than 31<sup>st</sup> December, 2012.

Having this in mind, the author in the article puts a strong emphasis on the issue of relationship between the Republic of Croatia and 2002 Athens Convention. The author pays a special consideration to all legal and economic consequences, which could be caused by its implementation.

***Key words:** carrier, carrier who actually performs the carriage, liability, limits of liability, mandatory insurance.*

## Zusammenfassung

### **SOLLTE DAS ATHENER ÜBEREINKOMMEN AUS DEM JAHRE 2002 VON DER REPUBLIK KROATIEN RATIFIZIERT WERDEN?**

Das Athener Übereinkommen aus dem Jahre 2002 ändert im Wesentlichen das System der Haftung von Seebeförderern für Tod und Körperverletzung der Reisenden im Vergleich zum Athener Übereinkommen aus dem Jahre 1974 - geändert durch Protokolle aus 1976 und 1990. Zweiinstanzliches Haftungssystem; hohe Grenzen

der Befördererhaftung; Haftpflichtversicherung und die Möglichkeit direkter Geltendmachung des Anspruchs gegenüber Versicherer bringen zur günstigeren Position der Reisenden bei. Als Folge strengerer Bedingungen der Befördererhaftung hat die Konvention allerdings auch acht Jahre nach ihrer Erlassung (2002) immer noch nicht die Voraussetzungen für das Inkrafttreten erfüllt. Aus diesem Grunde sind im Jahre 2006 im Rahmen der Internationalen Seeorganisation besondere Vorbehalte und Leitlinien für die Anwendung des Athener Übereinkommens aus 2002 eingeführt worden. Diese beinhalten die erforderlichen Vorbehalte, welche die Mitgliedstaaten bei der Konventionsgenehmigung (2002) geltend machen können. Europäische Union hat darüber hinaus 2009 die Verordnung über die Befördererhaftung für Reisenden bei Unfällen erlassen. Diese Verordnung umsetzt das Athener Übereinkommen aus 2002 in das europäische Rechtssystem. Am 31. Dezember 2012 wird sie ungeachtet dessen, ob das Athener Übereinkommen aus 2002 von der Union und deren Mitgliedstaaten ratifiziert wird oder nicht, in Kraft treten. In Anbetracht dessen wird die Frage des Verhältnisses von Republik Kroatien gegenüber dem Athener Übereinkommen aus 2002 hervorgehoben. Alle rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Übereinkommensanwendung werden dabei in Betracht gezogen.

*Schlüsselwörter: Beförderer, echter Beförderer, Haftung, Haftungsbeschränkung, Haftpflichtversicherung.*

## Riassunto

### **E' NECESSARIO CHE LA REPUBBLICA DI CROAZIA RATIFICHI LA CONVENZIONE DI ATENE DEL 2002?**

La Convenzione di Atene del 2002 modifica il sistema di responsabilità del trasportatore marittimo in caso di morte e lesioni fisiche del passeggero in misura consistente rispetto al sistema di responsabilità previsto dalla Convenzione di Atene del 1974, come modificata dai Protocolli del 1976 e del 1990.

Il doppio grado di responsabilità, gli elevati confini della responsabilità del trasportatore, l'assicurazione obbligatoria da responsabilità unitamente all'azione diretta nei confronti dell'assicuratore senza dubbio rappresentano soluzioni che migliorano la posizione del passeggero.

Peraltro, proprio l'indurimento delle condizioni della responsabilità da trasporto è la ragione principale per la quale nemmeno dopo otto anni la Convenzione del 2002 non soddisfa le condizioni necessarie per l'entrata in vigore.

Per queste ragioni in seno all'Organizzazione marittima internazionale nel 2006 sono state emanate specifiche Riserve e Direttive ai fini dell'applicazione della Convenzione di Atene del 2002.

L'Unione europea nel 2009 ha emanato il Regolamento sulla responsabilità del trasportatore marittimo nei confronti del passeggero in caso di sinistro. Il Regolamento implementa la Convenzione di Atene del 2002 nel sistema giuridico europeo. **Indipendentemente dalla ratifica della Convenzione di Atene del 2002 da parte dell'Unione e degli stati membri**, il Regolamento entrerà in vigore negli stati membri al più tardi entro il 31 dicembre 2012.

Alla luce di tali considerazioni, nel contributo si esamina in particolare la questione del rapporto tra la Repubblica di Croazia e la Convenzione di Atene del 2002, valutando tutte le conseguenze giuridiche ed economiche che potrebbero derivare dalla sua applicazione.

***Parole chiave:*** *trasportatore, trasportatore reale, responsabilità, limitazione della responsabilità, assicurazione obbligatoria.*

## POSTUPANJE VIŠEGA SUDA O ŽALBI PROTIV PRVOSTUPANJSKE PRESUDE

Dr. sc. Tadija Bubalović, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.957  
Ur.: 17. lipnja 2010  
Pr.: 9. studenoga 2010.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Autor u radu daje prikaz postupanja višeg suda (drugostupanjskoga suda, žalbenoga suda, suda drugog stupnja, instancijskog suda - iudex ad quem) u postupku o žalbi protiv prvostupanjske presude. Nakon uvodnih općih napomena o pojmu kaznenog suda, pravnih lijekova i drugostupanjskog postupka, posebno ukazuje na pravo pristupa višem sudu koje proizlazi iz cjelokupnog značenja odredbe članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Zatim ukazuje na bitnu postavku da opseg, sadržaj i tijek drugostupanjskog postupka određuje sama žalba te da je bitno obilježje toga postupka dominantna uloga suda, a ne stranaka kao u prvostupanjskom postupku. Prikaz postupanja višeg suda dan je u pojedinim stadijima. Postupak pred višim sudom, u kojem se meritorno raspravlja i odlučuje o podnesenoj žalbi, odvija se u sjednici vijeća koja može biti javna ili nejavna. U izvedbenom smislu dijeli se na postupanje: prije sjednice vijeća, tijekom sjednice vijeća i nakon sjednice vijeća. Na kraju rada autor ističe da je glavna zadaća višeg suda zakonito i pravično provesti drugostupanjski postupak i pravilno odlučiti o osnovanosti ili neosnovanosti podnesene žalbe, na koji način taj sud postaje korektiv rada i rezultata rada nižih kaznenih sudova i time bitno pridonosi ostvarenju bitnoga ustavnog načela vladavine prava u društvu.*

**Ključne riječi:** *kazneni sud, pravni lijekovi, žalba, viši sud, drugostupanjski postupak.*

## 1. UVOD

Problematika pravnih lijekova u kaznenom postupku<sup>1</sup> složeno je pravno područje u teoriji kaznenog postupovnog prava.<sup>2</sup> Brojni su razlozi za takvu tvrdnju. Prije svega, pravo na pravni lijek, npr. okrivljenikovo pravo na žalbu u kaznenom postupku,<sup>3</sup> istodobno je njegovo ustavno, zakonsko, ali i temeljno ljudsko pravo.<sup>4</sup> Naime, legitimno je pravo okrivljenika zahtijevati preispitivanje nepravilne ili nezakonite sudske odluke kojom se ugrožavaju ili povrjeđuju njegova osnovna prava i slobode te s tim u vezi tražiti uklanjanje onih štetnih djelovanja iz te presude koji na bilo koji način pogoršavaju njegov pravni položaj. To zakonsko pravo okrivljenik ostvaruje podnošenjem odgovarajućega pravnog lijeka o kojemu u drugostupajnskom postupku odlučuje viši sud.<sup>5</sup> Postupanje višeg suda o pravnom lijeku protiv prvostupajnske presude, u okviru kojega se najčešće govori o njegovom ustrojstvu i nadležnostima te posebice o tijeku postupka, odnosno načinu postupanja tog suda, tematski je i sadržajni predmet ovog rada.

Razlog za odabir ove teme je taj što glede brojnih pitanja u ovom području postoje znatne dvojbe i u teoriji i u praksi. Kaznenopravna teorija, iako nepotpuno ukazuje na različito pojmovno i sadržajno određenje pravnih lijekova te na različito uređenje i postupanje viših sudova u postupku o pravnim lijekovima. I s aspekta zakonskih pravila koja uređuju ovo područje, može se govoriti o normativnopravno još uvijek nepotpuno uređenom postupku.<sup>6</sup>

- 1 O toj tematici opširnije vidjeti: *Bayer, V.*, Problematika pravnih lijekova protiv prvostupajnskih kaznenih presuda u kontekstu suvremene reforme kaznenog procesnog prava, Zagreb, Rad JAZU, Razred za društvene znanosti, Knjiga XXI., 1982. (u nastavku: *Bayer, V.*, Problematika (1982.).
- 2 Usp. *Kobe, P.*, Razgraničenje činjeničnih i pravnih pitanja i njegovo značenje za uređenje redovnih pravnih lijekova u kaznenom procesnom pravu, Zbornik PF Zagreb, broj 1-2, 1984., str. 37.
- 3 O tom pravu vidjeti: *Bubalović, T.*, Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Sarajevo, Bemust, 2006., str. 86. i sl. (u nastavku: *Bubalović, T.*, Pravo na žalbu (2006.).
- 4 Čl. 18. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, čl. 463 - 496. Zakona o kaznenom postupku, čl. 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP), čl. 2. st. 1. Protokola 7 uz EKLJP, čl. 14. st. 5. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP), čl. 8. Opće deklaracije o pravima čovjeka. O pravima i slobodama zajamčenih EKLJP opširnije vidjeti: *Pavišić, B.*, Kazneno pravo Vijeća Europe – izvori, komentari, praksa, Zagreb, Golden marketing - Tehnička knjiga, 2006., str. 47-132. (u nastavku: *Pavišić, B.*, KPVE (2006.), *Krapac, D.*, Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka, Zbornik PF Zagreb, br. 5-6 (Supplement), 1989. (u nastavku: *Krapac, D.*, Osnovna prava čovjeka i građanina (1989.).
- 5 Iako Zakon o kaznenom postupku u poglavlju o pravnim lijekovima ne koristi izraz *viši sud* nego *drugostupajnski sud*, za potrebe ovog rada koristit će se izraz *viši sud* pod kojim treba se smatrati sud koji raspravlja i odlučuje o žalbi protiv prvostupajnske presude. Sam Ustav RH-a u odredbi članka 118. također koristi taj izraz određujući Vrhovni sud Republike Hrvatske kao „najviši sud“.
- 6 Različitost uređenja sustava kaznenopostupovnih pravnih lijekova moguće je prepoznati primjerice u njemačkom (*priziv i revizija*), talijanskom (*priziv, kasacija i revizija*), francuskom (*l appel i kasacijska žalba - le pourvoi en cassation*), ali i drugim zakonodavstvima. O tome



Sudska praksa također ukazuje na različito tumačenje i primjenu pravnih lijekova te nejednako postupanje instancijskih sudova u kaznenom pravosuđu. Sve to upućuje na potrebu sustavnijeg i produbljenijeg izučavanja kaznenopostupovnih pravnih lijekova, ali i ustrojstva i nadležnosti viših sudova i postupka u kojem odlučuju o pravnim lijekovima.

## 2. POJAM DRUGOSTUPANJSKOG KAZNENOG POSTUPKA

Kazneno postupovno pravo poznaje više oblika kaznenog postupka: a) redoviti kazneni postupak, b) skraćeni kazneni postupak, c) kazneni postupak za lakša kaznena djela (izdavanje kaznenog naloga), d) kazneni postupak prema fizičkim osobama, e) kazneni postupak prema pravnim osobama, f) kazneni postupak prema punoljetnim osobama, g) kazneni postupak prema maloljetnim osobama te h) više posebnih kaznenih postupaka. Pokretanje i započinjanje svakoga od tih postupaka temelji se na više značajnih postupovnih načela.<sup>7</sup> Redoviti kazneni postupak koji se provodi protiv punoljetnih osoba i, u pravilu, za teža kaznena djela u konstruktivnom pogledu sastoji se od tri glavna stadija: (1) prethodnog postupka, (2) stadija rasprave i (3) postupka o pravnim lijekovima. U svakom od ovih stadija i podstadija, koje zakon posebno normira, pojavljuju se određeni subjekti, poduzimaju različite postupovne radnje i donose odgovarajuće odluke, ovisno o cilju kojeg treba ostvariti u svakom od ovih stadija. Treba istaknuti da su svi navedeni oblici kaznenog postupka – sudski postupci.<sup>8</sup>

Najznačajnija podjela kaznenog postupka je podjela na: 1) prvostupanjski kazneni postupak i 2) drugostupanjski kazneni postupak. U prvostupanjskom postupku se odlučuje o osnovanosti optužbe, a u drugostupanjskom postupku o osnovanosti žalbe podnesene protiv kaznene presude. Ova se dva postupka razlikuju i u brojnim drugim pojedinostima.

---

vidjeti: R. Schlothauer – H. J. Weider, *Revision und Berufung*, C.F. Müller, 2000., *Sfrappini, P.*, u: *Talijanski kazneni postupak*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci - Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice (redaktor: Pavišić, B.), Rijeka, Žagar, 2002., str. 189-192. Ove su razlike vidljive i u pojedinim međunarodnim dokumentima, npr. između MPGPP i EKLJP koja u svojem članku 13. ne govori o pravu na žalbu protiv kaznenih presuda, već je to učinila tek u članku 2. Protokola 7 uz EKLJP. I u judikatima ESLJP-a zauzimana su ne uvijek istoznačna stajališta o sadržaju i primjenljivosti pravnih lijekova protiv osude i kazne.

7 Vidjeti: Krapac, D., *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, III. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 67. i slj. (u nastavku: Krapac, D., KPP (2007.).

8 Krapac, D., *Političko i organizacijsko lice pravosuđa: nova teorija o strukturalnim elementima sudskih postupaka*, Zbornik PFZ 38/1988. (6): 865-890. O sudbenom postupku u vrijeme Ugarskog Kraljevstva v. *Kitonić Kostajnički, I.*, *Metodična uputa u sudbeni postupak po običajnom pravu slavnog Ugarskog Kraljevstva* (prijevod N. Jovanovića, II. izdanja 1634. u Beču), ur. D. Krapac, Pravni fakultet u Zagrebu, 2004., str. 299-355.

## 2.1. Pojam drugostupanjskog postupka

Kazneni postupak se okončava, u pravilu, donošenjem presude kojom je odlučeno o kaznenopravnom zahtjevu ovlaštenog tužitelja. Ta presuda mora biti utemeljena na pravilnom i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju te pravilnoj primjeni materijalnog i postupovnog kaznenog prava. Jedino takva sudska odluka, kada postane pravomoćna, legitimno može proizvesti sve daljnje kaznenopravne posljedice.<sup>9</sup> Međutim, i pored zakonskih pravila i zakonske obveze suda da donese pravilnu i zakonitu odluku, u praksi se često donose i pogrešne odluke kojima se povrjeđuju temeljna prava i slobode građanina, ali i interesi društva u cjelini. Kako bi se spriječilo da takve odluke postanu pravomoćne i proizvedu negativne štetne posljedice, kazneno postupovno pravo poznaje posebna *pravna sredstva* i *poseban postupak* u kojem ovlašteni subjekti mogu pobijati nepravilnu sudsku odluku i tražiti njezino preispitivanje. To se pravo ostvaruje pred višim sudom u drugostupanjskom kaznenom postupku.<sup>10</sup>

Drugostupanjski kazneni postupak je postupak o pravnim lijekovima. Kazneni postupak prolazi kroz stadij pravnih lijekova samo ako je podnesen pravni lijek. Hoće li on biti podnesen, ovisi o volji stranaka i drugih zakonskih ovlaštenika tog prava. Pravilnost i zakonitost sudskih odluka ne ispituje se na vlastiti poticaj (*ne procedat iudex ex officio*), već samo na inicijativu i zahtjev ovlaštenika tog prava. Načelno, nije potrebno razmatranje po službenoj dužnosti odluke donesene u kaznenom postupku. Postupak o pravnim lijekovima je, dakle, fakultativan, a ne obligatoran jer uporabom pravnog lijeka njegovi ovlaštenici slobodno raspolažu i od njihove volje ovisi hoće li doći do nastavka kaznenog postupka.<sup>11</sup> S tim u vezi treba istaknuti da za svaku kaznenu presudu vrijedi zakonska presumpcija da je ona pravilna i zakonita. Ako koja od postupovnih stranaka stekne drukčije uvjerenje, može se usprotiviti toj presumpciji tako što će podnijeti odgovorajući pravni lijek.

Premda stadij pravnih lijekova pripada središnjoj cjelini glavnog stadija postupka i s njime čini jedinstven postupak, često se uzima kao *samostalan* postupovni stadij. Samostalnost se odnosi na drugi (viši) sud koji vodi taj postupak, posebne postupovne pretpostavke za vođenje tog postupka, posebna postupovna pravila te drukčiji sadržaj odlučivanja i odluka koje se donose u tom postupku. *Grubiša* smatra da je „drugostupanjski postupak samo formalno nov postupak, a u biti je onaj isti što se vodio u prvom stupnju, njegov je nastavak s kojim čini organsku cjelinu i završava tek pravomoćnošću presude.“<sup>12</sup>

9 Usp. *Dežman, Z.- Erbežnik, A.*, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, Ljubljana, 2003., str. 867. (u nastavku: *Dežman, Z. - Erbežnik, A.*, Kazensko procesno pravo (2003.).

10 O tome: *Pavišić, B.*, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Rijeka, Žagar, 2005., str. 441 (u nastavku: *Pavišić, B.*, Komentar (2005.).

11 Usp. *Pavišić, B.*, Komentar (2005.), str. 441.

12 *Grubiša, M.*, Činjenično stanje u krivičnom postupku, Zagreb, 1980., str. 110. (u nastavku: *Grubiša, M.*, ČS (1980.).

Postupak pred višim sudom isti je postupovni odnos utemeljen pred sudom prvog stupnja. Prema stajalištu ESLJP-a izraženom u predmetu *Delcourt v. Belgium*,<sup>13</sup> žalbeni postupak je *produžetak* jedinstvenog kaznenog postupka. Drugostupanjski postupak nije, dakle, zasebni, odvojeni postupak već nastavak glavnog kaznenog postupka koji završava donošenjem konačne odluke o predmetnoj kaznenoj stvari. I predmet postupka u stadiju pravnih lijekova isti je kao u prvostupanjskom postupku, s tim što se u ovom postupku raspravlja o žalbi, a ne o optužbi.

## 2.2. Pojam drugostupanjskog suda

Sudovi su tijela državne vlasti koja sudbenu vlast obavljaju samostalno i neovisno u okviru djelokruga i nadležnosti određene zakonom. Kazneni sud obavlja sudbenu vlast postupajući u kaznenoj stvari. Kaznenu sudbenu vlast obavljaju općinski sudovi, županijski sudovi i Vrhovni sud Republike Hrvatske.<sup>14</sup> Postupak pred kaznenim sudom, osim na zakonskim načelima, utemeljen je i na međunarodnim propisima i standardima.<sup>15</sup> Za kazneni sud je bitno da: o optužbi za kazneno djelo raspravlja samo zakonom određeni sud u zakonom propisanom postupku, samo sud može proglasiti osobu krivom za kazneno djelo i izreći zakonom propisanu kaznenopravnu sankciju, sud kao tijelo sudbene vlasti mora biti neovisan i u konkretnom predmetu nepristran (članak 6. stavak 1. EKLJP i članak 29. Ustava RH).<sup>16</sup> Ovi uvjeti čine jedan sud zakonitim (prirodnim) sudom.<sup>17</sup> Kada je riječ o građanima, treba istaknuti da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.

Kazneni sud koji ispituje odluku, koja se pobija pravnim lijekom označava se kao *drugostupanjski sud*, žalbeni sud, sud drugog stupnja, viši sud, instancijski sud (*iudex ad quem*), premda se svi ti pojmovi ne mogu uvijek istoznačno koristiti u postupku o pravnim lijekovima. Kao viši, drugostupanjski sudovi postupaju županijski sudovi i Vrhovni sud Republike Hrvatske.<sup>18</sup> Županijski sud, kao

13 Odluka ECHR 1979-80, 335, prema: *P. van Dijk – G.J.H. van Hoof*, Teorija i praksa EKLJP, str. 396.

14 Prema članku 19. Zakona o kaznenom postupku, stvarna nadležnost i sastav suda u kaznenim predmetima uređena je u više posebnih zakona: članci 13. i 24. Zakona o sudovima (NN, 105/05, 16/07.), članci 34.-42. Zakona o sudovima za mladež, članci 12. i 13. Zakona o primjeni Statuta Međunarodnog kaznenog suda i progonu za kaznena djela protiv međunarodnog humanitarnog prava, članak 41. Zakona o izvršenju kazne zatvora, članci 23.-28. Zakona o Uskoku. O sastavu i nadležnostima pojedinih kaznenih sudova vidjeti: *Krapac, D.*, KPP (2007.), str. 149-163.

15 Vidjeti: *Josipović, I. - Krapac, D. - Noveselec, P.*, Stalni Međunarodni kazneni sud, Zagreb, Narodne novine, 2001., str. 77-90.

16 O pravu na neovisan i nepristran sud (*independent and impartial tribunal*) ESLJP se izjasnio u predmetu *Campbell and Fell v. United Kingdom*.

17 O tome posebice: *Pavišić, B.*, Kazneno postupovno pravo, III. izd., Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2010., str. 88. (u nastavku: *Pavišić, B.*, KPP (2010.).

18 Unutarnje ustrojstvo Vrhovnog suda Republike Hrvatske uređeno je Zakonom o sudovima

drugostupanjski kazneni sud, odlučuje o redovitim pravnim lijekovima protiv odluka općinskih sudova kao prvostupanjskih sudova.<sup>19</sup> Vrhovni sud Republike Hrvatske u drugom stupnju odlučuje o redovitim pravnim lijekovima protiv odluka županijskih kao prvostupanjskih sudova, a u trećem stupnju o žalbama protiv odluka sudova drugog stupnja.

Kada je riječ o ustrojstvu viših sudova i njihovom postupanju, treba ukazati na apelacijsko i kasacijsko uređenje tih sudova. Apelacijsko uređenje označuje takvo uređenje postupka o pravnom lijeku (prizivu ili apelu) u kojem prizivni sud odlučuje i o činjenicama i o pravnim pitanjima (prizivno suđenje). Prizivni sud je ovlašten i na ukidanje odluke nižeg suda i na donošenje vlastite odluke o predmetu postupka kojom nadomješta odluku nižega suda. On ponovno sudi u predmetnoj kaznenoj stvari. Kasacija ili poništenje je način odlučivanja o pravnom lijeku (npr. o kasacijskoj žalbi), ograničen na ispitivanje pogrešaka u primjeni prava, ali ne i činjeničnih pogrešaka. Kasacijske se ovlasti sastoje u ispitivanju samo pravne osnovice pobijane presude, s mogućnošću samo ukidanja presude, ali ne i donošenja nove presude, ili odbijanja pravnog lijeka.<sup>20</sup>

Općenito je prihvaćeno stajalište da drugostupanjski kazneni sud ima bolje i veće mogućnosti od nižeg suda ispitati osnovanost tvrdnji istaknutih u pravnom lijeku.<sup>21</sup> Nužno je istaknuti da je opravdanje preispitivanja pobijane odluke sadržano i u *izvjesnosti* donošenja pravilnije odluke u postupku pravnog lijeka, koja se ogleda u više bitnih činjenica: izjavom pravnog lijeka kazneni se predmet iznosi pred višu instanciju u kojoj su suci s većim znanjem i iskustvom i boljim objektivnim uvjetima rada, pravilnost donesene odluke podvrgava se ocjeni dvaju različitih foruma, drugostupanjski sud je kvalitativno bolji, drugi suci ponovno ispituju istu stvar, što znači da se odluka formira kroz više ispitivanja raznih osoba te što postoji mogućnost iznošenja novih činjenica i novih dokaza.<sup>22</sup>

### 3. POJAM PRAVNIH LIJEKOVA

Temeljna pretpostavka za započinjanje postupka pred višim sudom je postojanje donesene i proglašene sudske presude te podnesenoga pravnoga lijeka

---

(članci 51.-60.), Poslovníkom o radu Vrhovnog suda, Sudskim poslovnikom i Poslovníkom o radu sudačkih vijeća.

19 Županijski sudovi, uz ostalo, obavljaju i poslove međunarodne kaznenopravne pomoći. O pravnim osnovama međunarodne pomoći u kaznenim stvarima opširnije vidjeti: *Krapac, D.*, Međunarodna kaznenopravna pomoć, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 3-163. O praktičnim aspektima postupanja pojedinih sudova u okviru njihove stvarne i mjesne nadležnosti v. *Durđević, Z. – Gluščić, S.*, Kazneno procesno pravo – Primjerovnik, Narodne novine, II. izd., Zagreb, 2007., str. 16. i slj.

20 Usp. *Pavišić, B.*, KPP (2010.), str. 376.

21 Usp. *Vasiljević, T.*, Sistem krivičnog procesnog prava, Beograd, 1981., str. 556. (u nastavku: *Vasiljević, T.*, Sistem (1981.), *Pavišić, B.*, KPP (2010.), str. 374.

22 Usp. *Vasiljević, T.*, Sistem (1981.), str. 556.

protiv te presude. Zbog toga će u ovom radu uvodno biti riječi i o pojmu pravnih lijekova u kaznenom postupku.

### 3.1. *Pojam, cilj i opravdanje pravnih lijekova*

Pravni lijekovi (*legal remedies, Rechtsmittel, mezzi impugnativi*)<sup>23</sup> u teoriji kaznenog postupovnog prava različito se definiraju. Pojedini ih autori određuju kao *pravna sredstva* čiji je cilj uklanjanje pogrešnih sudskih odluka.<sup>24</sup> Drugi, pravne lijekove smatraju *načinom kontrole* sudskih odluka.<sup>25</sup> Treći ih vide kao *postupovne radnje* ovlaštenih subjekata u kaznenom postupku kojima pobijaju nepravilnu i nezakonitu sudsku odluku.<sup>26</sup> Ako se ima na umu pravna priroda ovog instituta, odluke protiv kojih se podnosi te cilj i svrha koji se žele njihovom uporabom postići, pod pravnim lijekovima treba podrazumjeti *zakonom uređene postupovne radnje* stranaka i drugih ovlaštenih subjekata u kaznenom postupku koje pobijaju nepravilnu i nezakonitu sudsku odluku. Istodobno zahtijeva da viša sudska instancija svojom odlukom ispravi postojeće nepravilnosti i nezakonitosti tako što će pobijanu odluku preinačiti ili ukinuti.<sup>27</sup> Pravne lijekove treba razlikovati od *pravnih sredstava*. Pravna sredstva su ona sredstva sudionika kaznenog postupka kojima pokušavaju dovesti do izmjene neke, za njih nepovoljne i štetne, postupovnopravne situacije do koje je došlo nezakonitim radnjama samoga suda, drugih tijela ili nekoga od sudionika kaznenog postupka.<sup>28</sup> Pravnim se sredstvima pobijaju radnje i postupci ili propuštanje poduzimanja određenih radnji i postupaka, a pravnim se lijekovima pobija sudska odluka donesena u kaznenom postupku.

Osnovni *cilj* redovitih pravnih lijekova je ispravak nepravilne ili nezakonite sudske odluke. Pravnim se lijekovima, kao posebnim pravnim sredstvima, ispravljaju

- 
- 23 Pravni lijekovi u pravom smislu riječi javljaju se kao posebno izgrađena pravna ustanova tek u suvremenim zakonodavstvima. Međutim, sama ideja o pravnom lijeku kao sredstvu ukidanja ili preinačenja sudskih odluka javila se još u *rimsko doba*. Prvi pojavni oblik takvoga pravnog sredstva bila je *provocatio ad populum*, iako to nije bio pravni lijek u pravom smislu riječi. Razdoblje rimskog carskog doba donosi *prvo* pojavljivanje ustanove pravnog lijeka u pravom smislu riječi - priziva (*appellatio*). Opširnije vidjeti: *Mommsen, Th.*, Romisches Strafrecht, 1899., str. 462. i sl.
- 24 *Platzgummer, W.*, Grundzüge des österreichisches Strafverfahrens, 8. Aufl., Wien, 1997., str. 182.; *Dimitrijević, D.*, Krivično procesno pravo, 8. izd., Beograd, 1982., str. 166.
- 25 *Simić - Jekić, Z.*, Pojam i funkcija pravnih lijekova i njihovo mjesto u sistemu krivičnog procesnog prava, Anali Pravnog fakulteta Beograd, br. 1-4, 1983., str. 610.
- 26 *Usp. Ljubanović, V.*, Kazneno procesno pravo, Osijek, 2002., str. 301-354.; *Tomašević, G.*, Kazneno procesno pravo, Split, 1998., str. 218-258.; *Vasiljević, T.*, Sistem (1981.), str. 554.; *Grubač, M.*, Krivično procesno pravo, 4. izd., Beograd, 2006., str. 499-505. (u nastavku: *Grubač, M.*, KPP (2006.).
- 27 Tako: *Bubalović, T.*, Pravo na žalbu (2006.), str. 12. Slične definicije daju i: *Pavišić, B.*, Komentar (2005.), str. 439.; *Grubač, M.*, KPP (2006.), str. 429.; *Bayer, V.*, Problematika (1982.), str. 77.; *Platzgummer, W.*, Grundzüge des österreichisches Strafverfahrens, 8. Aufl., Wien, 1997., str. 182.
- 28 *Zlatarić, B. - Damaška, M.*, Rječnik krivičnog prava i postupka, Zagreb, 1966., str. 245. (u nastavku: *Zlatarić, B. - Damaška, M.*, Rječnik (1966.).

pogrešne odluke koje mogu biti postupvnoopravno, materijalnoopravno ili činjenično nepravilne i nezakonite. Uporabom pravnih lijekova protiv pogrešnih sudskih odluka dosljedno se ostvaruje načelo zakonitosti i pravičnosti u kaznenom postupku, a time i vrhovni postulat pravilnosti i legitimnosti sudske odluke. Pravnim se lijekovima može utjecati na ujednačavanje kaznene politike, ali i na ujednačavanje ukupne sudske prakse, što pridonosi stabilizaciji pravnog poretka i njegovoj sigurnosti.

Temeljno *opravdanje* uporabe redovitih pravnih lijekova sastoji se u davanju mogućnosti strankama i drugim ovlaštenim osobama tražiti ispravak pogrešne sudske odluke. Uporabom pravnih lijekova zaštićuju se temeljna prava i slobode čovjeka i građanina, ali i najviše društvene vrijednosti. Zbog toga je pravo na pravni lijek *temeljno pravo* čovjeka i građanina<sup>29</sup> zajamčeno u više međunarodnih dokumenata, prvenstveno u članku 8. Opće deklaracije o pravima čovjeka (1948.),<sup>30</sup> članku 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.),<sup>31</sup> članku 2. Protokola 7 uz Konvenciju te članku 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966.).<sup>32</sup> Sukladno navedenim međunarodnim dokumentima, pravni poredak Republike Hrvatske također jamči pravo na pravni lijek. Ustav RH sadrži izričitu odredbu u članku 18. stavku 1. prema kojoj svaki građanin ima pravo na žalbu protiv pravnih akata donesenih u postupku prvoga stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom.<sup>33</sup> Ovo ustavno pravo sustavno su razradili postupovni zakoni za pojedine grane prava. Tako Zakon o kaznenom postupku poznaje ustanovu pravnih lijekova i cjelovito je razrađuje u zasebnom poglavlju.<sup>34</sup>

### 3.2. Vrste pravnih lijekova

U teoriji kaznenog postupovnog prava ne postoji suglasnost o vrsti i broju pravnih lijekova, kao ni o broju instancija koje odlučuju o pravnim lijekovima. Svaka država svojim zakonodavstvom određuje svoj sustav pravnih lijekova, ovisno o pravnom sustavu u cjelini i svojim stvarnim potrebama. Najznačajnija je podjela na: *redovite (remedium ordinarium)* i *izvanredne (remedium extraordinarium)* pravne lijekove. Osim ove podjele, oni se dijele i na: potpune i nepotpune, suspenzivne i nesuspensivne, devolutivne i nedevelopativne, cirkularne i remonstrativne, restriktivne

29 Krapac, D., Osnovna prava čovjeka i građanina (1989.), str. 838.; Pavišić, B., KPVE (2006.), str. 47-132.

30 Opću deklaraciju o pravima čovjeka prihvatila je i proglasila Opća skupština UN-a Rezolucijom 219 A (III), 10. prosinca 1948.

31 EKLJP usvojilo je Vijeće Europe 4. studenoga 1950. u Rimu, a stupila je na snagu 3. rujna 1953. O toj Konvenciji opširnije vidjeti: Pavišić, B., KPVE (2006.), str. 29.-132.

32 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i uz njega Fakultativni protokol usvojila je Opća skupština UN-a 16. prosinca 1966.

33 Ustav Republike Hrvatske, članak 18. stavak 1. i neki drugi članci Ustava također impliciraju zaštitu tog prava, primjerice čl. 19. st. 2., 24., 25. i 34.

34 Zakon o kaznenom postupku, redoviti pravni lijekovi: članci 463.-496., izvanredni pravni lijekovi: članci 497.-519. Ovaj će se Zakon u nastavku citirati prema: Pavišić, B., Zakon o kaznenom postupku, II. izd., Zadar, Naklada, 2009. (u nastavku: Pavišić, B., ZKP (2009.).

i nerestriktivne, izravne i involvirane te pismene i usmene pravne lijekove.<sup>35</sup>

Zakon o kaznenom postupku, u glavi XXIII. u člancima 463.-496. propisuje redovite pravne lijekove, a u glavi XXIV u člancima 497.-519. izvanredne pravne lijekove. Redoviti pravni lijek je: žalba (čl. 463.-496.), koja se može podnijeti protiv: (a) presude prvostupanjskog suda (čl. 463.-489.), (b) presude drugostupanjskog suda (čl. 490.) i (c) rješenja (čl. 491.-496.). Izvanredni pravni lijekovi su: (1) obnova kaznenog postupka (čl. 497.-508.), (2) zahtjev za zaštitu zakonitosti (čl. 509.-514.), i (3) zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude (čl. 515.-519.). Posebna je vrsta pravnog lijeka prigovor protiv prvostupanjske presude o izricanju kaznenoga naloga (čl. 468.-469.). Zakon je propisao i posebna izvanredna pravna sredstva: reviziju i druge izvanredne pravne lijekove protiv odluka sudova bivše SFRJ (čl. 509.-518.).

Zakon je najpotpunije uredio žalbu protiv presude prvostupanjskog suda. Zakonska pravila uređuju: a) pravo na podnošenje žalbe (članci 463.-465.), b) sadržaj žalbe (članak 466.), c) osnove zbog kojih se presuda može pobijati (članci 467-471.), d) postupak o žalbi (članci 472.-475.), e) granice ispitivanja prvostupanjske presude (članci 476.-479.) i f) odluke drugostupanjskog suda o žalbi (članci 480-489.). U okviru navedenih zakonskih pravila, nedovoljno je uređen postupak višega suda o žalbi kao najvažnijem pravnom lijeku. Zakon u svega četiri članka sadrži pravila postupanja toga suda kada raspravlja i odlučuje o žalbi protiv presude suda prvog stupnja. Kako ni u teoriji kaznenog postupovnog prava žalbeni postupak nije češće i sustavnije razmatran,<sup>36</sup> to će se u ovom radu pokušati potpunije odrediti postupanje višeg suda o žalbi protiv prvostupanjske presude.

#### **4. POSTUPANJE VIŠEG SUDA O ŽALBI PROTIV PRVOSTUPANJSKE PRESUDE**

Drugostupanjski (žalbeni) postupak odvija se pred višim, u pravilu drugim sudom. Prvi dio toga postupka ipak započinje pred sudom prvog stupnja koji obavlja neke tehničke radnje i ispituje formalnu ispravnost žalbe prije njezina slanja višim sudom. U okviru ovih zakonskih pravila su i neka pravila o ponovnom postupku pred prvostupanjskim sudom nakon ukidanja pobijane presude. Prije prikaza postupka pred višim sudom u kojem se meritorno raspravlja i odlučuje o žalbi protiv prvostupanjske presude, treba ukazati na pravo pristupa višem sudu, odnosno pravo na instancijsko suđenje u kaznenim stvarima.

35 O vrstama pravnih lijekova u kaznenom postupku vidjeti: *Bubalović, T.*, Pravo na žalbu (2006.), str. 23-25.

36 Iznimno vrijedan rad u tom području je monografija *Mladena Grubiše*, Krivični postupak – Postupak o pravnim lijekovima, Informator, Zagreb, 1987.

#### 4.1. Pravo pristupa višem sudu

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP) u članku 6., a ni u drugim člancima izrijeком ne predviđa pravo pristupa sudu (*the right of acces to the court*), pa tako ni višem sudu. To pravo, međutim, nedvojbeno proizlazi iz cjelokupnog značenja te konvencijske odredbe.<sup>37</sup> Naime, svatko ima pravo na postupak kojeg je on pokrenuo ili koji je pokrenut protiv njega, kao i pravo da taj postupak bude proveden na pravičan način, u razumnom roku i od zakonitoga sudskoga tijela. Država članica u čijem pravnom sustavu postoje više sudske instance dužna je svojim građanima osigurati, ne samo pravo nesmetanog pristupa, već i djelotvornu zaštitu svih prava iz članka 6. EKLJP-a pred tim sudovima. Takvo je stajalište ESLJP zauzeo u predmetima *Delcourt v. Belgium, Monnell and Morris v. the United Kingdom* i nekim drugima. ESLJP tumači da se prava iz članka 6. EKLJP trebaju jamčiti i u stadiju poslije suđenja u prvom stupnju. Riječ je o djelotvornom pravu na pristup sudu (*Hornsby v. Grece*). U svakom demokratskom društvu pravo na pravični postupak zauzima istaknuto mjesto pa restriktivno tumačenje odredbe članka 6., koje se ne bi protezalo i na *žalbeni postupak*, ne bi odgovaralo cilju i svrsi te odredbe (*Ashingdane v. the United Kingdom*). Prema stajalištu ESLJP-a izraženom u već spomenutom predmetu *Delcourt v. Belgium*,<sup>38</sup> žalbeni postupak je produžetak jedinstvenog kaznenog postupka koji ne završava sve do pravomoćnog presuđenja kaznene stvari. Naime, u kaznenim predmetima optužena osoba "ne nestaje sa scene" u slučaju podnošenja žalbe protiv presude suda prvog stupnja. Ona je itekako zainteresirana za ishod i toga postupka budući da se presuda drugostupanjskog suda može na različite načine bitno odraziti na njezin pravni položaj. Treba također istaknuti da pravo pristupa sudu, posebice višem sudu, nije apsolutno pravo građanina, što znači da ga država može i ograničiti. Takvo je stajalište ESLJP izrazio u svojim odlukama u predmetima *Fayed v. the United Kingdom* i *Waite and Kennedy v. Germany*.<sup>39</sup>

Za pristup drugostupanjskom sudu moraju se ostvariti određene pretpostavke. Postojanje proglašene sudske odluke u kaznenom postupku i podnesene žalbe protiv te odluke temeljne su pretpostavke za pristup sudu drugog stupnja. Pristup tom sudu mogu imati samo zakonom određeni ovlaštenici. Ti su ovlaštenici, prije svega, stranke i samo neki drugi sudionici kaznenog postupka. Bitna postupovna pretpostavka za preispitivanje pogrešne sudske odluke u drugostupanjskom postupku je postojanje *formalnog zahtjeva* ovlaštenog subjekta. Procesni impuls, koji je usmjeren na uključivanje više instance, ne može, u načelu, potjecati ni od suda koji je donio određenu odluku, ni od tijela koje za to nema nadležnost.<sup>40</sup>

37 Prema: *Pavišić, B.*, ZKP (2009.), str. 12. O tome se ESLJP izrazio u svojoj odluci u predmetu *Golder v. the United Kingdom*.

38 Odluka ECHR 1979/80, 335.

39 *Ibid.*, 14.

40 *Usp. Becker, M. - Kinzig, J.*, *Rechtsmittel im Strafrecht*, Band I. i II., Freiburg i. br. 2000., (I), str. 91., (u nastavku: *Becker M. - Kinzig J. Rechtsmittel* (I), 2000.).



Kontrola pravilnosti i zakonitosti sudskih odluka u svakom je konkretnom slučaju povjerena ovlaštenim postupovnim subjektima koji, time što slijede svoje vlastite ciljeve, neizravno ostvaruju i javne interese. Postojanje *instancijskih sudova* uvjet je institucionalnog ostvarenja prava na pravni lijek. Pravo na *višeinstancijsko suđenje* uvjet je i prepostavka djelotvornog uklanjanja činjeničnih i pravnih nedostataka u sudskoj odluci. Bez ispunjenja tih pretpostavki i uvjeta ne bi bila moguća uporaba pravnog lijeka u kaznenom postupku, a time ni pristup sudu drugog stupnja.

#### 4.2. *Postupovna načela na kojima je uređen postupak pred višim sudom*

I u postupku o pravnim lijekovima vrijede brojna postupovna načela kao i u prvostupanjskom postupku. Neka od tih načela imaju svoje posebno značenje i primjenu upravo u žalbenom postupku, neka se prvi puta primjenjuju u tom postupku, a neka imaju ograničenu primjenu.<sup>41</sup> Priroda i tijek tog postupka, odnosno način postupanja višeg suda o pravnom lijeku ne bi se mogao spoznati bez upoznavanja i s temeljnim postupovnim načelima na kojima je uređen taj postupak. Riječ je o sljedećim načelima odnosno pravima: 1) načelu zakonitosti, 2) načelu pravičnog postupka, 3) pravu na zakonom ustanovljen, neovisan i nepristran sud, 4) pravu na suđenje u razumnom roku, 5) pravu na materijalnu i formalnu obranu, 6) pravu na postupovnu jednakost (jednakost oružja) te 7) pravu na javno suđenje.

Načelo zakonitosti (*nullum actio sine lege certa*) u žalbenom postupku znači da postupanje višeg suda o žalbi mora biti u cijelosti sukladno zakonu, ali i međunarodnim standardima o instancijskom suđenju. Nezakonito postupanje, kao i nezakonite odluke nisu legitimne i ne mogu prizvesti očekivani pozitivni pravni učinak. Takvim postupanjem u prvom redu povrijedilo bi se pravo okrivljenika na pravično i zakonito suđenje pred višim sudom, što bi bilo protivno i odredbi članka 6. EKLJP.

Pravo na pravični postupak pred kaznenim sudom (*right to a fair trial/hearing*, - članak 6. stavak 1. EKLJP) primjenjivo je i u drugostupanjskom postupku.<sup>42</sup> Kada domaće zakonodavstvo propisuje žalbu protiv osude ili kazne, zbog činjeničnih ili pravnih nedostataka, žalbeni se postupak mora tretirati kao *produžetak* prvostupanjskog postupka (*an extension of the trial process*).<sup>43</sup> Takvo stajalište ESLJP je zauzeo u predmetu *Delcourt v. Belgium*.<sup>44</sup> U toj odluci je navedeno da kaznena osuđujuća presuda nije stvarno *utvrđena* sve dok oslobađajuća ili osuđujuća odluka ne postane konačna. Kazneni postupci (pred sudom prvog i drugog stupnja)

41 O pojedinim postupovnim načelima opširnije vidjeti: Pavišić, B., KPVE (2006.), str. 82-101.

42 O načelu pravičnog postupka pred kaznenim sudom vidjeti: Pavišić, B., KPP (2010.), str. 62-64., KPVE (2006.), str. 82-110., Krapac, D., KPP (2007.), str. 64., 116-147.; Bubalović, T., Pravo na pravični kazneni postupak prema međunarodnom pravu o ljudskim pravima, Sarajevo, *Pravna misao*, br. 9-10/2004.

43 O tome: *Emmerson, B. - Ashworth, A.*, Human Rights and Criminal Justice, First Edition, London, Sweet & Maxwell, 2001., str. 515 (u nastavku: *Emmerson, B. - Ashworth, A.*, Human Rights).

44 Odluka ECHR 1979/80, 335.

čine cjelinu i moraju u konačnoj i izvršnoj odluci. ESLJP je u navedenoj presudi istaknuo i to da način na koji se pravo na pravični postupak primjenjuje u žalbenom postupku, mora ovisiti o posebnostima tog postupka. Pitanje osiguranja (uvjeta) pravednosti suđenja odnosno pitanje primjene prava na pravični postupak nije nužno isto u žalbenom postupku kao i u postupku pred sudom prvog stupnja. U slučaju *Monnell and Morris v. United Kingdom*,<sup>45</sup> ESLJP je istaknuo da način primjene članka 6. u žalbenom postupku ovisi o posebnim značajkama tog postupka koje su propisane domaćim zakonima, prvenstveno u posebnoj ulozi i cilju koje ostvaruju žalbeni sudovi. Prije utvrđenja pravilne primjene uvjeta iz članka 6., ESLJP je izrekao mišljenje da je potrebno razmotriti: (a) značenje žalbenog postupka u kontekstu kaznenih postupaka kao cjeline, (b) opseg ovlaštenja žalbenog suda te (c) način na koji su interesi žalitelja prezentirani i zaštićeni u praksi.<sup>46</sup> Iz navedenog treba zaključiti da primjenu (jamstvo) odredbe članka 6. EKLJP-a treba prilagoditi posebnostima žalbenog postupka, posebice onda kada se žalba podnosi zbog povrede zakona. Na primjer, tamo gdje je žalbeni sud pozvan ispitati činjeničnu osnovicu presude, uvjeti pravednosti trebali bi biti podjednaki uvjetima koji se traže za kazneni postupak pred sudom prve instancije. Takvo stajalište ESLJP je zauzeo u slučaju *Ekbatani v. Sweden*.<sup>47</sup> I u nekoliko drugih odluka ESLJP je potvrdio pravilo da se kod primjene odredbe članka 6. mora voditi računa o cjelovitosti postupka u domaćem zakonodavnom sustavu i ulozi apelacijskih sudova.<sup>48</sup>

Pravo okrivljenika na zakonom ustanovljen sud (*tribunal established by law*) primjenjivo je i u postupku o pravnim lijekovima. To pravo podrazumijeva i pravo na neovisan i nepristran sud (*independent and impartial tribunal*). O tomu se ESLJP izjasnio u predmetu *Campbell and Fell v. United Kingdom*. Viši sud također mora biti ustanovljen zakonom, a njegova nezavisnost i nepristanost mora biti dodatno osigurana upravo u ovom postupku.

Načelo suđenja u razumnom roku (*judgement within a reasonable time*) ima svoju primjenu i u žalbenom postupku jer se i on mora provesti u primjerenom roku. Svrha je tog načela zaštita stranaka od pretjeranog odugovlačenja žalbenog postupka (*Stogmuller v. Austria*). Treba imati na umu da kazneni postupak, u načelu, započinje od trenutka kada postoji optužba, a završava okončanjem suđenja u najvišem stupnju, tj. kada odluka postane konačna.<sup>49</sup>

ESLJP je u više slučajeva naglašavao da je od presudne važnosti za pravednost kaznenog pravosuđa da okrivljenik ima primjerenu (formalnu i materijalnu) obranu i pred prvostupanjskim i drugostupanjskim sudom. Takva je stajališta ESLJP izrazio u predmetima *Monnell and Morris v. United Kingdom*,<sup>50</sup> *Granger v. United Kingdom*,<sup>51</sup>

45 Odluka ECHR 1988.10, 205.

46 Prema: *Emmerson, B. - Ashwoth, A.*, Human Rights, str. 517.

47 Odluka ECHR 1991.13, 504.

48 Prema: *Emmerson, B. - Ashwoth, A.*, Human Rights, str. 515.

49 Tako: *Pavišić, B.*, ZKP (2009.), str. 20.

50 Odluka ECHR 1988.10, 205.

51 Odluka ECHR 1990.12, 469.

i *Maxvell v. United Kingdom* i *Boner v. United Kingdom*,<sup>52</sup> posebno ukazujući da u odsustvu branitelja (pravnog zastupanja) podnositelj žalbe ne bi bio u mogućnosti obratiti se sudu o pitanjima istaknutim u žalbi zbog čega bi mu bila onemogućena uspješna obrana.<sup>53</sup> Pravo na obranu uključuje više aspekata obrane. Prije svega, optuženik ima pravo na osobnu obranu (*right of a person to defend himself*), koja pretpostavlja pravo na prisutnost raspravi ne samo u prvostupanjskom već i u postupku o pravnim lijekovima. Ipak, opseg toga prava nije jednak u oba postupka. Na primjer, ne bi bilo nužno njegovo prisustvo pred višim sudom kada on raspravlja samo o pravnim pitanjima (*Kucera v. Austria*). Nadalje, pravo je optuženika da i u žalbenom postupku ima branitelja po vlastitom izboru (*right to have legal assistance*), čime se osigurava stvarna i djelotvorna obrana i tom postupku (*Artico v. Italy*). On također ima pravo i na besplatnu pravnu pomoć (*right to be given free legal assistance*) te pravo na besplatnog tumača (*right to a interpreter*).

Pravo na postupovnu jednakost (jednakost oružja – *equality of arms*) znači da svaka stranka ima jednaku mogućnost iznošenja svojih stajališta i svojih dokaza pred sudom prvoga, ali i drugoga stupnja na način koji neće biti nepovoljniji u odnosu na svoga postupovnog protivnika (*Conron v. the United Kingdom*).

Pravo na javno suđenje i javno objavljivanje presude (*public hearing and pronouncement of judgement*). Javna rasprava razumijeva stranačku i opću javnost, a pretpostavlja usmenost, neposrednost<sup>54</sup> i kontradiktornost rasprave (*adversarial trial*). Ovi su postulati na poseban način primjenjivi i u postupku o pravnim lijekovima pred višim sudom. Javna rasprava (sjednica vijeća) implicira uredno obavještanje i osiguranje prisustva okrivljenika sjednici vijeća. Prema praksi ESLJP-a, pitanje pravičnog postupka u kaznenom postupku temelji se, i na pravu stranaka biti nazočne raspravi pred sudom (*Axen v. Germany*). To implicira da sud mora svakoj stranci pružiti mogućnost izjašnjavanja o navodima i zahtjevima protivne strane (*K. protiv Hrvatske*). Sudska praksa ide i dalje od toga: „Sud stranci mora dati dostatne mogućnosti na izjašnjavanje o činjenicama i pravnim navodima protustranke. Protustranka mora o tim radnjama biti uredno izviještena (uredno pozvana na ročište pred sudom). Hoće li stranka djelatno koristiti to svoje pravo, prepušteno je njezinoj prosudbi.“<sup>55</sup> Nepozivanje okrivljenika na sjednicu vijeća predstavljalo bi bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 3. ZKP-a jer bi se radilo o povrjedi prava obrane. Pri tom treba imati na umu da ESLJP u svojim odlukama razlikuje raspravu pred višim sudom samo o pravnim pitanjima te raspravu i o činjeničnim i pravnim pitanjima. Ako se pred višim sudom raspravlja i o jednim i drugim pitanjima, prisustvo okrivljenika toj raspravi je obvezatno. Njegovo prisustvo pred višim sudom, međutim, nije neophodno ako se raspravlja i odlučuje samo o pravnim pitanjima (*Ekbatani v. Sweden*).

52 Prema: *Emmerson, B. - Ashwoth, A.*, Human Rights, str. 519.

53 Ibid., str. 519.

54 O načelu neposrednosti u kaznenom postupku raspravljano je i u odluci VSRH, III Kž 3/08-9 od 28. kolovoza 2008.

55 Odluka VSRH, I Kž 37/09-6 od 9. rujna 2009.

I u drugostupanjskom postupku punu primjenu imaju načelo zakonitosti (*nullum actio sine lege*), presumpcija nedužnosti (*the presumption of innocence*), pravo na obranu (*right to a defense*) te pravo na pravični postupak (*right to a fair trial*). Ograničenu primjenu ima primjerice načelo *in dubio pro reo*. Načelo zabrane *reformatio in peius* prvi se puta primjenjuje upravo u postupku o pravnim lijekovima.

## 5. TIJEK POSTUPKA PRED VIŠIM SUDOM

Postupak o žalbi pred višim sudom razlikuje se od postupka u prvom stupnju po svojoj reduciranoj strukturi, posebnim pravima i ovlastima subjekata koji se u njemu pojavljuju, vrstama radnji koje se poduzimaju, načinu postupanja, vrsti i sadržaju odluka koje se donose te posebice cilju i svrsi koji se tim postupkom želi ostvariti. Opseg i tijek prvostupanjskog postupka, u pravilu, određuje kaznenopravni zahtjev ovlaštenog tužitelja, a drugostupanjskog postupka, sama žalba. Bitno je obilježje ovog postupka dominantna uloga suda, za razliku od prvostupanjskog postupka u kojem je naglašena inicijativa i aktivnost samih stranaka.

Zakon o kaznenom postupku u člancima 472.-475. sadrži najvažnija pravila o postupanju višeg suda o žalbi protiv prvostupanjske presude. Ovaj se postupak pred višim sudom dijeli na: 1) postupak pred prvostupanjskim sudom i 2) postupak pred drugostupanjskim (žalbenim) sudom. U postupku o žalbi pred prvostupanjskim sudom provode se određene administrativne radnje i odlučuje o formalnoj ispravnosti (pravodobnosti i dopuštenosti) žalbe. U postupku pred višim (drugostupanjskim) sudom meritorno se raspravlja i konačno odlučuje o osnovanosti ili neosnovanosti podnesene žalbe.

### 5.1. Postupak pred prvostupanjskim sudom

Postupak pred *prvostupanjskim sudom* (članci 472.-473.) provodi se zbog efikasnosti kaznenog postupka te osiguranja formalnih pretpostavki za meritorno raspravljanje o žalbi. On obuhvaća više zasebnih postupanja: (a) zaprimanje žalbe, (b) ispitivanje pravodobnosti i dopuštenosti žalbe, (c) ispitivanje potpunosti žalbe, (d) dostavu žalbe protivnoj stranci na odgovor, (e) dostavu žalbe i spisa predmeta drugostupanjskom sudu, f) izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta.

a) *Zaprimanje žalbe*. Žalba se podnosi sudu koji je izrekao prvostupanjsku presudu (članak 472. stavak 1.), u pisanoj formi, osobno, poštom, elektronički, ili na zapisnik. Taj je sud dužan zaprimiti žalbu čak i onda kad je ona očito nepravodobna ili nedopuštena. Žalba se predaje u dostatnom broju primjeraka za sud, protivnu stranku i branitelja. Ako žalba nije predana u dostatnom broju primjeraka, umnožit će se na trošak podnositelja. Žalba mora biti razumljiva i sadržavati sve ono što je potrebno da se o njoj može postupiti. Na poziv suda, nerazumljiv ili nepotpun žalbeni podnesak mora se ispraviti odnosno dopuniti (članak 78. stavak 2.). Ako

je žalba podnesena izravno drugostupajnskom sudu, nenadležnom sudu ili drugom sudbenom tijelu, proslijedit će se sudu prvog stupnja bez ikakvih pravnih posljedica za podnositelja. Po njezinom primitku, žalba se evidentira, signira i ulaže u spis prvostupajnskog predmeta.

U žalbenom se podnesku ne smije vrijeđati sud. Ako dođe do toga, podnositelj žalbe može se novčano kazniti, osim okrivljenika. Naime, „prema odredbi članka 73. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku (ZKP/97) okrivljeniku se ne može izreći novčana kazna zbog toga što je u pismenom podnesku uvrijedio sud, jer je okrivljenik izuzet od novčanog kažnjavanja.“<sup>56</sup>

b) *Ispitivanje pravodobnosti i dopuštenosti žalbe.* Najznačajniji dio postupka pred prvostupajnskim sudom je ispitivanje pravodobnosti i dopuštenosti žalbe. Prvo se ispituje pravodobnost žalbe. Ako je od istog žalitelja podneseno više žalbi, protiv iste presude i iz istih žalbenih osnova, zasebno se ispituje pravodobnost svake žalbe. Ako je žalba nepravodobna (članak 463.) odbacit će je rješenjem predsjednik vijeća prvostupajnskog suda, ne ispitujući pri tom je li ona i dopuštena. Nepravodobna žalba se odbacuje, (a ne odbija) zato što je riječ o strogom, prekluzivnom roku „čije propuštanje dovodi do gubitka postupovnog prava vezanog uz taj rok.“<sup>57</sup> Ako je optuženik iz opravdanih razloga propustio podnijeti žalbu, može, (ali ne i njegov branitelj) tražiti povrat u prijašnje stanje (*restitutio in integrum*) s namjerom podnošenja nove žalbe. O tom zahtjevu odlučuje predsjednik vijeća prvostupajnskog suda. Kada se utvrdi da je žalba podnesena u zakonskom žalbenom roku, ispitat će se njezina dopuštenost (članak 464.). Nedopuštenu žalbu također će rješenjem odbaciti predsjednik vijeća prvostupajnskog suda. Samo pravodobna i dopuštena žalba može dovesti do nastavka žalbenog postupka. Protiv rješenja o odbačaju žalbe dopuštena je posebna žalba. O toj žalbi odlučuje drugostupajnski sud.

c) *Ispitivanje potpunosti žalbe.* Žalba kao pisani postupovnopравни sastavak treba sadržavati: 1) oznaku presude protiv koje se podnosi, 2) osnove za pobijanje presude (članak 467.), 3) obrazloženje žalbe, 4) prijedlog da se pobijana presuda potpuno ili djelomično ukine ili preinači, 5) potpis osobe koja podnosi žalbu (članak 466. stavak 1. toč. 1.-5.). Ako žalba nema sve ove sastojke, Zakon je propisao različita pravila za njezin ispravak ovisno o tomu tko je podnio žalbu i u čiju je korist podnesena, po kojim je osnovama podnesena i koji sastojci nedostaju u žalbi. Ako je žalbu podnio optuženik ili druga osoba iz članka 464. stavka 2., a optuženik nema branitelja ili ako je žalbu podnio oštećenik, oštećenik kao tužitelj ili privatni tužitelj koji nema opunomoćenika, a žalba nije sastavljena sukladno odredbama stavka 1. navedenog članka, predsjednik vijeća prvostupajnskog suda pozvat će žalitelja da u određenom roku dopuni žalbu pisanim podneskom ili na zapisnik kod tog suda. Ako se žalitelj tom pozivu ne odazove, sud će odbaciti žalbu ako ne sadrži podatke iz stavka 1. točke 2., 3. i 5. Ako žalba ne sadrži podatak iz stavka 1. točke 1., odbacit će je ako se ne može utvrditi na koju se presudu odnosi. Ako je žalba podnesena u korist optuženika, prvostupajnski sud će je dostaviti drugostupajnskom sudu ako se

56 Odluka VSRH, I Kž 604/2005-3 od 21. rujna 2005.

57 Odluka VSRH, II Kž 743/09-4 od 18. studenoga 2009.

može utvrditi na koju se presudu odnosi, a ako se to ne može utvrditi, sud će takvu žalbu odbaciti (članak 466. stavak 2.). Ako je žalbu podnio oštećenik, oštećenik kao tužitelj ili privatni tužitelj koji ima opunomoćenika ili državni odvjetnik, a žalba ne sadrži podatke iz stavka 1. točke 2., 3. i 5. ili ako žalba ne sadrži podatak iz stavka 1. točke 1., a ne može se utvrditi na koju se presudu odnosi, prvostupanjski sud će i takvu žalbu odbaciti. Žalbu s tim nedostacima podnesenu u korist optuženika koji ima branitelja sud će dostaviti drugostupanjskom sudu ako se može utvrditi na koju se presudu odnosi, a ako se to ne može utvrditi, sud će je odbaciti (članak 466. stavak 3.). Ovakvim zakonskim pravilima provedena je tzv. „pozitivna diskriminacija“ u korist okrivljenika.<sup>58</sup>

d) *Dostava žalbe protivnoj stranci na odgovor.* Žalbu koja je pravilno sastavljena i koja je pravodobna i dopuštena predsjednik vijeća prvostupanjskog suda dostavlja protivnoj stranci na odgovor. Žalba državnog odvjetnika dostavlja se i optuženiku i njegovom branitelju. Protivna stranka *može* podnijeti odgovor na žalbu, što znači da to nije njezina zakonska obveza. Nepodnošenje odgovora na žalbu ne proizvodi nikakav štetni postupovnopравни učinak. Odgovor na žalbu, podnose državni odvjetnik, optuženik i njegov branitelj, a oštećenik samo onda kada je preuzimanjem kaznenog progona podnio žalbu po svim žalbenim osnovama. Svrha je odgovora na žalbu upoznavanje stranaka s podnesenim žalbama, ali i davanje mogućnosti protivnoj stranci izjasniti se o navodima žalitelja. Tako se omogućuje provedba načela kontradiktornosti u žalbenom postupku. Zakon nije propisao prekluzivni rok za odgovor na žalbu. Svaki podneseni odgovor na žalbu treba poslati drugostupanjskom sudu, što znači da se nepravodoban odgovor ne odbacuje. Nedostavljanje žalbe na odgovor protivnoj stranci ili neuzimanje u razmatranje podnesenog odgovora na žalbu predstavlja relativno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 3.

e) *Dostava žalbe i spisa predmeta drugostupanjskom sudu.* Kada primi odgovor na žalbu ili kada protekne rok za podnošenje odgovora na žalbu, predsjednik vijeća prvostupanjskog suda dostavit će spis predmeta sa žalbom i odgovorom na žalbu drugostupanjskom sudu. Prije toga, prvostupanjski sud nije dužan dostavljati podneseni odgovor na žalbu podnositelju žalbe jer tu obvezu zakon ne propisuje. Drugostupanjski sud razmotrit će onaj odgovor na žalbu koji je zaprimljen do sjednice vijeća. Ako naknadno stignu prvostupanjskom sudu kakvi žalbeni ili drugi podnesci, dostavit će se bez odgode drugostupanjskom sudu.

f) *Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta.* Predsjednik vijeća prvostupanjskog suda može naknadno imati još jednu zakonsku obvezu. Moguće je da se u spisima nalaze zapisnici i obavijesti koji se mogu označiti kao nezakoniti dokazi (članak 86.). U tom slučaju sudac izvjestitelj drugostupanjskog suda, ako to utvrdi, dostavit će spise prvostupanjskom sudu prije održavanja sjednice žalbenog vijeća radi izdvajanja tih nezakonitih dokaza iz spisa predmeta (članak 474. stavak 4.). Takvu odluku u formi rješenja donosi predsjednik vijeća prvostupanjskog suda.

<sup>58</sup> Tako: Pavišić, B., ZKP (2009.), str. 550.

Kada rješenje postane pravomoćno, u zatvorenom omotu ti se nezakoniti dokazi (zapisnici, obavijesti) čuvaju odvojeno od ostalih spisa.<sup>59</sup> S tim u vezi postoje i određene dvojbe. Naime, činjenica je da se ti nezakoniti izvori saznanja već nalaze u spisu s kojima se upoznao ne samo prvostupanjski već i drugostupanjski sud. Stoga je teško prihvatiti da taj spoznajni materijal već nije ostvario određeni utjecaj na članove žalbenog vijeća, pa se postavlja pitanje čemu to samo formalno odstranjivanje tih dokaza iz spisa predmeta, a ne i izuzeće pojedinih sudaca.<sup>60</sup>

## 5.2. *Postupak pred drugostupanjskim sudom*

Postupak pred *drugostupanjskim sudom*, u kojem se meritorno raspravlja i odlučuje o žalbi protiv prvostupanjske presude, odvija se u sjednici vijeća koja može biti: (1) nejavna ili (2) javna.

1) *Nejavna sjednica vijeća* održava se u slučajevima: (a) odlučivanja o pravodobnosti ili dopuštenosti žalbe (članak 480. stavak 1.), (b) kada stranke nisu tražile održavanje javne sjednice (članak 475. stavak 2.), (c) kada tako odluči predsjednik vijeća ili vijeće (članak 475. stavak 2.) ili (d) kada se u žalbenom postupku odlučuje o istražnom zatvoru (članak 127. stavak 4.). Nejavnoj sjednici vijeća<sup>61</sup> prisustvuju članovi sudskog vijeća i zapisničar te državni odvjetnik koji se uvijek obavještava i o nejavnoj sjednici vijeća (članak 474. stavak 2.). Sam postupak je na toj sjednici jednostavniji i kraći negoli na javnoj sjednici vijeća. Sudac izvjestitelj i na nejavnoj sjednici podnosi izvješće o stanju stvari u predmetnom slučaju. Nakon toga, ako je nazočan, državni odvjetnik se izjašnjava o žalbi i žalbenim prijedlozima protivne stranke, a ako nije prisutan, čita se njegovo pisano očitovanje ako ga je podnio. Glavni dio i nejavne sjednice je rasprava odnosno usmeno vijećanje članova vijeća o osnovanosti ili neosnovanosti žalbe. Odluka o tome donosi se u tajnom zasjedanju kojem mogu biti prisutni samo članovi sudskog vijeća i zapisničar.

2) *Javna sjednica vijeća* održava se: (a) na zahtjev ovlaštene stranke i (b) po odluci predsjednika vijeća ili vijeća. Zahtjev stranaka za održavanjem javne sjednice (članak 475. stavak 2.) može se podnijeti u žalbi, odgovoru na žalbu ili u posebnom pisanom podnesku, ali uvijek u žalbenom roku. Javna se sjednica može održati po odluci predsjednika vijeća ili vijeća i kada stranke nisu zatijevale javnu sjednicu, ili kad je nije zahtijevala jedna stranka, ako bi njihova prisutnost bila korisna za razrjašnjenje stvari.

Javnu sjednicu obilježava stranačka i opća javnost. Stranačka javnost podrazumijeva prisutnost stranaka, a opća javnost prisutnost i građana sjednici vijeća. Opća javnost uvjetovana je stranačkom javnošću. Osobito je bitna stranačka

59 Odluka VSRH, I Kž-317/01 od 27. travnja 2001.

60 O tome posebice: Pavišić, B., Komentari (2005.), str. 470.

61 Odlučivanje u javnoj sjednici vijeća u kazneni je postupak uvedeno Novelom Zakona o kaznenom postupku iz 1967., koja se odnosila samo na stranačku javnost. Javna je sjednica proširena i na opću javnost ZKP/1976.

javnost. Osnovna prava i ovlasti stranaka na sjednici vijeća sastoje se u sljedećem: a) prate rad i postupanje viših sudova, b) predlažu dopunu izvješća suca izvjestitelja čitanjem pojedinih spisa, c) daju objašnjenja za svoje stavove, d) očituju se o žalbenim navodima protivne stranke i e) pridonose boljem razjašnjenju stanja stvari te donošenju pravilne i zakonite konačne odluke. To je ujedno svrha i cilj održavanja javne sjednice. Održavanjem javne sjednice djelotvorno se ostvaruju načela javnosti, neposrednosti, usmenosti, kontradiktornosti, ali i načela pravičnog postupka te ravnopravnosti stranaka pred sudom. Time je postupak pred višim sudom u znatnoj mjeri usklađen i s međunarodnim standardima o instancijskom suđenju.

Postupak na *javnoj* sjednici vijeća dijeli se na: (1) postupak *prije* sjednice vijeća, (2) postupak *tijekom* sjednice vijeća i (3) postupak *nakon* sjednice vijeća.

(1) *Postupak prije sjednice vijeća.* Postupak prije sjednice vijeća obuhvaća: (a) preuzimanje spisa od prvostupajnskog suda, (b) dostava spisa državnom odvjetniku, (c) određivanje suca izvjestitelja, (d) proučavanje spisa predmeta i (e) zakazivanje sjednice vijeća.

a) *Preuzimanje spisa od prvostupajnskog suda.* Spis kaznenog predmeta, kojeg je zajedno sa žalbom i odgovorom na žalbu dostavio prvostupajnski sud, preuzima pisarnica drugostupajnskog suda, koja ga potom, sukladno Poslovniku o radu suda, evidentira, signira i formira zaseban žalbeni spis. Ako su uz spis predmeta dostavljeni prilozi u većoj količini, ili predmeti upotrijebljeni ili nastali počinjenjem kaznenog djela, preuzimaju se i čuvaju u posebno sačinjenim fasciklima ili kutijama. Naknadno dostavljeni podnesci i drugi akti ulažu se bez odgode u spis predmeta.

Kada viši sud primi spis od prvostupajnskog suda, prvo mora provjeriti je li taj sud ispitao pravodobnost i dopuštenost žalbe i je li o tomu donio odluku. Ako takve odluke nema, vraća spis sudu prvog stupanja s uputom da ispita i odluči o pravodobnosti i dopuštenosti žalbe. S tim u vezi postavlja se pitanje: zašto vraćati spis nižem sudu kada i viši sud može, po zakonu i treba, odlučiti i o tim pitanjima! Ako se time želi sačuvati pravo žalitelja na posebnu žalbu protiv eventualne odluke nižeg suda o odbačaju njegove žalbe, onda bi se takvo postupanje i moglo prihvatiti. Ako se viši sud samo želi osloboditi dijela obveza u tom predmetnom spisu, onda to ne bi bilo dopustivo jer bi se radilo o nepotrebnom odugovlačenju žalbenog postupka. Moguće je da u spisu nema dostatno podataka je li žalba pravodobna i dopuštena. U tom bi slučaju viši sud možda i mogao vratiti spis nižem sudu radi pribavljanja i tih podataka i donošenja konačne odluke.<sup>62</sup> Najpravilnije bi rješenje ipak bilo da viši sud ne vraća ni u kojem slučaju spis nižem sudu na odluku o pravodobnosti i dopuštenosti žalbe, već da sam o tomu odluči, kako to i proizlazi iz dikcije odredbe članka 480. stavka 1.

b) *Dostava spisa državnom odvjetniku.* Nakon primitka spisa, tajnik drugostupajnskog suda dostavlja žalbeni spis nadležnom državnom odvjetniku ako se radi o kaznenom djelu za koje se progoni na njegov zahtjev. Državni odvjetnik je dužan razgledati i bez odgode vratiti spis sudu pri čemu se može očitovati o

62 Usp. Grubiša, M., *Postupak* (1987.), str. 47-48.



osnovanosti žalbe. Zakonom nije određen rok u kojemu državni odvjetnik mora vratiti spis sudu. To će ovisiti o složenosti predmeta i brojnosti podnesenih žalbi. Očitovanje o žalbama daje se u pisanoj formi, koje bi trebalo dostaviti, ili na sjednici vijeća predočiti optuženiku i njegovom branitelju. Na sjednici vijeća državni odvjetnik u pravilu ostaje kod pisanog očitovanja, a može ga usmeno obrazložiti ili dopuniti. Viši državni odvjetnik može u pisanom očitovanju odustati od žalbe nižeg državnog odvjetnika.

c) *Određivanje suca izvjestitelja.* Kada državni odvjetnik vrati spis sudu, predsjednik kaznenog odjela drugostupanjskog suda raspoređuje taj spis u jedno od drugostupanjskih (žalbenih) vijeća. Predsjednik žalbenog vijeća potom određuje jednog člana vijeća za suca izvjestitelja i njemu dostavlja spis predmeta. Predsjednik vijeća ne može biti izvjestitelj. Sudac izvjestitelj nema nikakve posebne niti veće ovlasti od drugih članova vijeća. Njegova temeljna zadaća je proučavanje spisa predmeta i podnošenje izvješća na sjednici vijeća.

d) *Proučavanje spisa predmeta.* S glavnim sadržajem spisa predmeta moraju se prije sjednice vijeća upoznati svi članovi žalbenog vijeća, predsjednik vijeća i sudac izvjestitelj. Radi potpunijeg upoznavanja sa stanjem stvari u predmetnom slučaju, sudac izvjestitelj može po potrebi od prvostupanjskog suda pribaviti izvješće o povrjedama odredaba kaznenog postupka.<sup>63</sup> Iznimno može i od drugih tijela ili pravnih osoba pribaviti potrebna izvješća ili spise. Ako sudac izvjestitelj utvrdi da se u spisima nalaze zapisnici i obavijesti koji se mogu označiti kao nezakoniti dokazi (članak 86.), dostavit će spise prvostupanjskom sudu prije održavanja sjednice drugostupanjskog vijeća s nalogom da predsjednik prvostupanjskog vijeća donese rješenje o njihovu izdvajanju iz spisa i kada rješenje postane pravomoćno, da ih u zatvorenom omotu čuva odvojeno od ostalih spisa (članak 474. stavak 4.). S tim u vezi postavlja se još jedno važno pitanje. Zašto se čekalo s izdvajanjem nezakonitih dokaza (zapisnika, obavijesti i sl.) iz spisa predmeta sve do njegova slanja i zaprimanja u višem sudu? Takva obveza postojala je u trenutku kada su se ti dokazi našli u spisu, a zakon je u više svojih odredaba obvezao sve ovlaštene subjekte kaznenog postupka da vode računa o tomu u svim stadijima postupka i nezakonite izvore saznanja odmah izdvoje iz spisa predmeta. Nadalje, treba li se zbog upoznavanja sa sadržajem tih nezakonitih dokaza izuzeti sudac izvjestitelj od suđenja u nastavku žalbenog postupka? Pravično bi bilo da ne sudjeluje u sjednici žalbenog vijeća koje će meritorno odlučivati o podnesenoj žalbi.

e) *Zakazivanje sjednice vijeća.* Predsjednik žalbenog vijeća zakazuje sjednicu vijeća tako što određuje dan i sat njezina održavanja. O sjednici vijeća uvijek će se obavijestiti državni odvjetnik (članak 474. stavak 2.). O sjednici vijeća obavijestit će se optuženik i njegov branitelj, oštećenik kao i tužitelj ili privatni tužitelj koji je u roku predviđenom za žalbu ili u odgovoru na žalbu zahtijevao biti obaviješten o sjednici (članak 475. stavak 2.). Obavijest o sjednici vijeća mora biti uredna i pravodobna. Ako optuženik ima više branitelja, dovoljno je da je samo jedan od njih

63 Odluka VSRH, I Kž-914/02 od 11. rujna 2003.

uredno obaviješten. Stranke moraju imati dovoljno vremena za pripremu nastupa pred žalbenim sudom.<sup>64</sup> Održavanje sjednice vijeća o kojoj nisu bili uredno obaviješteni optuženik i njegov branitelj iako su u žalbama zahtijevali prisustvo sjednici vijeća, predstavlja povredu prava na materijalnu i formalnu obranu optuženika.<sup>65</sup> Istodobno bi se radilo i o povredi članka 6. stavka 1. i stavka 3.c EKLJP, o čemu se izjasnio i ESLJP u predmetu *Ekbatani v. Švedske*, posebice u slučajevima kada se raspravlja i o činjeničnim i pravnim pitanjima.<sup>66</sup> Optuženik ili njegov branitelj koji nije postavio zahtjev za prisustvo sjednici vijeća, ne mora o njoj biti obaviješten i sjednica se žalbenog vijeća može održati i u njihovoj odsutnosti.<sup>67</sup> Ako optuženik ne obavijesti sud o promjeni svojeg boravišta, sjednica vijeća se može održati iako on o njoj nije bio uredno obaviješten.<sup>68</sup> Predsjednik vijeća ili vijeće može odlučiti da se o sjednici vijeća izvijeste stranke i kad nisu to zahtijevale, ili **da se o sjednici izvijesti i stranka koja to nije zahtijevala, ako bi njihova prisutnost bila korisna za razjašnjenje stvari** (članak 475. stavak 2.). Ako je optuženik u istražnom zatvoru ili na izdržavanju kazne i ima branitelja, osigurat će se njegova prisutnost samo ako predsjednik vijeća ili vijeće smatraju da je to svrhovito (članak 475. stavak 3.). Zakon nije propisao način obavještavanja stranaka i drugih sudionika žalbenog postupka, pa se to čini na uobičajen način: dostavom pisanih obavijesti ili usmeno.

(2) *Postupak tijekom sjednice vijeća.* Postupak tijekom javnog dijela sjednice vijeća obuhvaća: **(a) otvaranje sjednice vijeća i utvrđivanje pretpostavki za njezino održavanje, (b) izvješće suca izvjestitelja, (c) izlaganja stranaka i oštećenika, (d) vijećanje i glasovanje o odluci i (e) sačinjavanje zapisnika.**

a) *Otvoravanje sjednice vijeća i utvrđivanje pretpostavki za njezino održavanje.* Sjednicu vijeća otvara predsjednik drugostupanjskog (žalbenog) vijeća tako što objavljuje početak zasjedanja, predmet raspravljanja i sastav vijeća. Predmet raspravljanja obuhvaća glavne izvode o prvostupanjskoj presudi (optuženiku i kaznenom djelu) te podnesenim žalbama. Stranke, pronajprije optuženik i njegov branitelj, imaju pravo znati pojedinačni sastav sudskog vijeća i ako smatraju da postoje opravdani razlozi, mogu tražiti izuzeće pojedinih sudaca. Ako je taj zahtjev postavljen, sjednica se vijeća ne može nastaviti dok se o tom zahtjevu ne odluči. Ako tog zahtjeva nema, što se unosi u zapisnik, predsjednik vijeća utvrđuje tko je sve prisutan sjednici vijeća. Sjednica se može održati i u odsutnosti stranaka koje su o njoj bile uredno obaviještene (članak 475. stavak 5.). Time im je dana mogućnost pristupa žalbenom sudu, koju oni nisu željeli koristiti. Ako optuženik nije izvijestio sud o promjeni boravišta ili stana, može se održati sjednica vijeća, iako on o sjednici nije bio obaviješten. Sa sjednice vijeća javnost se može isključiti samo uz uvjete propisane Zakonom (članak 388. do 390.).

64 Odluka VSH, Kzz-3/81 od 8. travnja 1981.

65 Odluka VSRH, III Kr-203/00 od 13. veljače 2001., odluka Vrhovnog suda F BiH, Kvlz-138/02 od 23.12.2003.

66 Odluka Ustavnog suda BiH, AP 224/04, od 17. veljače 2005.

67 Odluka VSH, III Kr-121/03 od 9. travnja 2003.

68 Odluka VSRH, I Kž-360/00 od 9. listopada 2003.

Rješenje o odbacivanju žalbe iz članka 472. stavka 2. žalbeni sud može donijeti i bez obavijesti strankama o sjednici vijeća. Žalbeni bi sud trebao donijeti rješenje o odbačaju žalbe zbog nepravodobnosti ili nedopuštenosti samo onda kada prvostupanjski sud *smatra* da je žalba pravodobna i dopuštena pa je zbog toga ne odbaci, a ne i onda kada uopće ne odluči o tomu i predmet bez ikakve odluke dostavi višem sudu. U tom bi slučaju optuženik bio onemogućen u svojem pravu na žalbu protiv takvog rješenja.<sup>69</sup> Dvojbeno je stajalište sudske prakse da žalbu od koje je podnositelj odustao treba odbaciti. Žalba od koje je odustano više ne postoji, pa proizlazi da se odbacuje nešto čega više nema! Međutim, ako bi podnositelj nakon odustanka od žalbe, naknadno u žalbenom roku podnio novu žalbu, tu bi žalbu trebalo odbaciti jer je odustajanje od žalbe bezuvjetno i nakon toga žalba se više ne može podnijeti. Danom odbacivanja žalbe prvostupanjska presuda postaje pravomoćna.<sup>70</sup>

b) *Izvjeshće suca izvjestitelja*. Sjednica vijeća počinje izvješćem suca izvjestitelja o stanju stvari. Svrha je ovog izvješća detaljnije upoznavanje članova sudske vijeća i stranaka s predmetom raspravljanja i odlučivanja. Sudac izvjestitelj je član vijeća kojega je odredio predsjednik vijeća. Njegova je uloga u sjednici vijeća vrlo značajna, iako prilikom odlučivanja nema većih prava od drugih članova vijeća. Glavna je dužnost suca izvjestitelja da podnose izvješće o stanju stvari u predmetnom slučaju. Stanje stvari je ukupnost činjeničnog i pravnog supstrata sadržanog u prvostupanjskoj presudi i podnesenim žalbama. Sudac izvjestitelj usmeno podnosi izvješće na sjednici vijeća. Ono mora biti jasno, sažeto, sustavno i izneseno određenim redoslijedom.<sup>71</sup> Izvješće se mora prije svega odnositi na osnove žalbenog pobijanja. U praksi se izvješće najčešće podnosi upoznavanjem nazočnih s odlukom iz izreke prvostupanjske presude, podnesenim žalbama, žalbenih osnovama i žalbenim prijedlozima. On također može pročitati sadržaj pojedinih dokaza u spis. Nije potrebno da sudac izvjestitelj detaljnije izlaže pojedine žalbene razloge jer to, ako smatraju potrebnim, mogu učiniti sami podnositelji žalbi. Sudac izvjestitelj treba podnijeti izvješće tako da se iz njegovog izlaganja ne vidi njegovo gledište o osnovanosti ili neosnovanosti pojedinih žalbenih tvrdnji jer rasprava o tomu tek treba započeti.

c) *Izlaganja stranaka i oštećenika*. Stranka koja je nazočna sjednici i oštećenik kada na to ima pravo, izložiti će, u vremenu koje odredi predsjednik vijeća, najvažnije dijelove žalbe odnosno odgovora na žalbu. Njihova se izlaganja sastoje u iznošenju objašnjenja bitnih žalbenih navoda. Ta se objašnjenja ne mogu smatrati dijelom njihove obrane. Stranke nemaju pravo na neograničeno izlaganje žalbenih navoda niti to izlaganje mogu proširiti izvan žalbenih okvira iznoseći nove žalbene osnove i razloge.<sup>72</sup> Jedna se stranka može više puta javiti za riječ.

69 Usp. *Garačić, A.*, Pravni lijekovi u kaznenom postupku i sudskoj praksi, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 245-246 (u nastavku: *Garačić, A.*, Pravni lijekovi (2006.).

70 O tome i: *Grubiša, M.*, Postupak (1987.), str. 47.

71 Usp. *Pavišić, B.*, Komentar (2005.), str. 472.

72 *Simović, M.*, Krivično procesno pravo, Banja Luka, 2006., str. 198 (u nastavku: *Simović, M.*, KPP (2006.).

Optuženik uvijek ima zadnju riječ. I samo vijeće može od stranaka koje su prisutne na sjednici zatražiti dodatna objašnjenja u vezi sa žalbenim navodima. Vijeće može tražiti samo *objašnjenja* od stranaka u vezi sa žalbom i zato nije potrebna nikakva pouka stranaka o tomu. Vijeće ne može tražiti npr. *iskaze* od optuženika o pojedinim činjenicama<sup>73</sup> jer bi to bilo iznošenje obrane na sjednici vijeća, što po zakonu nije predviđeno. Stranke mogu predložiti da se zbog dopune izvješća pročitaju pojedini spisi (zapisnici, isprave, prethodne odluke). Čitanje pojedinih spisa nije ponovno izvođenje dokaza već upoznavanje sa sadržajem tih spisa.

d) *Vijećanje i glasovanje o žalbi*. Vijećanje i glasovanje o žalbi odvija se u nejavnom (tajnom) dijelu sjednice, kojoj mogu biti nazočni samo članovi sudskog vijeća i zapisničar. Prvo se vijeća i glasuje o pravodobnosti i dopuštenosti žalbe, ako prethodno o tomu nije odlučeno. Prema zakonu, u prvom stupnju žalbu rješenjem odbacuje predsjednik vijeća ili sudac pojedinac, dakle uvijek pojedinac, bez održavanja ročišta, odnosno sjednice vijeća. Protiv tog rješenja dopuštena je posebna žalba. U drugom stupnju, rješenje o odbačaju žalbe donosi vijeće, u sjednici vijeća, kada prvostupanjski sud propusti ocijeniti pravodobnost i dopuštenost žalbe, ili kada se ne složi s ocjenom tog suda o navedenim pitanjima.<sup>74</sup>

Žalbeno vijeće raspravlja (vijeća) o osnovanosti podnesenih žalbi. U slučaju kumulacije žalbi, treba raspraviti i odlučiti o svakoj žalbi zasebno. Nepravilno je stajalište sudske prakse, da ako je u korist optuženika, osim njegovoga branitelja, žalbu podnio i njegov bliski srodnik prigovarajući utvrđenom činjeničnom stanju, da se o objema žalbama raspravi i odluči kao o „jednoj jedinstvenoj žalbi optuženika.“<sup>75</sup> Pravilnije bi bilo razmotriti svaku žalbu zasebno, a onda, ako se one u žalbenim prigovorima podudaraju, u istoj odluci dati jedinstveno obrazloženje.

Temeljno je pravilo da drugostupanjski sud ispituje presudu u onom dijelu u kojem se pobija žalbom i iz osnova iz kojih se pobija (članak 476. stavak 1.). Samo iznimno po službenoj dužnosti ispituje i postupovne povrede iz točke 1. stavka 1. članka 476. (povrede navedene u članku 468. stavku 1. točke 1., 5., 6., 9. do 11.), zatim je li rasprava protivno odredbama Zakona održana u odsutnosti optuženika i njegova branitelja, te povrede u stavku 2. (je li na štetu optuženika povrijeđen kazneni zakon). Prvo se ispituje postojanje bitnih povreda odredaba kaznenog postupka na koje se ukazuje žalbama i bitnih postupovnih povreda na koje drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti, te posebice jesu li počinjene povrede kaznenog zakona na štetu optuženika. Nakon toga ispituje se osnovanost žalbenih tvrdnji u pogledu odluke o krivnji optuženika.

73 Usp. *Grubiša, M.*, Postupak (1987.), str. 199.

74 S tim u vezi postavlja se pitanje: zašto pred sudom prvog stupanja o ovim važnim pitanjima odlučuje pojedinac i bez održavanja sudskog ročišta, a pred višim sudom odluku donosi kolegijalno tijelo – vijeće, i to nakon održane sjednice vijeća? Opravdanje za ovo nedosljedno rješenje, moglo bi se nalaziti u činjenici, osim što zakon tako propisuje, da je odluka prvostupanjskog suda podložna kontroli višeg suda protiv čije odluke, upravo zato što se donosi u kvalificiranom sastavu i na sjednici vijeća, nije dopuštena posebna žalba. Usp. *Grubiša, M.*, Postupak (1987.), str. 49.

75 Odluka VSRH, I KŽ 1186/08-6 od 3. ožujka 2009.

Treba istaknuti da prema odredbi članka 464. stavka 7., žalbu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnoga stanja (članak 470.) ne može podnijeti optuženik koji se u odnosu na sve točke optužbe izjasnio da se smatra krivim. Ova prekluzija ne vrijedi ako je optuženik za dokaze o isključenju protupravnosti ili krivnje saznao nakon donošenja presude ili se radi o činjenicama odlučnim za izbor vrste i mjere kaznenopravne sankcije. Nadalje, prema odredbi istoga članka, stavka 8., žalbu zbog nepotpuno utvrđenoga činjeničnoga stanja u odnosu na određenu činjenicu ne može podnijeti niti stranka koja nije osporavala tu činjenicu. Propust u pravodobnom osporavanju određenje činjenice dovodi do gubitka prava žalitelja na pobijanje presude i tih činjenica. Ova dokazna pravila o prekluziji dokaza i prekluziji činjenica imaju bitan učinak na opseg kontrole žalbenog suda, a time i na svrhu vođenja drugostupanjskog postupka.<sup>76</sup>

Nakon odluke o krivnji, ispituje se odluka o kaznenim sankcijama te drugim odlučivanjima u prvostupanjskoj presudi. U okviru tog odlučivanja, žalbeni sud mora uzeti u razmatranje i *ocijeniti* navode i iz odgovora na žalbu, U protivnom bi, ako je riječ o optuženiku, počinio relativno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 3.<sup>77</sup> Samo glasovanje svodi se na pojedinačno izjašnjenje članova žalbenog vijeća o dijelovima konačne odluke ili odluke u cjelini. Odluka žalbenog vijeća je validna ako je za nju glasovala većina članova sudskog vijeća. O svim žalbama protiv iste presude drugostupanjski sud odlučuje jednom odlukom (članak 480.).

e) *Sačinjavanje zapisnika.* Tijekom sjednice vijeća predsjednik vijeća sačinjava zapisnik u koji unosi glavni tijek toga postupka. Zapisnik o sjednici vijeća priključuje se spisima prvostupanjskog i drugostupanjskog suda (članak 475. stavak 7.). Posebno se sačinjava zapisnik o vijećanju i glasovanju iz kojeg je vidljivo ne samo kakva je odluka donesena, već i to kako su glasovali pojedini članovi vijeća. Taj se zapisnik čuva u zatvorenoj koverti i može se razgledati samo u opravdanim slučajevima.<sup>78</sup>

76 O prekluziji kao procesnoj sankciji za propuste ili pogreške u poduzimanju procesnih radnji, vidjeti: *Krapac, D.*, KPP (2007), str. 231.

77 Odluka VSH, III Kr. 435/84, od 5. veljače 1985.

78 Ako se ima na umu dosadašnji koncept i izvedbeni tijek postupka o žalbi pred višim sudom, opravdano se postavlja pitanje treba li javnu sjednicu žalbenog vijeća više približiti nejavnoj sjednici vijeća ili raspravi pred sudom drugog stupnja? Novo zakonsko rješenje, koje više ne omogućuje raspravu pred drugostupanjskim sudom, zapravo, samo upućuje na zaključak da se javna sjednica vijeća ne bi smjela približavati faktičnoj raspravi pred žalbenim sudom jer se na njoj i ne odlučuje o pojedinačnim ni činjeničnim ni pravnim pitanjima, o kojima je već raspravljeno i odlučeno pred prvostupanjskim sudom. S druge strane, treba postaviti i pitanje jesu li postojeće ovlasti žalbenog suda na javnoj sjednici vijeća preuske, odnosno dostatne da se pravilno odluči o žalbi posebice u slučajevima složenih predmeta, u kojima se pojavljuju brojni sudionici žalbenog postupka (u okviru opsežnih žalbi), opsežnim objašnjenjima žalbenih navoda, detaljnim očitovanjima o žalbenim navodima protivne stranke te u slučajevima kada su u žalbama istaknute nove činjenice i predloženi novi dokazi. Zakon je isključio svaku raspravu pred žalbenim sudom, ali se s aspekta praktičnog postupanja to pitanje ne može zanemariti. Argumentirane rasprave u tom pravcu zasigurno bi ponudile možda i bolje rješenje od postojećeg.

(3) *Postupak nakon sjednice vijeća.* Postupak nakon sjednice vijeća obuhvaća: (a) pisanu izradu presude i (b) dostavu presude strankama i drugim ovlaštenicima.

a) *Pisana izrada presude.* Presuda iz izvornika mora se izraditi u pisanoj formi. Presuda drugostupanjskog suda ima uvod, izreku i obrazloženje. U uvodu se naznačuju opći podaci o sudu koji je donio presudu, kaznenom predmetu i optuženiku. Izreka (dispozitiv, tenor) presude sadrži konačnu odluku drugostupanjskog suda. U obrazloženju presude odnosno rješenja drugostupanjski sud treba ocijeniti žalbene razloge i iznijeti povrede zakona koje je uzeo u obzir po službenoj dužnosti. Kada se prvostupanjska presuda ukida zbog bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, u obrazloženju treba navesti koje su odredbe povrijeđene i u čemu se one sastoje. Kada se prvostupanjska presuda ukida zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnoga stanja, dužan je navesti u čemu su nedostaci u utvrđivanju činjeničnoga stanja, posebno u odlučivanju o prijedlozima stranaka da se pribave i izvedu pojedini dokazi, odnosno zašto su novi dokazi i činjenice bitni za donošenje pravilne odluke (članak 487.). Temeljni cilj koji se želi ostvariti pravilno napisanom i obrazloženom sudskom odlukom je zakonito i svrhovito okončanje kaznenog postupka.

b) *Dostava drugostupanjske presude.* Odluka drugostupanjskog suda je konačna i nepromjenljiva (bez mogućnosti revotiranja) kada je predana sudskoj pisarnici na otpremu, a ne kada je otpremljena strankama. Budući da se opravdano može zaključiti da su se s tom odlukom već upoznali djelatnici te pisarnice, možda i drugo sudsko osoblje, pa čak i pojedinci izvan suda, čime je odluka faktično postala općepoznata, pa bi bilo nedopustivo takvu već obznanjenu odluku ponovno mijenjati. Dostavu drugostupanjske presude ne vrši taj sud. Prema zakonu, drugostupanjski sud vratit će sve spise prvostupanjskom sudu s dovoljnim brojem ovjerenih prijepisa svoje odluke radi predaje strankama i drugim ovlaštenim osobama (članak 488. stavak 1.). Ako je optuženik u istražnom zatvoru, drugostupanjski sud dužan je svoju odluku sa spisima dostaviti prvostupanjskom sudu najkasnije u roku od tri mjeseca od dana kada je primio spise od tog suda (članak 488. stavak 2.).<sup>79</sup>

### **5.3. Postupak pred prvostupanjskim sudom – nakon ukidanja presude**

Zakon je propisao minimalna pravila i za postupak nakon ukidanja pobijane presude i njezina vraćanja na ponovno suđenje pred prvostupanjskim sudom. Tako, prvostupanjski sud kojem je predmet upućen na suđenje uzet će za osnovu prijašnju optužnicu. Ako je prvostupanjska presuda djelomično ukinuta, taj će sud za osnovu uzeti samo onaj dio optužbe koji se odnosi na ukinuti dio presude (članak 489. stavak 1.). Na novoj raspravi stranke mogu isticati nove činjenice i iznositi nove dokaze (članak 489. stavak 2.). Prvostupanjski sud ne obvezuju pravna stajališta zauzeta u drugostupanjskoj odluci, ali je obvezan izvesti sve postupovne radnje i raspraviti sva sporna pitanja na koja je upozorio drugostupanjski sud u svojoj odluci

<sup>79</sup> O stadijima i posebnostima postupka pred sudom drugog stupnja vidjeti: *Kramarić, I., Drugostepeni krivični postupak (disertacija), Novi Sad, 1985., str. 236-315.*

(članak 489. stavak 3.). U slučaju nepostupanja po takvoj uputi, prvostupanjski sud bi počinio relativno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka.<sup>80</sup> Drugostupanjski sud može ukinuti pobijanu presudu i predmet vratiti sudu prvog stupnja na ponovno suđenje pred potpuno izmijenjenim vijećem, po kojoj odluci je taj sud također dužan postupiti.<sup>81</sup> Pri izricanju nove presude prvostupanjski sud vezan je zabranom *reformatio in peius*. Protiv prvostupanjske presude, donesene u tako obnovljenom kaznenom postupku, dopuštena je posebna žalba o kojoj ponovno odlučuje drugostupanjski sud. Ako je optuženik u istražnom zatvoru, prvostupanjski sud će odlučiti o njegovom daljnjem pritvaranju sukladno odredbi članka 127. stavka 4.

## 6. POREDBENI PRIKAZ POSTUPANJA VIŠIH SUDOVA

Poredbeni prikaz postupanja viših sudova u postupku o pravnim lijekovima u nekim stranim zakonodavstvima koristan je ne samo zbog upoznavanja s tim sustavima, već prvenstveno zbog toga što se tim spoznajama lakše i pravilnije može ispitati primjerenost zakonskog uređenja tog postupka pred višim kaznenim sudovima kod nas i njegove usklađenosti s međunarodnim standardima o instancijskom suđenju. Ovaj će se prikaz dati za kaznenopostupovna zakonodavstva u SR Njemačkoj, Italiji i Bosni i Hercegovini.

### 6.1. Poredbeni prikaz u kaznenom postupovnom pravu Bosne i Hercegovine

Prema članku 24. *Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine* (ZKP/BIH),<sup>82</sup> Sud Bosne i Hercegovine (Sud BiH), kao jedini sud na državnoj razini, ima prvostupanjski kazneni odjel i apelacijski kazneni odjel, što znači da postupa i sudi i kao prvostupanjski i kao drugostupanjski sud. Kada sudi u prvom stupnju, sudi *vijeće prvostupanjskog kaznenog odjela*, a u drugom stupnju *vijeće apelacijskog kaznenog odjela*. O žalbi protiv presude suda prvog stupnja, kao jedinoga redovitoga pravnoga lijeka, odlučuje vijeće apelacijskog kaznenog odjela. Taj postupak zakonom nije detaljno uređen. Neka pravila ipak postoje. Kada spis po žalbi stigne apelacijskom odjelu Suda, predsjednik apelacijskog odjela dostavlja spis predsjedniku apelacijskog vijeća koji određuje suca izvjestitelja. Sudac izvjestitelj može, po potrebi, od suca, odnosno predsjednika vijeća koje je donijelo pobijanu presudu, pribaviti izvješće o povredama odredaba kaznenog postupka. Kada sudac izvjestitelj pripremi spis,

80 Odluka VSRH, I Kž 682/2003-3 od 29. rujna 2005.

81 Odluka VSRH, I Kž 696/09-3 od 21. listopada 2009.

82 Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine objavljen je u Službenom glasniku BiH br. 3/03, a njegove izmjene i dopune u br. 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08. O postupku pred Sudom BiH kad postupa kao sud drugog stupnja, vidjeti: *Sijerčić – Čolić, H.*, Krivično procesno pravo, II., Sarajevo, 2008., str. 140-141. (u nastavku: *Sijerčić – Čolić, H.*, KPP II. (2008).

predsjednik vijeća zakazuje sjednicu vijeća (članak 301.). Vijeće apelacijskog odjela Suda BiH odlučuje u: 1) sjednici vijeća ili 2) na raspravi. Kada odlučuje na sjednici vijeća, o istoj se obaviještavaju glavni državni tužitelj, optuženik i njegov branitelj. Njihovo obavještanje je obvezatno neovisno o tome jesu li to oni tražili u svojim žalbama. Nedolazak stranaka i branitelja koji su uredno obaviješteni ne sprječava održavanje sjednice vijeća. Sjednica vijeća počinje izlaganjem podnositelja žalbe, a nakon toga druga stranka izlaže odgovor na žalbu. To znači da zakon ne predviđa postupanje suca izvjestitelja pred ovim vijećem. Vijeće može od stranaka i branitelja koji su prisutni sjednici zatražiti potrebno objašnjenje u vezi sa žalbom i odgovorom na žalbu. Stranke i branitelj mogu predložiti da se pročitaju pojedini spisi i mogu, po dopuštenju predsjednika vijeća, dati potrebna objašnjenja za svoja gledišta iz žalbe odnosno odgovora na žalbu ne ponavljajući ono što je sadržano u objašnjenjima. Vijeće apelacijskog odjela Suda ispituje presudu samo u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom, što znači da nikada i ni u kojem pravcu ne ispituje pobijanu presudu po službenoj dužnosti. Odlučujući o žalbi, to vijeće u sjednici može: a) odbaciti žalbu kao nepravodobnu ili kao nedopuštenu, b) odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu, c) preinačiti prvostupanjsku presudu, ili d) ukinuti presudu i održati raspravu. Sud BiH, kada odlučuje kao sud drugog stupnja, u slučaju ukidanja prvostupanjske presude, mora sam održati raspravu. Rasprava pred vijećem apelacijskog odjela Suda BiH provodi se prema odredbama koje vrijede za raspravu u prvostupanjskom postupku.<sup>83</sup>

## 6.2. Poredbeni prikaz u kaznenom postupovnom pravu SR Njemačke

U Saveznoj Republici Njemačkoj kao drugostupanjski sudovi sude: 1) malo kazneno vijeće (*die kleine Strafkammer*) zemaljskog suda (*das Landgericht*) koje odlučuje o prizivu protiv presude suca pojedinca *Amtsgerichta*, 2) veliko kazneno vijeće (*die grosse Strafkammer*) zemaljskog suda (*das Landgericht*) koje odlučuje o prizivu protiv presuda skabinskog suda *Amtsgerichta*, 3) viši zemaljski sud (*das Oberlandesgericht*) koji odlučuje o reviziji izjavljenoj protiv presude suca pojedinca ili skabinskog suda *Amtsgerichta* te o reviziji protiv prizivnih presuda maloga i velikoga kaznenog vijeća zemaljskog suda, 4) Savezno sudište (*der Bundesgerichtshof - BGH*) koje odlučuje o reviziji protiv prvostupanjske presude velikoga kaznenog vijeća zemaljskog suda, protiv presude porotnog suda u sastavu zemaljskog suda, te o revizijama protiv prvostupanjskih presuda onih viših zemaljskih sudova koji imaju prvostupanjsku nadležnost (čl. 135. njem. ZUS).<sup>84</sup>

83 O postupanju višeg suda o žalbi protiv prvostupanjske presude pred sudovima u Federaciji BiH opširnije vidjeti: *Sijerčić – Čolić, H.*, KPP II. (2008.), str. 123-145., a u Republici Srpskoj: *Simović, M.*, KPP II. (2006.), str. 194-206.

84 Prikaz ustrojstva kaznenih sudova u SR Njemačkoj dan je prema: *Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 9. Mai 1975*. Ovaj prikaz je dan i prema: *Bayer, V.*, Problematika (1982.), str. 28-29.



Kazneno postupovno pravo u SR Njemačkoj poznaje dvije vrste pravnih lijekova kojima se pobijaju nepravomoćne sudske presude. To su: 1) *priziv* i 2) *reviziju*.<sup>85</sup> Postupanje višeg suda o tim pravnim lijekovima je različito.

*Priziv* se podnosi sudu koji je donio pobijanu presudu u usmenoj ili pismenoj formi. Prizivatelj nije dužan priziv obrazložiti odnosno u njemu navesti osnove i razloge zbog kojih priziv izjavljuje, ali to može učiniti ako želi (čl. 317. njem. ZKP). O prizivu uvijek odlučuje nadležni viši prizivni sud. Prizivni sud sudi u granicama priziva. U povodu priziva koji nije odbačen viši sud mora održati glavnu raspravu (*die Hauptverhandlung*, čl. 323. i sl. njem. ZKP) i donijeti presudu o glavnoj stvari. Za vođenje glavne rasprave pred prizivnim sudom, u načelu, vrijede isti propisi kao i za raspravu pred sudom prvog stupnja (čl. 332. njem. ZKP).<sup>86</sup>

Prema njemačkom kaznenom postupniku, *revizija* se može podnijeti samo zbog povrede zakona (čl. 337. st. 1. njem. ZKP).<sup>87</sup> O reviziji mogu odlučivati viši zemaljski sud (čl. 335. njem. ZUS) i Savezno sudište (čl. 135. njem. ZUS). Revizija se podnosi sudu koji je donio pobijanu presudu. Za razliku od obrazloženja priziva koje je fakultativno (čl. 317. njem. ZKP), obrazloženje revizije je obligatorno (čl. 344. njem. ZKP). Samo obrazloženje revizije (*die Revisionsbegrundung*) sastoji se u iznošenju razloga zbog kojih se presuda revizijom pobija (*die Revisionsgrunde*, čl. 345. st. 2. njem. ZKP) i isticanju revizijskih prijedloga (*die Revisionsantrage*). Reviziju, koja nije izjavljena i obrazložena na propisan način sud kojem je podnesena rješenjem odbacuje kao nedopuštenu (čl. 346. st. 1. njem. ZKP). Dopuštenu i propisno izjavljenu reviziju, odnosno njezin prijepis sud šalje postupovnom protivniku podnositelja koji ima pravo dati odgovor na reviziju u roku od tjedan dana od dana primitka prijepisa revizije. Revizijski sud može donositi odluke *bez provođenja rasprave* i nakon *održane glavne rasprave* (*die Hauptverhandlung*, čl. 350. i sl. njem. ZKP). Revizijski sud svoje odluke, u pravilu, donosi običnom većinom (čl. 196. njem. ZUS).

Njemački sustav pravnih lijekova u kaznenom postupovnom pravu u svojim je osnovnim postavkama još uvijek onakav kakav je uveden 1876. godine, s neznatnim izmjenama.<sup>88</sup> U okvirima današnjih reformskih nastojanja sve su češća razmišljanja o promjenama koje bi se kretale u pravcu trostupanjskog ustrojstva sudova s jednim jedinstvenim pravnim lijekom.<sup>89</sup>

85 Prikaz sustava pravnih lijekova u SR Njemačkoj dan je prema: *Strafprozessordnung* in der Fassung vom 7. Januar 1975., koja je u osnovi i danas na snazi.

86 Prema: *Bayer, V.*, Problematika (1982.), str. 34.

87 O reviziji njemačkog kaznenog postupovnog prava opširnije vidjeti: *Bayer, V.*, Problematika (1982.), str. 35-46; *Krause, D.*, Die Revision im Strafverfahren, München, Heymanns, 2001.

88 Tako: *Becker M.- Kinzig, J.*, Rechtsmittel, 2000. (I), str. 18.

89 *Ibid.*, str. 19.

### 6.3. Poredbeni prikaz u kaznenom postupovnom pravu Italije

Prema talijanskom *Zakoniku o kaznenom postupku* (ZKP/I),<sup>90</sup> prizivno sudište, prizivno sudište asiza i Kasacijsko sudište nadležni su za postupanje po pravnim lijekovima protiv presuda kaznenih sudova. Kasacijsko sudište je istodobno vrhovno sudbeno tijelo koje je nadležno za ispitivanje zakonitosti sudskih odluka u zakonom predviđenim slučajevima.<sup>91</sup> Talijansko kazneno postupovno pravo kao redovite pravne lijekove poznaje: 1) *priziv* i 2) *kasaciju*. Izvanredni pravni lijek je: *revizija*.<sup>92</sup> I u ovom je zakonodavstvu različito uređen postupak odlučivanja o navedenim pravnim lijekovima.

ZKP/I u člancima 568.-592. sadrži opće propise o suđenju o redovitim i izvanrednim pravnim lijekovima. Redoviti pravni lijekovi podnose se u formi pisanog sastavka koji mora sadržavati: oznaku pobijane odluke, podatke o sucu koji je donio odluku, oznaku dijelova i točaka koje se pobijaju te činjenične i pravne razloge pobijanja na kojima se temelji. Pravni lijek se predaje pisarnici suda koji je sudio u prvom stupnju. Podnositelj pravnog lijeka može povući zahtjev do početka rasprave, a na raspravi prije početka završnih govora (čl. 589. ZKP/I).

*Priziv* je osnovni redoviti pravni lijek u talijanskom kaznenom postupovnom pravu. **O prizivu podnesenom protiv presude suda prvoga stupnja odlučuje prizivno sudište. O prizivu podnesenom protiv presude sudišta asiza odlučuje prizivno sudište asiza. O prizivu protiv presuda suca za prethodna istraživanja odlučuju prizivno sudište i prizivno sudište asiza, ovisno o tomu radi li se o kaznenom djelu iz nadležnosti suda ili sudišta asiza, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Odlučujući o prizivu, sud drugog stupnja ovlašten je ispitivati dijelove odluke koji se pobijaju podnesenim prizivom (članak 597.).**

*Priziv* dovodi do suđenja pred sudom drugog stupnja, koje uključuje odlučivanje o primjeni prava i biti optužbe. Ispitivanje prizivnog suda ograničeno je na dijelove i točke presude na koje se odnose razlozi priziva (čl. 597. st. 1. ZKP/I). Iznimka su od tog pravila jesu pitanja o kojima sud mora odlučiti po službenoj dužnosti. U fazi suđenja pred sudom *drugog stupnja* Zakonik određuje dva oblika postupanja: 1) postupak na sjednici vijeća i 2) postupak na raspravi. *Postupak na sjednici vijeća* (čl. 599. ZKP/I) provodi se u slučajevima u kojima se prizivom ne osporava krivnja optuženika, na način predviđen u čl. 127. ZKP/I. Od toga su izuzeti slučajevi potpunog ili djelomičnog sporazuma stranaka iz čl. 599. st. 4. i 602. st. 2. ZKP/I i prizivi protiv presuda donesenih u skraćenom suđenju (č. 443. st. 4. ZKP/I),

90 Zakonik o kaznenom postupku (*Codice di procedura penale*) Republike Italije proglašen je 22. rujna 1988., br. 447, objavljen u *Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 250 del 24 ottobre 1988. O ovom Zakoniku opširnije vidjeti: *Insolera, G.*, predgovor za Talijanski kazneni postupak, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci - Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice (redaktor: *Pavišić, B.*), Rijeka, Žagar, 2002., str. 10-11. (u nastavku: *Insolera, G.*, Talijanski kazneni postupak (2002.).

91 **Prema:** *Sfrappini, P.*, u: Talijanski kazneni postupak (2002.), str. 189-192. (u nastavku: *Sfrappini, P.*, u: Talijanski kazneni postupak (2002.).

92 **Prema:** *Sfrappini, P.*, u: Talijanski kazneni postupak (2002.), str. 189-192.

o kojima se uvijek odlučuje u sjednici vijeća. *Postupak na raspravi* (čl. 602. ZKP/I) odvija se na javnom ročištu. Rasprava započinje izvješćem o suđenju u prvom stupnju koje izlaže predsjednik ili određeni sudac. U toj se fazi i po službenoj dužnosti mogu pročitati dokumenti iz prvostupanjskog spisa (čl. 511. ZKP/I). U postupku pred prizivnim sudom primjenjuju se propisi koji vrijede za postupak pred sudom prvoga stupnja, ukoliko su primjenjivi, osim ako zakonom nije drukčije određeno (članak 598.).

*Kasacijska žalba* je redoviti pravni lijek „protiv presuda i odluka o osobnoj slobodi“ (čl. 111. st. 6. ZKP/I). Odlučujući o toj žalbi Kasacijsko sudište jamči pravilno i jedinstveno tumačenje zakona. Kasacijskom žalbom, koja dovodi do kasacijskog suđenja, mogu se pobijati: a) presude koje donose prizivni sudovi, b) presude prvostupanjskih sudova protiv kojih se ne može podnijeti priziv (čl. 443. st. 1. i 3., 448. st. 2., 469. ZKP/I) i c) u slučaju podnošenja neposredne kasacijske žalbe (čl. 569. ZKP/I). Zakonske osnove (razlozi) kasacijske žalbe taksativno su predviđene u čl. 606. ZKP/I i moraju se naznačiti u pravnom lijeku.

Postupanje o kasacijskoj žalbi (postupanje u drugom stupnju) obuhvaća: 1) prethodne radnje, 2) sjednicu vijeća i 3) usmenu raspravu. Tijekom *prethodnih radnji* predsjednik sudišta raspoređuje žalbe u pojedina vijeća ili u jedinstveno vijeće. Nakon prijema spisa pisarnica obavještava generalnog državnog odvjetnika radi podnošenja mogućeg zahtjeva o nedopuštenosti pravnog lijeka. Nakon toga, predsjednik vijeća ili predsjednik jedinstvenog vijeća određuje datum razmatranja žalbe u javnom ročištu ili u sjednici vijeća i o tome obavještava stranke. U postupku na *sjednici vijeća* (čl. 611. ZKP/I) ispituje se žalba, zahtjev generalnog državnog odvjetnika i podnesci ostalih stranaka. Postupak na sjednici vijeća provodi se u slučajevima taksativno propisanih zakonom. Ovaj se postupak uvijek provodi u slučaju pobijanja odluka koje nisu donesene na raspravi, osim ako se ne radi o presudama donesenim u skraćenom suđenju. Postupanje na *javnom ročištu* (čl. 614. ZKP/I) obuhvaća *usmenu raspravu o žalbi* kojoj prethodi izvješće predsjednika ili određenog suca. Nakon usmene rasprave Kasacijsko sudište donosi odluku o kasaciji.

*Revizija* je izvanredni pravni lijek utemeljen na *favor innocentiae*. Članak 630. ZKP/I taksativno određuje slučajeve revizije. Zahtjev za reviziju mora biti sastavljen u skladu s čl. 633. ZKP/I. Podnosi se pisarnici nadležnoga prizivnoga sudišta. Revizija mora sadržavati razloge i dokaze na kojima se temelji. Prizivno sudište može rješenjem, koje je moguće pobijati kasacijskom žalbom, odbaciti reviziju zbog nedopuštenosti ili nepridržavanja propisa iz čl. 629. – 633. ZKP/I. Ako to ne učini, nalogom dostavlja reviziju strankama koje su sudjelovale u prethodnim stadijima postupka. Postupak o reviziji odvija se prema pravilima koja vrijede za suđenje u prvom stupnju u mjeri u kojoj su primjenjiva. U slučaju prihvaćanja zahtjeva za reviziju, prizivno sudište opoziva pobijanu odluku presudom protiv koje je dopuštena kasacijska žalba, uz primjenu daljnjih mjera.<sup>93</sup>

93 Prikaz sustava pravnih lijekova prema talijanskom Zakoniku o kaznenom postupku, osim prema tom Zakoniku, dan je i prema: *Sfrappini, P.*, u: Talijanski kazneni postupak, 2002., str. 189-192.

## ZAKLJUČAK

Osim glavne zadaće drugostupanjskog kaznenog suda da zakonito i pravično provede žalbeni postupak i pravilno odluči o osnovanosti ili neosnovanosti podnesene žalbe, njegova bi se funkcija trebala sastojati i da svojim postojanjem i djelovanjem osigura ispravke u radu i rezultatima rada nižih kaznenih sudova, jednaku primjenu zakona prema svima, jedinstveno postupanje u praksi, provedbu načela vladavine prava te tako osigura veću pravnu sigurnost u društvu. Uvjeti za postizanje tih ciljeva bili bi: odgovarajuće ustrojstvo redovitih sudova, odgovarajuće ustrojstvo instancijskih sudova, primjerena stvarna nadležnost instancijskih sudova, dostatna pravna izobrazba nositelja sudbene vlasti u svim posebice instancijskim sudovima te odgovarajuća organizacijska i tehnička potpora. To bi morala biti briga ne samo sudbene već prvenstveno izvršne i zakonodavne vlasti u društvu. Ova promišljanja i prijedlozi trebaju biti u funkciji postizanja onakvog ustrojstva kaznenih sudova kojim bi se na najučinkovitiji i najpotpuniji način ostvario temeljni cilj i svrha kaznenog sudovanja, a to je brza i djelotvorna zaštita građana i društva u cjelini od svih oblika kriminaliteta. Zbog toga treba osigurati djelotvorno pravo pristupa sudu, pa tako i višem sudu, pred kojim bi žalbeni postupak bio proveden zakonito, pravično i učinkovito.

## Summary

### **PROCEDURAL ACTIONS OF THE HIGHER COURT FOLLOWING THE APPEAL AGAINST THE FIRST-INSTANCE JUDGMENT IN CRIMINAL MATTERS**

The author in this article presents an overview of procedural actions of the higher court (second-instance court, appellate court, court of second instance, court of appeal - *iudex ad quem*) in proceedings following the appeal against a judgment rendered by a first-instance court. After general introductory remarks on the notion of criminal court, legal remedies and second-instance procedure, the author gives special attention to the right of access to higher court which is guaranteed under the Article 6 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Furthermore, he discusses an important thesis that the extent, content and course of second-instance proceedings are determined by the appeal itself and that the court, not the parties, has a dominant role in the proceedings which is contrary to the first-instance proceedings. Procedural actions of the higher court are described throughout different phases. The trial in front of the higher court is conducted in open or closed panel sessions to discuss and deliver a decision upon an appeal based on the merits. In executive sense the trial is divided in procedural actions before, during and after the panel session. In the final chapter of the article, the author emphasises that the main task of the higher court is to legally and fairly execute the second-instance proceedings and to make a correct decision regarding the justifiability of submitted appeal. In that manner, the higher court becomes a rectifier of lower criminal courts work and working results and at the same time strongly contributes to the realisation of important constitutional principle, the principle of rule of law in society.

**Key words:** *criminal court, legal remedies, appeal, higher court, second-instance proceedings.*

## Zusammenfassung

### **VORGEHEN DES OBEREN GERICHTES IN BERUFUNG GEGEN EIN ERSTINSTANZLICHES STRAFURTEIL**

Die vorliegende Arbeit stellt die Vorgehensweise des oberen Gerichtes (zweitinstanzlichen Gerichtes, Berufungsgerichtes - *iudex ad quem*) in einem Berufungsverfahren gegen ein erstinstanzliches Urteil dar. Nach einführenden Bemerkungen zu Strafgericht, Rechtsmittel und zweitinstanzlichem Verfahren wird auf das Recht des Zugangs zu oberem Gericht, welches aus Artikel 6. der EMRK hervorgeht, hingewiesen. Es wird betont, dass der Umfang, Inhalt und Lauf des Berufungsverfahrens von der Berufung beeinflusst werden, wobei das Gericht und

nicht die Parteien wie im erstinstanzlichen Verfahren, geradezu die entscheidende Rolle spielt. Das Vorgehen des oberen Gerichts kann schrittweise dargestellt werden. Im Laufe des Verfahrens vor dem oberen Gericht wird über die eingelegte Berufung entschieden. Dieses Verfahren findet in Form einer Senatsitzung, die entweder öffentlich oder geschlossen sein kann, statt. Die Vorgehensschritte können insofern in die vor der Senatsitzung, während und nach der Senatsitzung stattfindenden aufgeteilt werden. Zum Schluss hebt der Autor die Hauptaufgabe des oberen Gerichtes hervor, nämlich gesetzesmäßig und gerecht das zweitinstanzliche Verfahren durchzuführen und die Entscheidung über die Begründetheit und Nichtbegründetheit der eingelegten Berufung gerecht zu treffen. Auf diese Weise korrigiert dieses Gericht sowohl die Arbeit, als auch die Ergebnisse der niedrigeren Strafgerichte und trägt somit im Wesentlichen zur Realisierung des Verfassungsprinzips von Rechtsstaatlichkeit in der Gesselschaf bei.

*Schlüsselwörter: Strafgericht, Rechtsmittel, Berufung, oberes Gericht, zweitinstanzliches Verfahren.*

#### Riassunto

### **IL MODO DI PROCEDERE DELLA CORTE DI PIÙ ALTO GRADO CON RIGUARDO ALL'IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA PENALE DI PRIMO GRADO**

Nel contributo l'autore illustra il modo di procedere di una Corte di più alto grado (Corte d'Appello, Tribunale del riesame, Tribunale di secondo grado, Tribunale d'istanza - *iudex ad quem*) nel procedimento relativo all'impugnazione avverso una sentenza di primo grado. Dopo le considerazioni introduttive di carattere generale circa il concetto di tribunale penale, circa i mezzi di impugnazione e circa il procedimento di secondo grado, l'autore dedica particolare attenzione al diritto di rivolgersi ad un tribunale di più alto grado, ricavabile dal significato complessivo dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ancora, l'autore si sofferma sull'importante considerazione che l'estensione, il contenuto ed il corso del procedimento di secondo grado viene definito dal ricorso medesimo, come anche sul fatto che il ruolo del giudice in tale procedimento è dominante, diversamente dal procedimento di primo grado che s'incentra sulle parti.

La rappresentazione del modo di procedere della Corte di più alto grado viene offerta attraverso le singole fasi. Il procedimento dinanzi alla Corte di più alto grado, nel quale si dibatte sul merito e si decide del ricorso presentato, si svolge nel corso di una seduta del consiglio, la quale può essere pubblica o segreta. Il modo di procedere s'intende suddiviso: prima della seduta del consiglio, durante la seduta del consiglio ed al termine della seduta. Al termine del lavoro, l'autore rileva che

il compito principale della Corte di più alto grado è di condurre il procedimento di secondo grado nel rispetto della legge e dell'equità, come pure decidere sulla fondatezza o no del ricorso presentato. In questo modo tale Corte funge da correttivo del lavoro e dei risultati dei tribunali penali inferiori, contribuendo a realizzare il rispetto dello Stato di diritto costituzionalmente garantito e di fondamentale importanza nella società.

***Parole chiave:*** *Tribunale penale, mezzi di impugnazione, ricorso, Corte di più alto grado, procedimento di secondo grado.*





## STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA KAO UVJET ZA PROVEDBU KONCENTRACIJE U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOGA NATJECANJA<sup>1</sup>

Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, docent  
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu  
Dr. sc. Dubravka Akšamović, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku  
Dr. sc. Ana Pošćić, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.13(497.5)  
339.13::061.1EU  
Ur.: 11. svibnja 2010  
Pr.: 9. studenoga 2010.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Učinkovit nadzor koncentracija poduzetnika podrazumijeva detektiranje onih koncentracija koje imaju negativne učinke na tržišno natjecanje. Takve koncentracije ipak mogu biti dopuštene ako sudionici koncentracije pristanu na ispunjenje određenih mjera, uvjeta i obveza koji otklanjaju negativne učinke koncentracije. U radu su analizirana europska pravila i praksa Komisije i sudova u području prava tržišnog natjecanja, kao i hrvatska pravila i novija praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Time je dan jasan uvid u stanje prava tržišnog natjecanja u EU i Hrvatskoj glede strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja. U tom smislu, posebno se ispituje u kojoj su mjeri hrvatski propisi usklađeni s pravnom stečevinom Unije, te u kojoj mjeri praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja prati najnovije izmjene u europskim propisima (Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Uočava se tendencija „usklađivanja kroz praksu“, tj. tendencija izravne primjene kriterija koji se primjenjuju u pravu tržišnog natjecanja Unije u pojedinačnim odlukama Agencije bez obzira na činjenicu da pojedina pravna pitanja nisu riješena važećim domaćim propisima. Ovakvo stanje interpretativnog usklađivanja kroz praksu, koje je karakteristično za razdoblje prije punopravnog članstva Hrvatske u Europskoj uniji, vjerojatno se neće značajnije promijeniti niti nakon ulaska u članstvo iako će se tada propisi Unije primjenjivati izravno, temeljem načela izravnog učinka, dok se do tada pravila Unije „ne primjenjuju kao izravni izvor prava“, već samo kao „pomoćno sredstvo za tumačenje“.*

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

**Ključne riječi:** *pravo tržišnog natjecanja, koncentracije poduzetnika, strukturne mjere, mjere praćenja poslovanja, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.*

## **1. UVODNA RAZMATRANJA**

U radu se razmatraju strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracija.

Koncentracije trgovačkih društava pojava su u gospodarskom poslovanju karakteristična za sve pravne i gospodarske sustave. One su sastavni i neizostavni dio suvremene poslovne prakse. Poduzetnici provode koncentracije u cilju jačanja konkurentnosti, širenja na nova tržišta ili zbog očuvanja postojećih tržišnih pozicija.

Koncentracije poduzetnika u pravilu imaju za ishod jačanje tržišnog natjecanja jer doprinose unaprjeđenju proizvodnje i inovacijama, a time i konkurentnosti poduzetnika. No, s druge strane nesporno je da u pojedinim slučajevima koncentracije mogu rezultirati značajnim ograničenjima tržišnog natjecanja i slabljenjem konkurencije.

Pitanjima štetnih učinaka koncentracija, a napose spornim i zabranjenim koncentracijama bavi se domaće i poredbeno pravo i praksa tržišnog natjecanja. Od sredine 70-ih godina 20. stoljeća na ovamo, provodi se nadzor koncentracija s ciljem procjene mogućih (štetnih ili pozitivnih) učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Većina su koncentracija u konačnici dopuštene koncentracije. No i u domaćoj i u stranoj praksi bilježe se slučajevi zabrane provedbe koncentracije.

Svaka odluka o zabrani koncentracije redovito otvara brojne dvojbe o tome je li zabrana koncentracije nužna i neizbježna. Posebice, ako se ima u vidu važnost i potreba jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja na danas globalnom tržištu. Osim toga, trgovački subjekti, koji sudjeluju u koncentraciji nužnost provedbe koncentracije brane argumentima, kao što su potreba ulaganja u istraživanje i razvoj, sniženje troškova proizvodnje, razvoj nove tehnologije i slično. Iako je neosporno da gotovo svaku koncentraciju prate i potonje okolnosti, navedeni argumenti sami za sebe u pravilu neće biti dostatni za dopuštanje koncentracije, ako se u postupku ocjene koncentracije nesporno utvrdi da će koncentracija za krajnji ishod imati jačanje vladajućeg položaja poduzetnika i slabljenje konkurencije. No u praksi su situacije apsolutne zabrane provedbe koncentracije ipak vrlo rijetke. Bilježi se tek nekolicina takvih odluka.<sup>2</sup>

2 Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZTN) do sada je izrekla zabranu provedbe koncentracije u samo u jednom predmetu. Riječ je o koncentraciji između Zagrebačke banke d.d., Unicredito Italiano S.p.A. i Allianz d.d. (rješenje AZTN, UP/I 030-02/2001-01/43, 11.09.2001., NN 102/01). No i ta je koncentracija u konačnici dopuštena, nakon prihvatanja mjere restrukturiranja, odnosno nakon prodaje udjela u temeljnom kapitalu, koju je jedan od poduzetnika, sudionika koncentracije, držao u Splitskoj banci. Slična je situacija i u praksi Komisije. Komisija je od 21. rujna 1990. do 30. travnja 2010. ocjenjivala 4355 koncentracija, od toga je 20 koncentracija bilo zabranjeno, što je manje od 1% ukupno ocjenjivanih koncentracija, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>.

U većini slučajeva, tzv. spornih koncentracija, problem se rješava tako da sudionici koncentracije pristanu izmijeniti okolnosti koncentracije prihvaćanjem jedne ili više mjera, tzv. mjera restrukturiranja ili mjera praćenja poslovanja (ponašanja)<sup>3</sup> sudionika koncentracije, čijom se provedbom rješava sporni problem konkurencije i koncentracija dopušta. Takve su mjere zapravo kompromisno rješenje u odnosu na odluku o apsolutnoj zabrani provedbe koncentracije i njima se zadovoljavaju interesi svih stranaka koji su na neki način uključene u postupak u svezi s provedbom koncentracije. S jedne strane na taj se način, na zadovoljstvo antimonopolnih tijela uklanja uočeni problem konkurencije. S druge strane, poduzetnicima se omogućuje da uz nužne izmjene, provedu željeno povezivanje.

Spomenute mjere, predviđaju propisi svih država koje provode nadzor koncentracija i suvremenu politiku tržišnog natjecanja. U EU je prva Obavijest Komisije kojom se podrobnije definiraju vrste mjera te kojom se pobliže regulira postupak u svezi s implementacijom mjera, donesena 2001.<sup>4</sup> Ista je zamijenjena novom Obavijesti koja je donesena 2008.<sup>5</sup> Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja poduzetnika, poznaju i domaće zakonodavstvo i praksa tržišnog natjecanja. Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (dalje: ZZTN) ih jednako kao i stari ZZTN tek uzgredno spominje.<sup>6</sup> Njima se detaljnije bavi Naputak AZTN-a u svezi s postupkom ocjene dopuštenih koncentracija,<sup>7</sup> kojemu su uzor pri izradi poslužila rješenja sadržana u prvoj Obavijesti Komisije o mjerama iz 2001. Budući da je ista sada zamijenjena novom Obavijesti Komisije, a imajući i u vidu obvezu usklađivanja domaćeg zakonodavstva o tržišnom natjecanju sa zakonodavstvom koje je na snazi u EU, u radu se razmatra pravni režim za koncentracije u pravu tržišnog

3 Glede potonje mjere treba uvodno razjasniti neke terminološke dvojbe. Naime, novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/2009) mjere dijeli na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja. Engleski je izraz za strukturne mjere *structural remedies*, dok se za mjere praćenja poslovanja koristi engleski izraz *behavioural remedies*. Izraz *behavioural remedies* u Naputku Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u svezi s postupkom ocjene koncentracija iz 2004. preveden je kao mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije slijedom čega je isti termin bio u uporabi u pravnoj teoriji sve do donošenja novog ZZTN-a. Novi ZZTN, dakle koristi izraz mjere praćenja poslovanja, koji su slijedom toga prihvatile autorice ovoga rada.

4 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (2001/C 68/03) - u daljnjem tekstu: Obavijest Komisije o mjerama iz 2001.

5 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/C 267/01) - u daljnjem tekstu: Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.

6 U novom se ZZTN-u (NN 79/2009) strukturne mjere i mjere praćenja spominju na više mjesta bez da se pravno definiraju ili pojašnjavaju. Primjerice, u čl. 14. st. 1. toč 3. ZZTN-a određeno je da AZTN određuje mjere, uvjete i rokove za otklanjanje štetnih učinaka postupanja koje su posljedica zlorababe vladajućeg položaja. Dalje se u st. 2. propisuje da AZTN može kao mjeru iz prethodnog stavka odrediti mjeru praćenja poslovanja ili strukturnu mjeru. Nadalje se ista pitanja razmatraju u čl. 22. i to stavcima 4., 5., 6., i 7. Potom se o razmatranim mjerama govori i u čl. 24., čl. 58. st. 1. toč 5. i 8. novog ZZTN-a itd.

7 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, AZTN, 2004., [http://www.aztn.hr/pdf-novo/uredbe\\_vlade/7.4.pdf](http://www.aztn.hr/pdf-novo/uredbe_vlade/7.4.pdf).

natjecanja EU s posebnim osvrtom na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja sudionika koncentracije kao uvjet za provedbu koncentracije. Analiziraju se rješenja koja sadrži nova Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., kao i relevantna praksa Komisije. Podredno se ista materija razmatra i u kontekstu rješenja koja o mjerama poslovanja i strukturnim mjerama sadrže domaći propisi te odluke AZTN-a.

## **2. STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOGA NATJECANJA**

Koncentracije trgovačkih društava predmetom su regulacije propisa o tržišnom natjecanju EU od 1990. Do tada su koncentracije poduzetnika bile podvrgnute pravnom režimu članaka 81. i 82. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 101. i 102. UFEU), koji su posvećeni pitanjima zabranjenih sporazuma i zlouporabi vladajućeg položaja, a koji su se u praksi nadzora koncentracija pokazali nepodobnima za reguliranje materije koncentracija.<sup>8</sup> Stoga se 1973. započelo s radom na izradi dokumenta koji se isključivo trebao baviti pitanjima koncentracija poduzetnika u okviru zakonodavstva o tržišnom natjecanju EU.<sup>9</sup> Rad na izradi teksta buduće Uredbe 4064/89 trajao je šesnaest godina. Nakon šesnaest godina intenzivnih rasprava postignut je kompromisni sadržaj teksta Uredbe Vijeća o nadzoru koncentracija poduzetnika (dalje: Uredba 4064/89), koja je stupila na snagu 30. prosinca 1989.<sup>10</sup>

Navedena je Uredba vrijedna spomena budući da je ona prvi dokument kojim je u EU uspostavljen supranacionalni, administrativni i sudski nadzor koncentracija. Njome su postavljeni temelji suvremenoga postupka nadzora koncentracija u okviru EU. Njezinim je donošenjem za sve koncentracije od “značaja za Zajednicu” (*Community dimension*) postala nadležna Komisija.

Njome su prihvaćeni svi najznačajniji instituti i danas zastupljeni u postupku ocjene koncentracija u EU. Pravno su definirane pojave koncentracija, uveden je postupak obvezatne prijave namjere koncentracije, definirani su i precizirani kriteriji za ocjenu koncentracija. U postupak ocjene koncentracije uveden je (kasnije zamijenjen), test vladajućeg položaja, definirano je pitanje razgraničenja nadležnosti u postupku ocjene koncentracija između Komisije i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica te je uveden dvostupanjski postupak ocjene koncentracije. Definirana su i brojna druga pitanja nužna za provođenje postupka ocjene koncentracije poput tijeka postupka, rokova, ovlasti Komisije u postupku

8 Vidi o tome: Bank, K., *Mergers and Partial Mergers Under EEC Law*, u knjizi *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, Hawk, B., (ur.), Fordham University School of Law, Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 41- 85., Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 2004., str. 337-338.

9 Prvi prijedlog Uredbe o nadzoru koncentracija predložen je Vijeću EZ-a 20. srpnja 1973. (OJ C 92/1). Time formalno započinje rasprava o tekstu buduće Uredbe 4064/89.

10 Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings OJ L 395, 30.12.1989.

ocjene koncentracije (i druga), koja su bila nužna za djelotvornu provedbu prava tržišnoga natjecanja u odnosu na koncentracije.

Međutim, ono što je posebno bitno spomenuti u kontekstu ovoga rada je da je već prva Uredba o nadzoru koncentracija, Uredba 4064/89, predviđala mogućnost izmjene okolnosti koncentracija kod spornih koncentracija. Nakon toga je inače zabranjena koncentracija mogla biti proglašena usklađenom s ciljevima zajedničkog tržišta (*compatible with common market*). Odredbom članka 8(2) Uredbe 4064/89 bilo je predviđeno da će "Komisija koncentraciju proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem nakon što utvrdi da su sudionici koncentracije izmijenili okolnosti koncentracije i na taj način ispunili obveze i uvjete (*commitments*) koje su preuzeli sporazumom s Komisijom. Citirana je odredba, uz odredbe koje je sadržavala kasnije donesena Obavijest Komisije o mjerama iz 2001., bila podloga na kojoj se gradila, danas bogata praksa Komisije u primjeni strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

Uredba 4064/89 na snazi je bila sve do 2004., kada je zamijenjena novom Uredbom 139/04. Glavni su razlozi donošenja nove Uredbe, potreba za fleksibilnijim postupkom ocjene koncentracija i potreba za modernizacijom pravnih rješenja u domeni nadzora koncentracija poduzetnika na razini EU.<sup>11</sup> Novom se Uredbom u postupak ocjene koncentracije uvodi niz novina, među kojima je zasigurno jedna od najvažnijih novina, uvođenje novoga testa u postupku ocjene koncentracija, tzv. testa značajnoga učinka.<sup>12</sup> Međutim, kada je riječ o mjerama praćenja poslovanja poduzetnika i strukturnim mjerama, Uredba 139/04 ne sadrži nova rješenja ili rješenja koja bi na bitno drugačiji način regulirala naznačena pitanja. U tom je smislu, temeljni dokument, kojim su u pravu tržišnoga natjecanja EU regulirane strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja i nakon donošenja nove Uredbe o nadzoru koncentracija, Uredbe 139/04, bila Obavijest Komisije o mjerama iz 2001. godine.

11 Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.01.2004. O razlozima, ciljevima i obuhvatu reforme zakonodavstva o koncentracijama u EU vidi: Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 COM / (1002) 745/6, 11.12.2001. No ovdje još treba napomenuti i to da je donošenje Uredbe 139/04 rezultat sveobuhvatne reforme prava tržišnoga natjecanja EU-a, a ne samo zakonodavstva o koncentracijama. Istodobno se provodila i reforma propisa o primjeni članka 81. i 82. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 101. i 102. UFEU), a kada je Uredba 17/62 zamjenjena danas važećom Uredbom 1/2003.

12 Tzv. SIEC (*significant impediment to effective competition*) test. Primjenom ovoga testa središnji je cilj postupka ocjene koncentracija utvrditi hoće li koncentracija za posljedicu imati slabljenje tržišnoga natjecanja na mjerodavnim tržištima na kojima proizvodi učinke. Ako se isto potvrdi, koncentracija se smatra zabranjenom, a ako ne, načelno se može smatrati da je riječ o dopuštenoj koncentraciji. Prema ranijem, tzv. testu vladajućega položaja, Komisija je u postupku ocjene koncentracije, a u cilju njezine zabrane, trebala dokazati da će koncentracija imati za učinak ili posljedicu jačanje ili stvaranje vladajućega položaja sudionika koncentracije. Vidi detaljnije kod Pecotić Kaufman, J., Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnoga natjecanja Europske unije, Pravo i porezi, br. 10/09., str. 80-86.

Potonja je Obavijest Komisije važna i danas, iako je izmijenjena 2008. budući da je ona prvi dokument Komisije u kojem se sustavno i cjelovito pristupa razmatranju pitanja strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja. Njome je u europsko pravo tržišnog natjecanja uvedena danas uvriježena kategorizacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja.

Osim navedenoga, Obavijest Komisije o mjerama iz 2001. regulirala je i brojna druga važna pitanja, kojima se bavi i nova Obavijest Komisije. Primjerice: 1/ opća načela i kriteriji za primjenu mjera, 2/ uvjeti koji sudionici koncentracije moraju ispuniti da bi Komisija prihvatila strukturnu mjeru ili mjeru praćenja poslovanja mjeru, 3/ u Obavijesti iz 2001. opisani su i postupci i slučajevi koncentracija u kojima primjena mjera nije moguća, 4/ uvjeti koje mora zadovoljavati potencijalni kupac imovine koja se u postupku primjene mjera prenosi na novog kupca, 5/ pitanja u svezi s imenovanjem povjerenika, 6/ pitanja nadzora nad provedbom mjera i brojna druga pitanja, procesne i materijalne naravi, bitna za primjenu instituta mjera praćenja poslovanja i strukturnih mjera u praksi.

Osim navedene Obavijesti Komisije iz 2001., još su dva dokumenta Komisije vrijedna spomena kao pravna vrela donesena u okviru zakonodavstva o koncentracijama s ciljem klarifikacije i standardizacije postupka primjene strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

Prvi je *Model Texts for Divestiture Commitments*, koji sadržava preporučeni sadržaj izjave sudionika koncentracije o preuzimanju neke obveze. Drugi je *Model Text for Trustee Mandate* koji sadrži tekst izjave u svezi s imenovanjem povjerenika (*trustee*) za nadzor provedbe mjera. Oba su dokumenta objavljena 2003. u okviru dokumenta koji nosi naziv *Best Practice Guidelines: The Commission's Model Text for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*, a koji načelno obrazlaže i pojašnjava svrhu donošenja potonjih dokumenata.<sup>13</sup>

Svi ovi dokumenti, već sam za sebe, potvrđuju da se pravnoj materiji koncentracija općenito, a posebno razmatranim mjerama praćenja poslovanja i strukturnim mjerama, u okviru EU posvećuje velika pozornost. Ovo nije bez razloga. Koncentracije poduzetnika smatraju se važnim čimbenikom integracije tržišta europskih država. U tom smislu, pravo tržišnog natjecanja EU ne teži zabrani koncentracija i stvaranju preprjeka koncentracijama između poduzetnika, već iznalaženju rješenja koje će zadovoljiti i ciljeve prava tržišnoga natjecanja i omogućiti gospodarski rast i razvoj, a time i prosperitet, "europskog gospodarstva".

### **2.1. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008. godine**

Nova je Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama (strukturnim mjerama i mjerama praćenja poslovanja) donesena u listopadu 2008. godine.<sup>14</sup> Prije njezine

<sup>13</sup> Svi su dokumenti dostupni na: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/note.pdf>.

<sup>14</sup> Nova je Obavijest objavljena u Službenom listu EU-a br. 267/1 od 22.10.2008.

službene objave, objavljen je nacrt njezina teksta,<sup>15</sup> koji je poslužio kao podloga za raspravu i moguće kritike koje bi trebale biti uvažene pri usvajanju konačnog teksta nove Obavijesti.

Novom je Obavijesti revidiran tekst ranije Obavijesti o mjerama iz 2001. godine. No, unatoč tomu, ona ne donosi neke bitne suštinske ili korjenite promjene u praksi Komisije u primjeni mjera. I sama Komisija, prigodom inauguracije nove Obavijesti ističe da se u novoj Obavijesti temeljno polazi od iskustava i prakse koja se razvila tijekom vremena primjene mjera te da su u njoj uvaženi i uključeni sva bitna stajališta suda EU.

Međutim, Obavijest Komisije o mjerama iz 2008. ipak uvodi neke novine. Kao prvo, ona za razliku od prethodne obavijesti puno detaljnije razrađuje pojedine mjere i uvjete za njihovu implementaciju. Kao drugo, njome je značajno revidiran sam postupak podnošenja mjera. U tu je svrhu izdan novi obrazac koji stranke podnose Komisiji kada preuzimaju strukturnu mjeru ili mjeru praćenja poslovanja (tzv. *Form RM*). Kao treće, ona na transparentniji i jasniji način od prethodne Obavijesti opisuje pojedinačne mjere te okolnosti koje Komisija posebno vrijednuje pri prihvaćanju mjere, u prvoj ili drugoj fazi postupka ocjene koncentracije. Ovo je osobito bitno za poduzetnike, jer na taj način unaprijed znaju što je Komisiji prihvatljivo i neprihvatljivo u konkretnom slučaju. U svakom slučaju, oni štede i vrijeme i trud u pripremi mjere koju će u konačnici predložiti Komisiji. Kao četvrto, ona bitno iscrpnije definira pitanja imenovanja, prava, obveza povjerenika za nadzor nad ispunjenjem mjera.

Sva su naznačena pitanja obrađena u pet glava nove Obavijesti. Glava I. sadrži uvodna obrazloženja. U njoj se obrazlažu razlozi donošenja nove Obavijesti te njezina svrha. U glavi II. definirana su temeljna načela u svezi s primjenom i prihvaćanjem mjera. Glava III. predstavlja središnji dio nove Obavijesti i detaljno se bavi različitim vrstama mjera. Glava IV. bavi se postupovnim pitanjima u postupku podnošenja i prihvaćanja mjera u I. i II. fazi postupka ocjene koncentracije. I posljednja, glava V. razrađuje u detalje uvjete za prihvaćanje mjera s posebnim osvrtom na ulogu i ovlasti povjerenika koji je zadužen za nadzor nad provedbom mjera.

### *2.1.1. Opća načela i kriteriji za primjenu mjera*

Jedan je od temeljnih preduvjeta učinkovite primjene razmatranih mjera, jasan, nedvosmislen, transparentan i predvidiv postupak u svezi s donošenjem i prihvaćanja mjera. Bez unaprijed formuliranih i poznatih kriterija i uvjeta za prihvaćanje mjera, teško je za očekivati da će sudionici koncentracije biti u stanju procijeniti kada je neka strukturna ili druga mjera Komisiji prihvatljiva, a kada ne.

U višegodišnjoj su se praksi primjene mjera, iznjedrila sada već opće prihvaćena i opće poznata načela i kriteriji za primjenu mjera. Ista se temelje na prethodnoj praksi Komisije i Suda, a utjelovljena su, osim u odredbama nove Obavijesti i u

<sup>15</sup> Vidi o tome: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft\\_remedies\\_notice.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf).

drugim dokumentima Komisije.<sup>16</sup> U novoj su Obavijesti ona dijelom glave II. koja nosi naziv „Opća načela“. Međutim, tekst Obavijesti ukazuje na činjenicu da nije riječ samo o pravnim načelima koja vrijede u postupku donošenja mjera, već o zakonitostima od kojih se polazi u primjeni razmatranog instituta u praksi.

#### 2.1.1.1. *Uklanjanje poteškoća za tržišno natjecanje: potpuno, trajno i u kratkom roku*

Polazno je i jedno od temeljnih stajališta Komisije, zauzeto u razmatranoj Obavijesti da je primjena strukturne mjere ili mjere praćenja moguća i ima smisla, samo ako se u potpunosti, trajno i u kratkom roku uklanja sporni problem konkurencije.<sup>17</sup> U tom smislu, svaka predložena mjera, čiji je učinak neizvjestan, koja nudi samo djelomično ili privremeno rješenje spornog problema konkurencije ili samo na nekom od mjerodavnih tržišta i slično, *a priori* se smatra neprikladnom i postoji mala ili nikakva vjerojatnost da će Komisija takvu mjeru prihvatiti. Izbor odgovarajuće mjere prepušten je sudionicima koncentracije. Odnosno, drugačije rečeno, sudionici koncentracije sami predlažu Komisiji odgovarajuću mjeru. Komisija nema ovlast jednostrano nametnuti sudionicima koncentracije bilo koju mjeru.<sup>18</sup> Njezina je zadaća, a to proizlazi i iz razmatrane Obavijesti, usmjerena na ispitivanje učinaka predložene mjere.

Ocjenjujući podobnost predložene mjere, Komisija je u prvom redu obvezna utvrditi, polaznu pretpostavku, odnosno uklanja li predložena mjera u potpunosti i trajno sporni problem konkurencije.<sup>19</sup> Smatrat će se da predložena mjera proizvodi rečene učinke, ako Komisija može s nužnim stupnjem sigurnosti (*requisite degree of certainty*)<sup>20</sup> zaključiti:

a) predložena mjera će se moći provesti u kratkom vremenu i s vidljivim učinkom,<sup>21</sup>

b) ako je izvjesno da će predložena mjera proizvesti željene učinke te da će novo stanje na tržištu, koje je uspostavljeno nakon mjere, biti dugoročno održivo<sup>22</sup> te

c) ako će se provedbom mjere spriječiti nastup štetnih učinaka na tržišno

16 Vidi u tom smislu Uredbu 139/04, alineja 30 preambule; Merger Remedies Study, DG Comp, listopad 2005., [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf).

17 Vidi §§ 9 i 10 Obavijesti; vidi i presudu Suda EU-a u predmetu T-87/05 *EDP protiv Komisije* (2005) ECR II-3745, § 105.

18 Vidi u tom smislu § 6 Obavijesti. Takvo stajalište proizlazi i iz presude Suda EU-a u predmetu T-210/01 *General Electric protiv Komisije*, (2005) ECR II-5575, § 52. Komisija može predloženu mjeru prihvatiti ili ne, može tražiti ispunjenje dodatnih obveza, definirati rokove u kojima se preuzete obveze moraju ispuniti i ima i niz drugih ovlasti, no ne i ovlast da jednostrano propiše mjeru koju sudionici moraju preuzeti.

19 § 7 Obavijesti.

20 Vidi § 10 Obavijesti; vidi u tom smislu i presudu Suda EU-a u predmetu T-177/04 *easyJet protiv Komisije*, (2006) ECR II 1931, § 188.

21 Vidi § 9 Obavijesti.

22 Vidi § 10 Obavijesti.



natjecanje (*significantly impede competition*), koji bi inače i bez provedbe mjere, nastupili na mjerodavnom tržištu.<sup>23</sup>

Kako bi utvrdila navedeno, Komisija je obvezna razmotriti sve relevantne čimbenike, a posebice vrstu i doseg predložene mjere, imajući u vidu strukturu tržišta, stanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, veličinu i snagu tržišnih natjecatelja i slično.<sup>24</sup> U tom smislu, u novoj Obavijesti stoji da je Komisija obvezna zasebno ispitati i tretirati svaki slučaj koncentracije i svaku predloženu mjeru. Time se (i u ovoj) Obavijesti potvrđuje da je *case by case* pristup i dalje temeljna metoda koja se primjenjuje u postupku ocjene koncentracija, ali i primjeni mjera.

### 2.1.1.2. Nadzor nad provedbom mjera

Sljedeći postavljen uvjet kao *conditio sine qua non* za prihvaćanje neke mjere, je moguć nadzor nad njezinom provedbom.<sup>25</sup> Ovo posebno u odnosu na mjere praćenja poslovanja, ali i strukturne mjere. Pitanje nadzora nad provedbom mjera u dosadašnjoj se praksi Komisije pokazao kao posebno težak i složen problem za nadležna tijela. Problem leži u tomu što su poduzetnici sudionici koncentracije, u cilju ishođenja odobrenja koncentracije deklaratorno spremni prihvatiti bilo koju mjeru, a nerijetko su spremni preuzeti i više obveza negoli je to potrebno. Sve to, do trenutka dok koncentracija nije odobrena ili provedena ili na neko kraće razdoblje. Dosadašnja praksa Komisije potvrđuje da nakon što je koncentracija odobrena, i provedena, motivacija sudionika koncentracije za ispunjenje preuzetih obveza pada i oni su skloni učiniti tek toliko da zadovolje puku formu, bez prave namjere na poduzimanje radikalnih poteza, koji će proizvesti uistinu pozitivne učinke na tržišno natjecanje.

Nadalje, problem se može javiti i kada poduzetnici nemaju namjeru opstruirati ispunjenje preuzete obveze, ali kada je ispunjenje preuzete mjere otežano ili nemoguće, uslijed okolnosti koje se pripisuju krivnji sudionika koncentracije ili zbog drugih okolnosti, primjerice nemogućnost pronalaska odgovarajućeg kupca kod strukturnih mjera.<sup>26</sup> I naposljetku, može se dogoditi i da su predložene mjere ponekad presložene da bi se njihovo ispunjenje moglo učinkovito nadzirati.

U cilju reguliranja i razjašnjenja potonjih problema, Komisija u Obavijesti nudi određena pojašnjenja razmatranih problema. Primjerice, u Obavijesti se navodi da ako stranke predlože Komisiji mjere koje su toliko kompleksne da se ne može

23 Ibid.

24 Vidi § 12 Obavijesti.

25 Vidi § 13 Obavijesti.

26 Primjerice u predmetu koncentracije *SCA/Metsä Tissue* (COMP/M. 2097) Komisija je zabranila koncentraciju unatoč tome što su sudionici koncentracije bili spremni prodati dio imovine zajedno s nekim brandovima. Osim činjenice jačanja vladajućeg položaja na niz mjerodavnih tržišta u zemljopisnom smislu, Komisija je posebno spornim ocijenila okolnost da i u slučaju prodaje imovine, potencijalni kupac, s obzirom na uhodane kanale distribucije i jak tržišni položaj sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu, ne bi imao šanse učinkovito konkurirati, poduzetniku koji je nastao koncentracijom.

procijeniti niti sa sigurnosti utvrditi da će njihovo ispunjenje biti moguće, Komisija ne može jamčiti da će iste biti prihvaćene.<sup>27</sup> Time se sudionicima koncentracije jasno stavlja do znanja da su obvezni predložiti neku razumnu i provedivu mjeru, čije je pozitivne učinke moguće utvrditi i dokazati, ali potom i nadzirati. U protivnom, Komisija ima ovlast i odbiti predloženu mjeru uz argument da se ne može osigurati nadzor nad provedbom mjera.<sup>28</sup>

Nadalje, u Obavijesti dalje stoji da će Komisija u ocjeni preuzetih obveza ispitati je li predložena mjera proporcionalna težini problema (načelo proporcionalnosti).<sup>29</sup> Time se s jedne strane želi naglasiti da sudionici koncentracije nisu dužni preuzeti više obveza negoli je potrebno za uklanjanje spornoga problema, već upravo suprotno, da treba pronaći optimalno rješenje problema i mogućnost nadzora nad provedbom preuzete obveze.<sup>30</sup>

### 2.1.1.3. Prednost strukturnim mjerama

Opće je stajalište Komisije, koji je dijelom službene politike tržišnog natjecanja od najranijih dana primjene mjera, da između strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja, Komisija uvijek daje prednost strukturnim mjerama.<sup>31</sup> Ovo iz

27 Vidi § 14 Obavijesti. Kao primjere prekompleksnih i time za Komisiju neprihvatljivih mjera vidi: COMP/M. 3440 *ENI/EDP/GDP*, 9.12.2004.; COMP/M. 1672 *Volvo/Scania*, 15.3.2000.

28 Vidi § 14 Obavijesti.

29 Načelo razmjernosti jedno je od temeljnih načela prava EU-a utjelovljeno u čl. 5. st. 3. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 5. st. 4. UFEU), u kojem se navodi da mjere koje poduzimaju tijela EU ne smiju premašiti granice onoga što je nužno da se ostvari određeni cilj. U odnosu na razmatranu problematiku to znači da je Komisija u slučaju mogućnosti izbora između dvije ili više mjera obvezna primijeniti, za sudionike koncentracije, povoljniju mjeru. Takav zaključak proizlazi i iz odluke Suda EU-a u predmetu *BaByliss SA protiv Komisije* u kojem je Sud zauzeo stav da bi inzistiranje na prodaji imovine sudionika koncentracije (*divestiture*), u situaciji kada postoji mjera koja je za sudionike koncentracije prihvatljivija, bilo suprotno načelu razmjernosti (T-114/02, (2003) ECR II-1279).

30 Vidi u tom smislu: Cook, J., Kerse, C., *EC Merger Control*, 5th ed., Sweet&Maxwell, str. 283.

31 Načelni je stav Komisije, koji se provlači kroz cijeli tekst Obavijesti, da su strukturne mjere prikladniji i bolji način rješenja spornog problema konkurencije od mjera praćenja poslovanja. Ona kao uporište za svoje stajalište navodi i neke odluke Suda EU-a, konkretno stajalište Suda u predmetu *Tetra Laval protiv Komisije* (C-12/03, (2005) ECR I-987), te u predmetu *Gencor protiv Komisije* (T-102/96, (1999) ECR II-753). Međutim, uvidom u navedene odluke Suda ne može se zaključiti da Sud izričito daje prednost bilo kojoj vrsti mjera. Tako primjerice, u predmetu *Tetra Laval protiv Komisije*, § 319, Sud navodi da je kategorizacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja nebitna te da je važno da se predloženom mjerom mogu postići željeni učinci sprječavanja stvaranja vladajućeg položaja na tržištu. I u pravnoj teoriji se nailazi na gledišta autora koji navode da je favoriziranje strukturnih mjera predimenzionirano te da se u praksi primjene strukturnih mjera pojavljuje niz problema. (Vidi o tome više: Motta, M., Polo, M., *Merger Remedies in the EU: An Overview*, u knjizi, *Merger Remedies in American and EU Competition law*, Leveque, F., Shelanski, H., (ur.), Edward Elgar Publishing, 2004., str. 112. i dalje, Papandropoulos, P., Tajana, A., *The Merger Remedies Study - In Divestiture we Trust*, *European Competition Law Review*, br. 8/06., str. 449.). Na isti zaključak upućuje i Studija Komisije iz 2005. (*Merger Remedy Study*, supra bilj. 16).

razloga, jer strukturne mjere redovito predstavljaju trajno rješenje problema, jer u slučaju prihvaćanja strukturnih mjera Komisija ne mora osigurati trajni nadzor nad ispunjenjem mjera. Međutim, izloženi je stav samo načelne prirode i ne treba ga tumačiti tako da Komisija neće prihvatiti i mjeru praćenja poslovanja kao mogući način razrješenja problema. Komisija je unatoč načelnoj sklonosti prihvaćanja strukturnih mjera, obvezna pojedinačno valorizirati svaku ponuđenu mjeru i utvrditi nudi li ona odgovarajuće rješenje spornog problema i sukladno tomu postupati.<sup>32</sup>

## 2.2. Vrste mjera – općenito

U domaćem i poredbenom pravu i praksi tržišnog natjecanja danas se uvriježila opće prihvaćena tipologija mjera na strukturne mjere (*structural remedies, structural commitments*) i mjere praćenja poslovanja poduzetnika (*behavioural remedies*).<sup>33</sup>

Strukturnim mjerama se smatraju one mjere kojima dolazi do restrukturiranja poslovanja poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji. Provode se tako da se isti, u cilju odobrenja koncentracije, obvežu prenijeti na, u pravilu, konkurentskog poduzetnika, trgovačko društvo koje je prethodno bilo dijelom njihova poslovanja i tako osiguraju očuvanje postojeće razine tržišnog natjecanja i kompetitivnu tržišnu strukturu. Svi pravni izvori kao tipičan primjer strukturne mjere navode, tzv. *divestiture*, odnosno prodaju dijela imovine ili djelatnosti konkurentskom poduzetniku.

Mjere praćenja poslovanja su one mjere kojima sudionici koncentracije preuzimaju obvezu određenog postupanja (ili nepostupanja) kroz određeno vrijeme. Kao primjer mjere praćenja poslovanja može se navesti preuzimanje obveze opskrbe konkurenata određenim proizvodima i/ili uslugama i nakon provedbe koncentracije, po istoj cijeni, ili zabranu stjecanja dionica ili udjela u konkurentskim trgovačkim društvima iz iste djelatnosti.

Pravna doktrina govori i o trećoj vrsti mjera, tzv. kvazistrukturnim mjerama (*quasi-structural remedies*). To su one mjere koje uključuju elemente strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja, ali se ne mogu uvrstiti niti u drugu vrstu mjera, stoga im je dana posebna kategorizacija. Tipičan je primjer kvazistrukturne mjere prijenos licencije.<sup>34</sup>

Navedena klasifikacija mjera, suprotno mogućim očekivanjima, nije izrijeком prihvaćena u zakonskim vrela prava tržišnog natjecanja EU-a, već potječe iz doktrine. Niti Uredba o nadzoru koncentracija 139/04, niti razmatrana Obavijest Komisije izrijeком ne klasificiraju razmatrane mjere na strukturne mjere ili mjere

32 Vidi § 15 Obavijesti.

33 Vidi o tome: Motta, M., Polo, M., op. cit., str. 125., Götz, D., Remedies under the Merger Regulation, u knjizi, Mergers & Acquisitions and Joint Ventures, Hawk, B., (ur.), Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 117-137.

34 Ugovorom o prijenosu licencije obvezuje se davatelj licencije da će ustupiti stjecatelju licencije u cjelini ili djelomično pravo iskorištavanja izuma, znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a stjecatelj licencije se obvezuje platiti mu za to određenu naknadu.

praćenja poslovanja.<sup>35</sup> U Obavijesti se temeljno govori o strukturnim mjerama i "drugim mjerama". Međutim, koriste se i drugi izrazi (primjerice, *non-structural remedy*, *structural commitments*, *commitments which are structural in nature ili commitments relating to the future behaviour of the merged entity*, *behavioural promises*, itd.). Navedeno svjedoči o prisutnoj terminološkoj neujednačenosti, na koju upozoravaju brojni autori.<sup>36</sup> Međutim, uočeni problemi nazivlja ne stvaraju u praksi probleme u primjeni mjera. Pretpostavlja se da je to razlog zbog kojeg Komisija do sada i nije reagirala na uočene terminološke primjedbe. Osim toga, ovakav pristup možda signalizira novi i otvoreniji i manje formalan pristup Komisije kada je riječ o kategorizaciji razmatranih mjera.<sup>37</sup>

U domaćem se zakonodavstvu o tržišnom natjecanju, s druge strane, izrijekom provodi klasifikacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja.<sup>38</sup> U članku 14. st. 2. ZZTN-a određuje se da "Agencija može kao mjeru iz stavke 1. točke 3. odrediti i mjeru praćenja poslovanja i/ili strukturnu mjeru". Jednako tako i Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, koji je uz ZZTN, jedino pravno vrelo iz kojeg se u domaćem zakonodavstvu mogu crpiti saznanja o razmatranoj materiji, mjere dijeli na strukturne mjere i mjere praćenja ponašanja (što odgovara doslovnom prijevodu izraza *behavioural remedy*). U rečenom se Naputku, podredno navodi zasebna, treća kategorija mjera, koje su kombinacija mjera praćenja ponašanja i strukturnih mjera,<sup>39</sup> a što odgovara tipologiji koja je usvojena u stranoj doktrini. U spomenutom se Naputku primjera radi navode kao tipične, neke strukturne mjere: 1/ prijenos stečenih dionica, odnosno poslovnih udjela, 2/ prodaja jedne ili više djelatnosti koje obavljaju sudionici koncentracije, 3/ prodaja ili prestanak korištenja dijela ili svih nekretnina ili imovine sudionika koncentracije, 4/ prestanak kontrole zajedničkog pothvata i druge.<sup>40</sup>

U novoj se Obavijesti Komisije naznačena pitanja uređuju znatno iscrpnije i brojnim odredbama.

35 Treba napomenuti da ni studija Komisije o strukturnim mjerama i mjerama praćenja poslovanja (Merger Remedies Study, supra bilj. 16) također ne provodi klasifikaciju mjera na mjere praćenja poslovanja i strukturne mjere. U potonjem se dokumentu mjere klasificiraju s obzirom na očekivane učinke. Primjerice jedna je od mjera preuzimanje obveze istupanja iz zajedničkog pothvata prodajom udjela ili dionica (*commitments to exit from a joint-venture*) ili obveza jamčenja prava na pristup određenim dobrima ili uslugama (*commitments to grant access*) i slično. (Vidi o tome Merger Remedies Study, supra bilj. 16., Odjeljak C, str. 17.).

36 Vidi primjerice: Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., Merger Remedies in the EU: An Overview, *The Antitrust Bulletin*, vol. 52., br. 3/4., 2007., str. 607., Papandropoulos, P., Tajana, A., op. cit., str. 444.

37 Papandropoulos, P., Tajana, A., op. cit., str. 444.

38 Vidi čl. 14. st. 2. ZZTN (NN 79/2009).

39 Vidi Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, supra bilj. 7, str. 54.

40 Ibid., str. 56.

**Tablica 1.** – Podjela prema vrstama mjera i broj izrečenih mjera prema godinama<sup>41</sup>

	2007.	2008.	2009. (do 30. lipnja)	Odluke od dana donošenja nove Obavijesti
Ukupni broj odluka	22	24	9	13
Faza I.	18	19	7	10
Faza II.	4	5	2	3
Vrsta mjere:				
1/ Strukturna	14	7	2	2
2/ Mjere praćenja poslovanja	4	3	0	1
3/ Kvazistrukturne mjere	9	14	4	8
<i>Divestiture</i>	14	14	0	3
<i>Crown jewels</i>	5	4	0	0
<i>Fix-it-first remedy</i>	1	1	0	0
<i>Up-front buyer</i>	1	2	1	1
<i>Carve-out</i>	4	5	1	2
<i>Mix-and-match</i>	1	2	1	1
Prodaja udjela u zajedničkom pothvatu	3	4	1	1
Prijenos licencije ili branda	5	4	1	1

### 2.2.1. Strukturne mjere

Obavijest Komisije ne definira pojam strukturnih mjera. Usvaja se krajnje pragmatičan pristup prema kojem se strukturne mjere određuju opisno. Najvažnija je strukturna mjera o kojoj govori razmatrana Obavijest tzv. *divestiture*.<sup>42</sup> Izraz

41 Prema: Sorinas, S., Jorns, C., EU Merger Remedies, *International Financial Law Review*, listopad, 2009., [www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html](http://www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html).

42 Izraz *divestiture* definira se na sljedeći način: "Odluka poduzetnika da u sklopu restrukturiranja poslovanja proda dio poslovne aktivnosti, poduzeće ili djelatnosti podružnice s ciljem

*divestiture*, međutim, nije jednoznačan izraz i ne odnosi se na jednu i konkretnu mjeru ili poslovnu operaciju. Tim su pojmom obuhvaćene različite poslovne transakcije. Najčešće je riječ o prijenosu trgovačkog društva, poduzeća, poslovnog pogona, branda ili slično, na konkurentskog poduzetnika.

Krajnji je cilj naznačenih transakcija očuvanje konkurentne tržišne strukture i to:

1/ na način da se izdvajanjem iz imovine sudionika koncentracije jednog segmenta poslovne aktivnosti na mjerodavno tržište uvede novi konkurent, koji je koncentracijom nestao, koji je neovisan u odnosu na sudionike koncentracije, koji je u stanju samostalno djelovati na tržištu i osigurati učinkovito tržišno natjecanje<sup>43</sup> ili

2/ da se prijenosom na postojećeg konkurenta, dijela imovine ili djelatnosti sudionika koncentracije, omogući potonjem konkurentu opstanak na tržištu i tržišno natjecanje.

U tom smislu, osnovni je uvjet koji se mora zadovoljiti, da bi predložena strukturna mjera (*divestiture*) bila prihvaćena, da predmet prodaje bude, tzv. *viable business*.<sup>44</sup> Izraz *viable business* odnosi se na trgovačko društvo, poduzeće, poslovni pogon i slično, koje: 1/ ima kapaciteta samostalno i trajno opstati na tržištu, 2/ može (u stanju je) učinkovito i dugoročno konkurirati sudionicima koncentracije, nakon njezine provedbe te 3/ koje je nezavisno od sudionika koncentracije u pravnom, ekonomskom i drugom smislu.<sup>45</sup> Primjerice, u predmetu koncentracije *MCI World/Sprint*,<sup>46</sup> Komisija je navedenim poduzetnicima zabranila provedbu koncentracije, jer je sumnjala da bi prodaja Sprintovog internetskog poslovanja potencijalnom kupcu riješila sporni problem. U predmetnoj su se koncentraciji sudionici koncentracije obvezali prodati internetski *business* poduzetnika Sprint. Međutim, procjenjujući moguće učinke predložene strukturne mjere, Komisija je utvrdila da je taj segment poslovanja neraskidivo isprepleten s ostalim djelatnostima sudionika koncentracije. Zbog toga je ocijenila da izdvojeno trgovačko društvo, nakon provedbe koncentracije, ne bi moglo opstati na tržištu, kao neovisan poduzetnik, koji bi mogao učinkovito konkurirati sudionicima koncentracije.

Slijedom navedenoga, prijenosom bilo koje imovine sudionika koncentracije i na bilo kojeg kupca neće se smatrati da su ispunjeni gore navedeni uvjeti. Kao prvo, prenesena imovina mora se sastojati od svih materijalnih i nematerijalnih dobara koja su nužna da bi potencijalni kupac mogao započeti ili nastaviti s poslovanjem te iskorištavati prenesenu imovinu u istom opsegu i načinu, kao i sudionici koncentracije.<sup>47</sup> Da bi to bilo moguće, sudionici koncentracije nerijetko će uz materijalnu imovinu (poslovne pogone i slično) na novoga kupca morati

---

koncentriranja poslovanja samo na jednu dominantnu djelatnost.” Vidi: Glossary of terms used in EC Competition policy, [http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_en.pdf), str. 14.

43 Cook, J., Kerse, C., op. cit., bilj. 30., str. 296. Vidi u tom smislu i § 22 Obavijesti.

44 Vidi § 23 Obavijesti.

45 Vidi § 32 Obavijesti.

46 COMP/M.1741, 28.6.2000.

47 Vidi § 25 Obavijesti.

prenijeti i puno više. Primjerice, ugovore s dobavljačima ili ranijim kupcima robe, ugovore o radu sa zaposlenicima, brand, pravo na iskorištavanje licencije ili patenta, nova tehnološka rješenja i slično.<sup>48</sup> Tako su u predmetu koncentracije između poduzetnika Procter&Gamble i Wella, sudionici koncentracije se obvezali prenijeti na konkurentskog poduzetnika sva trgovačka društva u Irskoj i Norveškoj čija je djelatnost bila proizvodnja sredstava za njegu kose. Sporazum je uključivao i obvezu prodaje proizvodnih pogona, ali i nekolicine tržišnih marki (Herbal Essences, Silvikrin, Catzy i drugih).<sup>49</sup> Jednako tako, u pojedinim će slučajevima, sudionici koncentracije uz osnovnu djelatnost morati na konkurentskog poduzetnika prenijeti i sporedne djelatnosti od kojih zavisi uspješnost obavljanja glavne djelatnosti (tzv. *carve out*).

Kao drugo, potencijalni kupac, mora biti osoba za koju se nedvojbeno može utvrditi da će biti u stanju, po provedenoj koncentraciji, djelotvorno konkurirati poduzetniku nastalom koncentracijom. To mora biti osoba (fizička ili pravna) koja je: 1/ (pravno i ekonomski) neovisna od sudionika koncentracije, 2/ koja je financijski stabilna i jaka i 3/ koja ima znanja, mogućnosti i potrebitu stručnost za održanje i razvijanje preuzetog poslovanja. I konačno, kao potencijalni kupac ne može biti predložena osoba čiji bi ulazak na mjerodavno tržište rezultirao novim problemom konkurencije.<sup>50</sup>

Budući da navedene uvjete nije jednostavno zadovoljiti, a napose nije jednostavno pronaći odgovarajućeg kupca, poduzetnici bi trebali, već u ranoj fazi provedbe koncentracije ili već usporedo s donošenjem odluke o namjeri provedbe koncentracije, početi razmišljati kako riješiti sporni problem konkurencije. Posebice ako su svjesni da je vrlo vjerojatno riječ o spornoj koncentraciji, koja će se moći provesti tek uz određene modifikacije. Na taj će način izbjeći situaciju da najave provedbu koncentracije ili započnu s njezinom provedbom, a da ona u konačnici bude zabranjena.

48 Vidi COMP/M.5152 *POSTEN AB/POST DANMARK A/S*, 21.04.2009.

49 Vidi COMP/M3149 *Procter & Gamble/Wella*, 30.07.2003. Vidi o tome i COMP/M.4187 *Metso/Aker Kvaerner*, 12.12.2006). U potonjem su se predmetu koncentracije poduzetnici obvezali prodati svu materijalnu i nematerijalnu imovinu poduzetnika Kvaerner koja se odnosi na proizvodnje strojeva i opreme za proizvodnju različitih kemijskih proizvoda te svu materijalnu i nematerijalnu imovinu poduzetnika Metso za proizvodnju strojeva za izradu papirne konfekcije.

50 Primjerice u predmetu koncentracije *Sanofi-Aventis/Zentiva* u sporazumu s Komisijom određeno je da: 1/ kupac mora biti osoba koja je pravno i ekonomski neovisna od sudionika koncentracija i koja s istima nije ni na koji način povezana, 2/ je to osoba značajnih financijskih sredstava, dokazane stručnosti i kreativnosti koja će biti u stanju održati i razvijati poslovanje preuzetog trgovačkog društva, 3/ je to osoba koja je već postojeći ili potencijalni konkurent sudionika koncentracije u generičkoj farmaceutskoj industriji, koja je već prisutna na tržištu srednje i istočne Europe i 4/ je to osoba čije preuzimanje predmetne imovine neće rezultirati novim problemima konkurencije na mjerodavnom tržištu (COMP/M. 5253, 04.02.2009., *Commitments, Section D, str. 90.*). O razmatranoj problematici vidi i §§ 47-52 Obavijesti.

Jednako tako, restrukturiranje poslovanja sudionika koncentracije i prodaja sporne imovine možda može biti “manje bolna”, ako sudionici koncentracije rješavanju spornog problema pristupe pravodobno i u što ranijoj fazi, jer tako dobivaju više vremena i prostora za pregovaranje s Komisijom i pronalazak “boljeg rješenja” ili podobnijeg kupca. Obavijest Komisije sadrži niz rješenja koja sudionicima koncentracije omogućuju potonje, bezbolnije i/ili brže provođenje strukturne mjere ili koja barem daju jasne naznake o preporučenim modalitetima ispunjenja preuzete obveze. Tako primjerice u Obavijesti stoji da sudionici koncentracije Komisiji mogu predložiti izmjenu okolnosti koncentracije u bilo kojoj fazi postupka ocjene (u I. ili II. fazi).<sup>51</sup> To znači, da oni već u prvoj fazi postupka ocjene mogu s Komisijom riješiti sporni problem i ishoditi odobrenje za provedbu koncentracije, bez da je otvorena druga faza postupka ocjene, koja znači duži i kompleksniji postupak ocjene.<sup>52</sup> No, treba voditi računa, a na to upozorava i Komisija u novoj Obavijesti, da će ona prihvatiti strukturnu (ili drugu mjeru) koju joj predlože sudionici koncentracije u prvoj fazi postupka ocjene samo ako su sudionici koncentracije ispravno definirali problematične aspekte koncentracije te ako ponuđena mjera nedvojbeno dovodi do rješenja spornog problema (*clear cut solution*).<sup>53</sup>

Nadalje, kada je riječ o načinu rješavanja, posebno zahtjevnog pitanja, pronalaska odgovarajućeg kupca, Obavijest predviđa tri načelne mogućnosti.

Prema prvoj, sudionici koncentracije preuzimaju obvezu provedbe strukturne mjere i u okviru toga pronalaska odgovarajućeg kupca tek nakon odluke Komisije kojom se koncentracija uvjetno dopušta. U tom slučaju Komisija u drugoj fazi postupka ocjene utvrđuje problematične aspekte koncentracije. Sudionici koncentracije predlažu rješenje spornog problema, pronalaze i Komisiji predlažu odgovarajućeg kupca te po dobivenom odobrenju oni ostvaruju prijenos imovine na potencijalnog kupca. Oni su preuzetu obvezu dužni provesti u za to predviđenom roku i sukladno uvjetima sporazuma koji su sklopili s Komisijom.<sup>54</sup> Ne uspiju li sudionici koncentracije pronaći odgovarajućeg kupca ili ako ne ostvare prijenos imovine u zadanom roku i to iz razloga koji su sami uzrokovali, ali i iz drugih (primjerice, jer ne mogu pronaći odgovarajućeg kupca) sankcije mogu biti višestruke. Krajnje je rješenje zabrana provedbe koncentracije i/ ili poništaj već provedene koncentracije. Moguća je sankcija i novčana kazna, ali i preuzimanje obveze prodaje eventualno vrijednije i sudionicima koncentracije značajnije imovine (tzv. *Crown Jewels*).<sup>55</sup>

Prema drugoj opciji, sudionici koncentracije mogu pronaći odgovarajućeg kupca i s njim sklopiti okvirni sporazum o prodaji imovine tijekom trajanja postupka

51 Vidi §§ 77-96 Obavijesti.

52 Za statističke podatke o broju predmeta riješenih u prvoj fazi postupka ocjene koncentracije u razdoblju od 2007. do rujna 2009. vidi tablicu 1.

53 Vidi § 81 Obavijesti.

54 Vidi o tome: *Model Text for Divestiture Commitments*, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>.

55 Vidi §§ 44-46 Obavijesti.



ocjene koncentracije (tzv. *fix-it-first remedy*). Time se postižu značajne uštede u vremenu, koje je inače potrebno da Komisija odobri kupca i da se problem riješi „u hodu“. U tom slučaju, Komisija će u svojoj odluci o dopuštenosti koncentracije zaključiti da je sporni problem uklonjen (ili da nije, ako eventualno predloženoga kupca nađe neodgovarajućim).

Prema trećoj opciji, sudionici koncentracije mogu preuzeti obvezu da neće provesti koncentraciju sve dok ne pronađu odgovarajućeg kupca (*up-front-buyer*).<sup>56</sup> U tom slučaju Komisija će koncentraciju uvjetno dopustiti. Međutim koncentracija se neće provesti sve dok sudionici koncentracije ne pronađu odgovarajućeg kupca i dok Komisija ne potvrdi njegovu podobnost. Tek nakon što sudionici koncentracije nađu kupca, Komisija ga odobri i sudionici koncentracije sklope s njim ugovor o prijenosu imovine, koncentracija će se moći nastaviti.

U potonjem slučaju, sudionici koncentracije bi trebali biti visoko motivirani za pronalazak odgovarajućeg kupca u što kraćem roku, jer to za njih znači i mogućnost nastavka provedbe koncentracije. S druge strane, Komisija na taj način pravodobno dobiva sve potrebite informacije o potencijalnom kupcu, kojima može procijeniti sposobnost kupca da nakon provedbe koncentracije održi tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Ali i mogućim rizicima povezanim s predloženim transakcijama, kao što su ovisnost potencijalnog kupca o izvorima nabave ili prodaje sudionika koncentracije ili drugi.

### 2.2.2. *Ostale strukturne mjere*

Prodaja već postojećeg poduzetnika, s jakom tržišnom pozicijom, s dokazanim ugledom na tržištu, poznatim brandom i evidentnim stručnim znanjem i sposobnostima koje su jamstvo njegove sposobnosti konkuriranja na tržištu sudionicima koncentracije nakon njezine provedbe (*divestiture of viable business*), nedvojbeno predstavlja najbolje moguće rješenje spornoga problema konkurencije za Komisiju. Naime, veća je vjerojatnost da će na tržištu opstati trgovačko društvo koje je već prethodno bilo prisutno na tržištu, koje već ima uhodane kanale nabave i distribucije, koje je kupcima poznato, a koje je u postupku restrukturiranja koncentracije samo promijenilo vlasnika.

Međutim, takve su situacije, u praksi zapravo rijetke.<sup>57</sup> Tek će se u manjem broju slučajeva koncentracija iz imovine sudionika koncentracije moći izdvojiti jedan segment poslovanja (ili imovina) s navedenim karakteristikama, a pri tomu i naći kupac te imovine koji je dovoljno jak i sposoban poduzetnik da može preuzeti i/ili uspješno nastaviti poslovanje i koji predstavlja upravo ono što Komisija zamišlja kao optimalno rješenje spornog problema konkurencije.

56 Vidi: COMP/M.5355 *BASF/Ciba*, 12.03.2009; COMP/M. 2544 *Masterfoods/Royal Canin*, 15.02.2002.

Vidi: COMP/M.3796 *OMYA/HUBER plc*, 19.07.2006.; COMP/M.2972 *DSM/Roche Vitamins*, 23.07.2003.

57 Primjerice u 2009. od 13 postupaka uvjetno dopuštenih koncentracija u svega dva predmeta bilo je moguće provesti, tzv. *pure structural remedy* odnosno prodaju (samo pokretne i nepokretne imovine) bez da je sporazum sadržavao i dodatne, uglavnom kvazistrukturne mjere.

U većem će se broju slučajeva koncentracija, tražiti alternativno i zadovoljavajuće rješenje, a do njega se nerijetko dolazi posredno i nakon dugotrajnih pregovora i kompromisa, na koje pristaju i sudionici koncentracije, ali i Komisija i to u obostranom interesu. Sudionicima je koncentracije krajnji cilj u konačnici ishoditi odobrenje za provedbu koncentracije i to u što kraćem roku i uz što je moguće manje preuzetih obveza. Komisiji je važno dugoročno stvoriti pretpostavke za učinkovito tržišno natjecanje. Ako to nije moguće postići na najbolji mogući način, a taj je uvođenjem na tržište konkurenta koji će zamijeniti sudionika koncentracije koji je koncentracijom na tržištu nestao i tzv. *clear cut* rješenjem, a čemu se bezuvjetno daje prednost, tada se mora osigurati i alternativni put, kojim će se doći do zadovoljavajućega rješenja.

U razmatranoj se Obavijesti kao alternativa najpoželjnijoj, strukturnoj mjeri – prodaji imovine ili spornog poslovanja sudionika koncentracije (*divestiture of viable business*) spominju i druge, prihvatljive (strukturne) mjere, koje se mogu izreći kao samostalne mjere ili u sklopu osnovne strukturne mjere (*divestiture*). Međutim, posebno se izdvajaju sljedeće: 1/ prodaja komplementarne imovine sudionika koncentracije (*mix and match remedy*), 2/ *ex post* izdvajanje iz imovine sudionika koncentracije onog segmenta poslovanja koji je i nakon provedenog prijenosa imovine (*divestiture*) ostao ovisan ili u uskoj svezi sa sudionicima koncentracije (*carve out*), 3/ zadržavanje dijela poslovne aktivnosti i prijenos *core businessa* na konkurentskog poduzetnika (*reverse carve out*), 4/ prijenos isključivog prava licencije na konkurentskog poduzetnika (*re-branding*), 5/ prodaja najvrjednije imovine sudionika koncentracije ili one za koju postoji najveći interes eventualnih kupaca (*crown jewels*) i 6/ uklanjanja strukturnih sveza s konkurentima.

#### 2.2.2.1. *Mix-and-match-remedy*

Ova se mjera javlja kao alternativa osnovnoj strukturnoj mjeri – prodaji već postojećeg i uhodanog poslovanja sudionika koncentracije (*divestiture*). Riječ je o mjeri koja također podrazumijeva prodaju imovine ili poslovanja sudionika koncentracije, ali tako da se u “paketu” prodaje imovina koja je prethodno bila dijelom imovine svakog od sudionika koncentracije. U tom smislu, predmet prodaje konkurentskom poduzetniku nije trgovačko društvo ili poduzeće kao samostalna ekonomska jedinka, koje je prethodno bilo dijelom “poslovnoga carstva” jednog od sudionika koncentracije, već su predmet prodaje dijelovi imovine ili poslovanja, svakog od sudionika koncentracije. Da bi ovu mjeru Komisija prihvatila osnovni je uvjet da imovina, koja je predmet prodaje, predstavlja logičnu ekonomsku cjelinu, iz koje može nastati “novi poduzetnik”, a ne skup međusobno nepovezanih dobara.

#### 2.2.2.2. *Carve out*

*Carve out* je termin koji se u Obavijesti ne koristi za označavanje neke posebne strukturne mjere. Naime, u većini slučajeva koncentracija, poduzetnici sudionici koncentracije uz glavnu djelatnost obavljaju i sporedne djelatnosti, koje

služe obavljanju glavne djelatnosti i koje su zapravo s ekonomskog stajališta važne za učinkovito obavljanje glavne djelatnosti. U tom smislu, *carve out* se odnosi na obvezu sudionika koncentracije da kada na konkurentskog poduzetnika prenose određeni poslovni pogon, poduzeće i/ ili djelatnost, zajedno s tim *core businessom* prenesu i onu imovinu ili djelatnosti od kojih zavisi poslovanje osnovne djelatnosti. Odnosno, od njih se traži da na konkurentskog poduzetnika prenesu ukupnost dobara koja su nužna za nastavak poslovanja.

Što će sve biti potrebno prenijeti na konkurentskog poduzetnika, zapravo je nemoguće unaprijed odrediti. Tek kada se definira sporni problem konkurencije, kojeg dijela poslovanja će se sudionici morati odreći i žele li provesti koncentraciju, tek se tada može utvrditi koju će eventualno drugu imovinu ili djelatnost sudionici koncentracije morati prenijeti na potencijalnog kupca uz glavnu djelatnost.

Primjerice, u predmetu koncentracije između poduzetnika *Sanofi-Aventis/Zentiva*<sup>58</sup> sudionici koncentracije su na konkurentskog poduzetnika morali, osim materijalnih i nematerijalnih dobara prenijeti sve suglasnosti i dozvole nadležnih tijela potrebite za nastavak proizvodnje i obavljanje djelatnosti, zatim sva prava iz ugovora o licenci s drugim poduzetnicima, nadalje sve ugovore o *leasingu* i druge ugovore s dobavljačima i kupcima, kao i promidžbene materijale koji su se sudionici koncentracije prethodno koristili u oglašavanju proizvoda. Osim navedenoga, sporazumom je kupcu ostavljena i mogućnost ponude sklapanja ugovora o zaposlenju svim onim zaposlenicima za koje je on smatrao da su mu ključni u proizvodnim ili drugim procesima za nastavak djelatnosti (primjerice s trgovačkim zastupnicima). I konačno, kupcu je dana i mogućnost da u budućnosti usavršava predmet licence i da u cilju unaprjeđenja prodaje izmjeni ambalažu proizvoda.

#### 2.2.2.3. *Reverse carve out*

Za razliku od prethodno razmatrane mjere riječ je o alternativnoj strukturalnoj mjeri u odnosu na osnovnu strukturalnu mjeru prodaje imovine sudionika koncentracije (*divestiture*). Ona se realizira tako da poduzetnici preuzmu obvezu iz svoga *core businessa*, izdvojiti dio poslovanja koje će zadržati za sebe i dalje razvijati, a na konkurentskog poduzetnika prenose osnovnu djelatnost ili *core business*. U tom smislu, u ovom se slučaju na konkurentskog poduzetnika prenosi trgovačko društvo ili poduzeće (matično poslovanje) iz kojega se izdvaja jedan dio poslovne aktivnosti ili djelatnosti koji ostaje u rukama "sudionika koncentracije".

#### 2.2.2.4. *Re-branding*

U pravnoj literaturi ova se mjera (sasvim ispravno) svrstava u kvazistrukturalne mjere. Riječ je o obvezi sudionika koncentracije da na konkurenta prenesu isključivo pravo licence određenoga, kupcima poznatoga i na tržištu afirmiranoga branda i to na određeno i unaprijed definirano vrijeme. U zadanom vremenu, potencijalni

stjecatelj licencijske redizajnom branda, koji su na njega prenijeli sudionici koncentracije na tržištu, trebao bi razviti novi brand, koji će kupci prihvatiti i koji bi s vremenom trebao steći primat u odnosu na izvorni brand. Protekom vremena trajanja licencijske, licencijska se ponovno prenosi na sudionike koncentracije. Oni tada nastavljaju tržišnu aktivnost i proizvodima ili uslugama konkuriraju poduzetniku koji je stekao licencijsku.

Temeljni je problem kod primjene ove mjere, a na koji Komisija upozorava u Obavijesti, pronalazak odgovarajućeg stjecatelja licencijske, za kojeg se s visokim stupnjem vjerojatnosti može potvrditi da će biti sposoban redizajnirati brand, privući kupce, afirmirati se na tržištu i time se u budućnosti nametnuti kao ozbiljan konkurent sudionicima koncentracije.<sup>59</sup>

#### 2.2.2.5. *Crown Jewels*

Riječ je o preuzimanju obveze sudionika koncentracije prodaje druge, tržišno atraktivnije imovine od imovine koja je prvobitno u sporazumu definirana kao predmet prodaje. Ova se mjera provodi samo u slučaju da se prvobitno planirane transakcije prodaje dijela imovine sudionika koncentracije iz nekog razloga ne mogu realizirati. Drugačije rečeno, sudionici koncentracije, dakle unaprijed definiraju u sporazumu koji sklapaju s Komisijom koja će se imovina prodati kao zamjenska, ako ne uspiju realizirati planirane transakcije restrukturiranja njihova poslovanja. Tada je predmet prodaje neka druga, unaprijed definirana i kupcima redovito tržišno atraktivnija imovina od imovine koja je predmetom temeljnog sporazuma s Komisijom. U potonjem slučaju, umjesto sudionika koncentracije postupak prodaje provodi povjerenik, kojem je povjerena zadaća nadzora nad provedbom mjera, koji ima značajna diskrecijska prava kod sklapanja ugovora o prodaji sa potencijalnim kupcem.

Komisija neće prihvatiti preuzimanje ove obveze ako je imovina koja se nudi na prodaju, tržišno manje atraktivna te ako se iz izdvojene imovine neće moći razviti novi poduzetnik i novo poslovanje, koje će nakon prelaska u ruke novog vlasnika biti respektiran tržišni takmac sudionicima koncentracije. U tom smislu imovina koja je alternativni predmet prodaje mora biti tzv. *viable business*, rokovi i ostali modaliteti prodaje moraju biti unaprijed poznati i definirani i ona se mora moći brzo realizirati i mora biti jednako kvalitetno rješenje spornoga problema kao i mjera koju zamjenjuje razmatrana mjera.<sup>60</sup>

#### 2.2.2.6. *Raskid veza s konkurentom*

U pojedinim je slučajevima koncentracijska sporni problem konkurencije moguće riješiti da se sudionici koncentracije, prodajom dionica ili udjela koje drže

<sup>59</sup> Vidi § 39-42 Obavijesti.

<sup>60</sup> Vidi COMP/M.1082 *Allianz/AGF*, 8.05.1998; COMP/M. 2337 *Nestle/ Ralston Purina*, 27.7.2001.

u konkurentskom poduzetniku, “povuku” iz vlasničke strukture u konkurentskom poduzetniku i tako izgube i pravni i faktički utjecaj na poduzetnika, koji je ranije bio pod njihovom kontrolom. Time poduzetnik, koji je prethodno bio pod njihovom kontrolom, postaje nezavisan u odnosu na sudionike koncentracije i njihov konkurent, a ne “partner”, što je prethodno i bio prije preuzimanja strukturne obveze. U potonjem slučaju ne dolazi do invazivnih zahvata u imovinu sudionika koncentracije, kao što je to slučaj u većini drugih razmatranih mjera. Ovdje je riječ o uklanjanju eventualnog utjecaja sudionika koncentracije na konkurentskog poduzetnika, koje bi sudionicima koncentracije omogućavalo faktičnu ili pravnu „vlast“ nad njima.<sup>61</sup>

### 2.2.3. *Klauzula o zabrani ponovnoga stjecanja udjela ili dionica u konkurentskom poduzetniku (non-reacquisition clause)*

Sve bi razmatrane mjere bile bez pravnog učinka, kada bi se sudionicima koncentracije dopustilo da protekom određenog vremena ponovno dođu u posjed dionica ili imovine, koja je u sklopu procesa restrukturiranja njihova poslovanja prešla u vlasništvo novoga kupca. Naime, nedvojbeno je da bi sudionici koncentracije, da im je to dopušteno, iskoristili prvu priliku i “povratili prevlast nad imovinom ili poslovanjem” koju su otuđili u procesu restrukturiranja (strukturne mjere).

Kako se to ne bi u praksi i dogodilo, Komisija predviđa sigurnosne mjere u obliku implementacijskih klauzula. Jedna je od potonjih klauzula o zabrani ponovnog stjecanja udjela ili dionica u konkurentskom poduzetniku (*non-reacquisition clause*).<sup>62</sup> Ona je dijelom sporazuma koji sudionici koncentracije sklapaju s Komisijom. Njome se sudionici koncentracije, obvezuju da neće u određenom roku poduzimati radnje koje će im neposredno ili posredno omogućiti ostvarivanje utjecaja na poduzetnika koji je prethodno bio pod njihovom kontrolom ili izložen njihovom utjecaju.

Ovakva se obveza obično izriče na rok od deset godina. Uzima se da je to vrijeme dostatno da kupac imovine može razviti poslovanje i oduprijeti se eventualnim pokušajima sudionika koncentracije da ponovno steku prevlast nad dijelom poslovanja i/ili imovine koju su otuđili. Moguće je da Komisija razmatranu zabranu izrekne i na neko kraće vrijeme ili da je ukine i prije proteka roka od deset godina, ako se uvjeti na tržištu promjene u mjeri da postojanje takve zabrane više nije nužno radi očuvanja slobodnog tržišnog natjecanja.

61 Vidi IV/M.942 *VEBA/Degussa*, 3.12.1997; COMP/M 308 *Kali&Salz MdK/Treuhand*, 09.07.1998.

62 Vidi § 43 Obavijesti.

#### *2.2.4. Mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u pravu tržišnog natjecanja Zajednice*

Mjere praćenja poslovanja, jednako kao i prethodno razmatrane, strukturne mjere, obuhvaćaju široki raspon mogućih aktivnosti. Riječ je o heterogenoj grupi mjera s različitim karakteristikama, od tzv. „čistih“ mjera praćenja poslovanja do tzv. kvazi-mjera praćenja poslovanja odnosno mjera koje utječu na strukturu tržišta.<sup>63</sup> Went mjere praćenja poslovanja definira kao sve one mjere koje određuju ponašanje sudionika koncentracije u odnosu na ostale tržišne sudionike (konkurente, dobavljače i klijente).<sup>64</sup> Doktrina i praksa ih često određuju kao sve one mjere koje nisu strukturne.

Granica je često difuzna između mjera praćenja poslovanja i strukturnih. Nema jasnih razgraničenja. Podjelu je posebno teško odrediti i iz razloga što se mjere praćenja poslovanja rijetko propisuju kao samostalne mjere. Iako praksa Komisije preferira strukturne mjere, primjena mjera praćenja u praksi je ipak raširena. Mjere praćenja poslovanja će se uvijek odrediti kada Komisija smatra da će se njima ukloniti učinci za sprječavanje, ograničavanje odnosno narušavanje tržišnog natjecanja proizašlih iz koncentracije.<sup>65</sup> Opravdanost uporabe određenih mjera procjenjuje se od slučaja do slučaja. Ne postoji set mjera koje se uvijek određuju. Mjere moraju biti učinkovite i proporcionalne protukonkurentskom problemu koji će se u potpunosti ukloniti.

Mjere praćenja poslovanja zahtijevaju aktivno sudjelovanje poduzetnika obuhvaćenih koncentracijom kako bi se uklonili protukonkurentski problemi bez dubljeg zadiranja u tržišne strukture.<sup>66</sup> Komisija nameće mjere praćenja ponašanja u onim slučajevima kada želi pratiti odnosno nadzirati ponašanje sudionika uvjetno dopuštene koncentracije. U odluci se propisuje način na koji se sudionici koncentracije u budućnosti moraju ponašati ili se suzdržavati od njega. Pored toga što određuje vrstu mjera, Komisija utvrđuje i način na koji će pratiti, provode li ih sudionici koncentracije. Utvrđuju se na određeno vrijeme s time da se mogu ukinuti i prije isteka roka. Vremenski se period određuje ovisno o okolnostima slučaja.<sup>67</sup>

Mjere praćenja poslovanja se, a za razliku od strukturnih mjera, u pravilu utvrđuju nakon provedbe koncentracije. Najčešće je riječ o mjerama kojima se osigurava pristup infrastrukturi, potrebnoj tehnologiji, mjerama kojima sudionici koncentracije ustupaju ili daju na korištenje prava intelektualnog vlasništva, ili raskidaju, ili se obvezuju da neće sklapati sporazume o ustupanju isključivih prava.<sup>68</sup>

63 Ezrachi, A., *Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies*, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working Paper, br. (L) 13/5., 2005.

64 Went, D., *The Acceptability of Remedies under the EC Merger Regulation: Structural versus Behavioural*, European Competition Law Review, vol. 27., br. 8/06., str. 2.

65 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 286.

66 Ezrachi, A., op. cit., str. 2.

67 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 70.

68 Papon, S., *Structural v Behavioural Remedies in Merger Control: A Case to Case Analysis*, European Competition Law Review, vol. 30., br. 1/09., str. 2.

Mjere praćenja poslovanja mogu se sastojati i od zahtjeva za određenim ponašanjem. Riječ je, o tzv. čistim mjerama ponašanja. Primjerice sudionici koncentracije se obvezuju da neće zloupotrebjavati svoj vladajući položaj nametanjem prekomjernih cijena. Međutim u ovakvim situacijama Komisija je iznimno oprezna. Zbog toga ih nikada ne propisuje kao samostalne mjere. Takve se mjere teško prate, odnosno ispituje njihova učinkovitost.<sup>69</sup>

U pravilu, mjere praćenja poslovanja ne modificiraju strukturu tržišta, već samo postavljaju određena ograničenja u ponašanju. Zbog toga Papon navodi kako mjere praćenja poslovanja liječe simptome, a ne uzrok. Upravo se u tome očituje nedostatak pravne sigurnosti.<sup>70</sup> Mjere praćenja poslovanja mogu biti i kompleksnije od strukturnih mjera. Prilikom njihova određivanja pokušava se zamisliti kako bi se sudionici koncentracije ponašali kada ne bi bilo protukonkurentskih učinaka. Komisija često ne raspolaže sa svim informacijama za njihovo učinkovito propisivanje i implementiranje. Primjećuje se nedostatak odgovarajućih stručnjaka.<sup>71</sup> Mjere praćenja se propisuju na dulji vremenski period. Zbog toga treba osigurati primjerenije mehanizme njihovog praćenja.

Mjere praćenja poslovanja određuju se samo u onim situacijama kada je jasno da će njihovi učinci biti izjednačeni sa strukturnim mjerama ili kada strukturne mjere nije moguće provesti. Kao primjer se može navesti strukturna mjera koja uključuje prodaju imovine sudionika koncentracije.<sup>72</sup> Međutim, može nastati situacija u kojoj je nemoguće pronaći odgovarajućeg kupca. U koncentraciji *Boeing/McDonnell Douglas* mjeru restrukturiranja nije bilo moguće provesti. Nakon detaljnog ispitivanja tržišta, Komisija je zaključila kako pored *Boeinga* ne postoji niti jedan proizvođač teretnih aviona koji bi bio zainteresiran za kupnju *Douglas Aircraft Company*, trgovačku diviziju *McDonnell Company*.<sup>73</sup> U takvim se situacijama prelazi na mjere praćenja poslovanja, ali samo pod uvjetom da se mogu učinkovito implementirati i nadzirati. Komisija procjenjuje mogu li se mjerama praćenja poslovanja ostvariti identični učinci kao i u slučaju provođenja mjera restrukturiranja.<sup>74</sup>

Mjere praćenja poslovanja su raznolike i kompleksne. Nije ih moguće eksplicitno i taksativno nabrojati. Doktrina i neobvezujući propisi Komisije navode primjere mogućih situacija.

69 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 69.

70 Papon, S., op. cit., str. 3.

71 Ibid., str. 4.

72 Više *Surgery or medicine?*, The use of behavioural remedies in merger control, *Frontier Economics*, rujan 2005., <http://www.frontier-economics.com/europe/en/publications/27/>.

73 Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Roth, P.; Rose, V., (ur.), 6. izd., Oxford University Press, Oxford, str. 659.

74 Loc. cit.

### 3.1. Mjere kojima se omogućava pristup infrastrukturi i tehnologiji

U području telekomunikacijskih, energetske ili medijske djelatnosti koncentracije poduzetnika mogu otežati pristup potrebnoj infrastrukturi ili tehnologiji. U takvim okolnostima propisuju se mjere praćenja poslovanja. U velikom broju uvjetno dopuštenih koncentracija, Komisija je propisala mjere koje omogućuju trećim stranama po nediskriminacijskim i transparentnim uvjetima pristup ključnoj infrastrukturi, tehnologiji, patentima, *know-howu* i drugim pravima intelektualnog vlasništva.<sup>75</sup> Iz prakse Komisije vidi se kako su mjere najbrojnije u području telekomunikacijskih i energetske usluga, ali i u području medija.<sup>76</sup> Koncentracija utječe na strukturu tržišta stvarajući prepreke na mjerodavnom tržištu. Prisutan je strah da će sudionici koncentracije potencijalnim konkurentima zabraniti pristup komunikacijskim mrežama i uslugama. Pored tehničke neizvedivosti, tržišnim takmacima je izgradnja vlastite infrastrukture iznimno neekonomična i povezana s velikim troškovima. Spriječen im je ulazak na tržište.

Kako bi se uspostavila narušena ravnoteža, sudionici koncentracije obvezuju se omogućiti zainteresiranim konkurentima pristup i korištenje potrebne infrastrukture i tehnologije.<sup>77</sup> Ove se mjere određuju i zbog toga što se strukturnim mjerama ne bi se postigao očekivani rezultat u vidu postignute učinkovitosti. Zahvaljujući svojoj fleksibilnosti mjere praćenja poslovanja lakše se prilagođavaju svakodnevnim promjenama na tržištu.<sup>78</sup>

Postoji veliki broj odluka u kojima je Komisija raspravljala o davanju na korištenje komunikacijskih mreža i elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme. Takve se mjere određuju samo kada se vjeruje u njihovu učinkovitost, odnosno kada se otvara pristup tržištu.<sup>79</sup> U predmetu *Shell/DEA i BP/E.ON* Komisija je strahovala da bi koncentracijom dvaju nezavisnih proizvođača moglo doći do stvaranja kolektivnog vladajućega položaja na tržištu opskrbe etilenom. Pored ostalih mjera, Shell i DEA su se obvezali omogućiti nezavisnim dobavljačima etilena pristup Shellovim postrojenjima i cjevovodima zajedno sa svim pratećim pogodnostima na vremenski period od deset godina. Sastavni dio uvjeta i obveza predstavlja model sporazuma u kojem se detaljno propisuju posebni uvjeti pod kojima će se trećim stranama dopustiti pristup terminalnim postrojenjima.<sup>80</sup>

U predmetima koji se odnose na telekomunikacijske usluge, određuju se mjere kojima je zajedničko dopustiti pristup ključnoj komunikacijskoj infrastrukturi. U tom kontekstu zanimljiv je predmet *Telia/Sonera*.<sup>81</sup> U to vrijeme poduzetnik Telia bio je najveći pružatelj telekomunikacijskih usluga i usluga u području komercijalne

75 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 62.

76 Više: Cerovac, M., Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela, *Hrvatska pravna revija*, br. 1/02., str. 79.

77 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 63.

78 Ezrachi, A., op. cit., str. 4.

79 Ibid., § 64.

80 COMP/M.2389 *Shell/DEA*, 20.12.2001.

81 COMP/M.2803 *Telia/Sonera*, 10.07.2002.



televizije, odnosno televizijskog programa uz nadoplatu (*pay TV*) u Švedskoj. Telia je kupio Soneru, najvećeg operatora mobilne telekomunikacije.<sup>82</sup> Komisija je smatrala da predmetna koncentracija potiče ozbiljne sumnje o usklađenosti sa zajedničkim tržištem. Stranke su preuzele strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja. Posljednje su ovom kontekstu zanimljivije. Prema njima Telia se obvezala da neće diskriminirati svoje tržišne takmace na tržištu fiksne i mobilne telekomunikacije tako što će im omogućiti pristup svojim specifičnim uslugama u području elektroničke komunikacijske mreže i pripadajuće infrastrukture.<sup>83</sup> Slično u odluci *Telia/Telenor* pored strukturnih mjera sudionici su se obvezali dopustiti pristup lokalnoj petlji kako bi treće strane mogle pružati telekomunikacijske usluge krajnjim korisnicima.<sup>84</sup> Također u odluci *Vodafone Airtouch/Mannesmann*<sup>85</sup> sudionici koncentracije su se obvezali dopustiti trećim stranama po nediskriminacijskim uvjetima pristup njihovoj integriranoj telekomunikacijskoj mreži, a sve kako bi bili u mogućnosti pružati napredne mobilne usluge. Jasno je da, iako je ovdje riječ o mjeri praćenja poslovanja, ona utječe na strukturu tržišta. Komisija je mjeru propisala na period od tri godine smatrajući kako će to biti dostatno da tržišni takmaci izgrade vlastitu infrastrukturu.<sup>86</sup>

U području energetskeg tržišta česte su mjere kojima se nastoji omogućiti pristup kapacitetima energetske objekata.<sup>87</sup> U odluci *EDF/EnBW* sudionici koncentracije su se obvezali dopustiti pristup postrojenjima za proizvodnju električne energije. U ovom predmetu Komisija se bojala da bi koncentracijom mogao ojačati vladajući položaj EDF-a na tržištu proizvodnje električne energije u Francuskoj. EDF se obvezao na vremenski period od pet godina omogućiti svim konkurentima pristup postrojenjima za proizvodnju i distribuciju električne energije.<sup>88</sup>

Problem kod ovih mjera je što se one određuju unaprijed nepoznatom broju korisnika, za razliku od strukturnih mjera gdje je poznat identitet kupca. Zbog toga se kod njih može postaviti pitanje njihove učinkovitosti, odnosno na koji način se ona utvrđuje, odnosno je li ju uopće moguće utvrditi.

U području zračnog prijevoza putnika i tereta česte su mjere praćenja poslovanja. Riječ je o širokom rasponu mjera. Najčešće se poduzetnici obvezuju odustati od određenog broja *slotova* (vremenskog perioda koji je određenog dana dodijeljen zrakoplovu za kretanje u određenoj zračnoj luci), omogućiti svim zainteresiranima sklapanje sporazuma o komercijalnoj suradnji (tzv. *interlining* i *code share* sporazumi) s namjerom ponude frekventnijih letova, kao i zamrzavanje ili smanjivanje broja letova s ciljem novih ulazaka na tržište.<sup>89</sup>

82 O strukturnim mjerama nametnutim u ovom predmetu vidi: Van Bael, I., Bellis, J., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Hag, 2005., str. 888.

83 COMP/M.2803 *Telia/Sonera*, 10.07.2002., § 138.

84 COMP/M.1439 *Telia/Telenor*, 13.10.1999.

85 COMP/M.1795 *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, 12.04.2000.

86 Vidi § 60 predmeta *Vodafone Airtouch/Mannesmann*.

87 COMP/M.1853 *EDF/EnBW*, 07.02.2001., § 90 i dalje.

88 Vidi i COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz*, 11.06.2003.

89 Vidi: IV/M.157 *Air France/Sabena*, 05.10.1992., IV/M.259 *British Airways/TAT*, 27.11.1992.,

Zanimljivi su slučajevi u području tržišta elektroničkih medija. Obveze uključuju široki spektar mjera. Najčešće se sudionici koncentracije obvezuju omogućiti zainteresiranim poduzetnicima pristup *pay TV* platformi i pratećim tehničkim uslugama. U koncentraciji Vivendi/Canal+/Seagram<sup>90</sup> Komisija se bojala da će koncentracija utjecati na tržište komercijalne televizije. Smatrala je da zbog toga što Canal+, koji je ujedno najveći operator *pay TV* usluga, posjeduje ekskluzivni pristup premijernim filmovima koje producira i kooproducira Universal, sudionici koncentracije će ojačati svoj vladajući položaj na tržištu *pay TV* usluga. Sudionici koncentracije predložili su paket mjera. Između ostalog obvezali su se dopustiti trećim stranama korištenje Universalove filmske produkcije po pravičnim i nediskriminacijskim uvjetima. Također su se sudionici obvezali da Canal+ neće posjedovati, tzv. *first window right*, odnosno pravo koje mu omogućava premijerno prikazivanje filmova. Komisija se obvezala ispitati mjere nakon proteka roka od tri godine imajući u vidu činjenicu da se tržište ubrzano razvija. Gotovo identična situacija bila je u predmetu *Newscorp/Telepiù* gdje je također bio sporan pristup *pay TV* platformi. Newscorp se obvezao sniziti prepreke ulasku tako što će potencijalnim konkurentima omogućiti pristup sadržaju, tehničkoj podršci i svim ostalim uslugama platforme.<sup>91</sup> U predmetu *BskyB/KirschPay TV*<sup>92</sup> Komisija se bojala da će stjecanje zajedničke kontrole BskyB nad KirschPayTV stvoriti ili ojačati KirschPayTV vladajući položaj. Usvojenim mjerama nastojalo se sniziti prepreke ulasku na tržište *pay TV* usluga odnosno, spriječiti prelijevanje vladajućeg položaja KirschPayTV s tržišta *pay TV* usluga na tržište digitalnih interaktivnih usluga. Zainteresiranim stranama se mora omogućiti pristup KirschPayTV tehničkoj platformi, ali i mogućnost korištenja njegove tehnologije na drugim platformama, kako bi ostali pružatelji digitalnih interaktivnih televizijskih usluga mogli ustrojiti vlastitu tehničku platformu i time konkurirati KirschPayTV.

### 3.2. Mjere kojima se ustupaju prava intelektualnog vlasništva

Poseban problem predstavljaju prava intelektualnog vlasništva. Ona su po svojoj prirodi isključiva. U slučajevima koncentracije mogu predstavljati veliku prepreku za nove ulaske. U tim okolnostima, obveza prema kojoj će sudionici koncentracije odustati od isključivih prava koja proizlaze iz prava intelektualnog vlasništva, može riješiti problem antikompetitivnosti.<sup>93</sup> U velikom broju predmeta u području medicinskih usluga javljale su se poteškoće vezane uz interoperabilnost opreme. U uvjetno dopuštenoj odluci *Siemens* poduzetnici su se obvezali dopustiti

---

IV/M.616 *Swissair/Sabena*, 20.07.1995., COMP/JV.19 *KLM/Alitalia*, 11.08.1999., COMP/M.2041 *United Airlines/US Airways*, 21.01.2001., COMP/M.3280 *Air France/KLM*, 11.02.2004., COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss*, 07.07.2005.

90 IV/M.2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, 13.10.2000.

91 COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, 02.04.2003.

92 COMP/JV.37 *Bsky B/KirschPayTV*, 21.03.2000.

93 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 65.

sve protokole i opremu dobavljačima u području njege kritičnih bolesnika.<sup>94</sup>

U slučaju nastanka koncentracije javlja se bojazan da stranke neće imati motiva ustupati takmacima pravo na iskorištavanje izuma, znanja, žiga, uzorka ili modela. Mjerom, kojom se sudionici koncentracije obvezuju ustupiti trećim stranama licencije, minoriziraju se mogući strahovi. Takve se mjere posebno preferiraju u onim situacijama kada mjera restrukturiranja nije poželjna jer bi mogla utjecati na daljnja znanstvena istraživanja. U predmetu koncentracije *Monsanto*<sup>95</sup>, koja se odnosila na koncentraciju farmaceutskih poduzetnika, javila se dvojba u moguće protukonkurentske učinke. Koncentracija je odobrena nakon što su se stranke obvezale ustupiti licenciju za iskorištavanje patentiranog lijeka zainteresiranim trećim stranama. Ista je situacija bila u predmetu *Axalto/Gemplus*<sup>96</sup> gdje su se poduzetnici između ostalog obvezali na zahtjev trećih strana sklopiti ugovor o licenciji patenta na period od deset godina. Obveze davatelja i stjecatelja licencije, kao i ugovorena naknada, moraju se jasno istaknuti. Kako bi se spriječilo prenošenje povjerljivih informacija u obvezama ti se podaci izuzimaju, kao što je broj licencija koje se koriste na nizvodnom tržištu.<sup>97</sup> Treba biti oprezan kako se ovom mjerom ne bi poticalo sklapanje nedopuštenih sporazuma.<sup>98</sup>

Česta je situacija da nakon proteka vremena na koje je ugovor o licenciji sklopljen, stjecatelj licencije ne može ravnopravno konkurirati s davateljima licencije.<sup>99</sup> Zbog toga se u ugovor o licenciji unosi klauzula po kojoj se davatelj licencije obvezuje da se određeno vrijeme nakon prestanka ugovora o licenciji neće takmičiti s primateljem licencije. U predmetu koncentracije poduzetnika *SEB* i *Moulinex*<sup>100</sup>, *SEB* se obvezao sklopiti ugovore o licenciji kojom stjecatelji stječu isključivo pravo iskorištavanja *Moulinex* robne marke za male kućanske aparate na vremenski period od pet godina. Također *SEB* se obvezao da nakon isteka ugovora o isključivoj licenciji, sljedeće tri godine neće distribuirati *Moulinex* proizvode kako bi stjecatelji licencije mogli postupno razvijati vlastitu robnu marku.

94 COMP/M.2861 *Siemens/Drägewerk*, 30.04.2003. Slično u odluci *GE/Instrumentarium* sudionici koncentracije, vodeći proizvođači medicinske opreme, pored strukturnih mjera obvezali su se omogućiti trećim stranama električno i mehaničko sučelje za monitore koji prate medicinsko stanje bolesnika kako bi ih mogli povezati s vlastitim opremom. COMP/M.3083 *GE/Instrumentarium*, 02.09.2003. Vidi: Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 985. i 986.

95 IV/M.1835 *Monsanto/Pharmacia & Upjohn*, 30.03.2000. Vidi i: IV/M.555 *Glaxo/Wellcome*, 28.02.1995., IV/M.737 *Ciba-Geigy/Sandoz*, 19.07.1996., IV/M.950 *Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim*, 04.02.1998., IV/M.1403 *Astra/Zeneca*, 02.02.1999.

96 COMP/M.3998 *Axalto/Gemplus*, 19.05.2006.

97 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 65.

98 Papon, S., op. cit., str. 4.

99 Paas, K., *Non-structural Remedies in EU Merger Control*, *European Competition Law Review*, vol. 27., br. 5/06., str. 4.

100 COMP/M.2621 *SEB/Moulinex*, 11.11.2003. Vidi i COMP/M.3149 *Procter & Gamble/Wella*, 30.07.2003.

### 3.3. Mjere kojima se zahtijevaju promjene u postojećim ugovornim obvezama

Poduzetnici mogu sklapati sporazume o isključivoj kupnji, opskrbi ili distribuciji. U slučaju koncentracije tih poduzetnika zahvaljujući postojećim sporazumima ostalim tržišnim takmacima je otežan ili spriječen ulazak na tržište. Sporazumi imaju negativni utjecaj na postojeću tržišnu strukturu. Jedna od mjera kojom se može uspostaviti postojeća ravnoteža je raskinuti sporazume, odnosno skratiti vremenski period na koji su ugovoreni. Ova se mjera nikad ne određuje kao samostalna mjera. Uvijek je u kombinaciji s nekim drugim mjerama.<sup>101</sup> U spomenutoj odluci *Newscorp/Telepiù* pored mjera kojima se omogućava pristup nužnoj infrastrukturi, Newscorp se obvezao izmijeniti postojeće isključive sporazume.<sup>102</sup> U predmetu *Rohm and Haas/Morton*<sup>103</sup> sudionici koncentracije su se obvezali da neće sklapati sporazume o isključivoj distribuciji fotografskih filmova.<sup>104</sup> U predmetu *Boeing/McDonnell Douglas*, Boeng se obvezao da neće sklapati nove sporazume o isključivoj opskrbi, kao i da neće izvršavati postojeće.<sup>105</sup>

U predmetu *Agfa-Gevaert/DuPont*<sup>106</sup> Komisija je utvrdila kako bi koncentracija mogla dovesti do vladajućeg položaja sudionika koncentracije na tržištu alata i opreme za razvijanje filmova (oprema za ofset ploče za tisak). Stranke nisu posjedovale visoke udjele na tržištu, ali su sklopile veliki broj sporazuma o isključivoj opskrbi i distribuciji. Sudionici sporazuma su nudili povoljne pakete klijentima koji su se obvezali isključivo od njih kupovati ploče za tisak. Pored toga sudionici koncentracije su sklopili sporazume o isključivoj distribuciji koje su se obvezali raskinuti.

### 3.4. Vertical firewalls

Jedna od mogućih mjera u primjerima vertikalnih koncentracija je određivanje, tzv. *vertical firewalls*. Koristi se i pojam „kineski zid“. Ova se mjera nikad ne propisuje kao samostalna mjera. Zanimljiva je u situacijama kada se koncentracijom povezuju proizvođač nekog proizvoda i distributer. U tim okolnostima proizvođač opskrbljuje distributera svojim proizvodima, ali i njegovog tržišnog takmaca. Kao

101 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 68.

102 COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, 02.04.2003., § 225.

103 IV/M.1467 *Rohm and Haas/Morton*, 19.04.1999.

104 IV/M.1467 *Rohm and Haas/Morton*, 19.04.1999., Annex I, § 5. Slično u predmetu *Pernod/Allied Domecq* sudionici koncentracije su se obvezali raskinuti sporazume o distribuciji s trećim stranama, COMP/M.3779 *Pernod Richard/Allied Domecq*, 24.06.2005. U predmetu *BT/ESAT* bila je riječ o distribuciji globalnih telekomunikacijskih proizvoda u Irskoj. Ideja je bila otvoriti tržište za nove ulaske. Jedna od mjera je uključivala pravo trećih strana raskinuti sporazume o isključivoj distribuciji i obvezu da se sporazumi o distribuciji neće obavljati ili produživati, COMP/M. 1838 *BT/ESAT*, 27.03.2000. Vidi i IV/M.1571 *New Holland*, 28.10.1999.

105 IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, 08.12.1997.

106 IV/M.986 *Agfa-Gevaert/Du Pont*, 11.02.1998.

posljedica toga dostupne su mu informacije o količini robe i vrsti proizvoda koje nabavlja takmac.<sup>107</sup> Zbog toga se određuje mjera kojom se zabranjuje razmjenjivanje povjerljivih podataka o aktivnostima takmaca među sudionicima koncentracije.<sup>108</sup> Međutim, riječ je o vrlo problematičnoj situaciji jer je iznimno teško spriječiti međusobnu komunikaciju.<sup>109</sup> Ideja je osigurati samostalnost više jedinica jednog poduzetnika i spriječiti razmjenu komercijalnih osjetljivih informacija. Međutim, jasno je kako će to biti iznimno teško jer je praktički nemoguće kontrolirati neformalna druženja zaposlenika i njihove međusobne razgovore.<sup>110</sup>

#### **4. UVJETI POD KOJIMA SE MOGU IZMIJENITI MJERE**

Na tržištu se neprestano mijenjaju okolnosti. Nužni su mehanizmi kojima će se dopustiti promjene u prihvaćenim uvjetima. Jedna od mogućnosti je u tekst obveza unijeti klauzulu (*review clause*) kojom će se omogućiti izmjene. To će biti neophodno ako se postojećim obvezama i mjerama ne mogu postići predviđeni rezultati. Tada će stranke predložiti izmjene ili će to učiniti Komisija nakon saslušanja stranaka.<sup>111</sup> Klauzulom se može predvidjeti mogućnost produženja rokova, izmjena ili zamjena predloženih mjera.<sup>112</sup>

Takve se klauzule najviše koriste u mjerama restrukturiranja. Budući da je riječ o kompleksnim ugovorima vremenski period za njihovo provođenje može biti prekratak. Sudionici koncentracije mogu uputiti zahtjev za produženjem roka. Komisija će prihvatiti zahtjev ako stranke pokažu kako su se promijenile okolnosti na koje one nisu mogle utjecati te se može očekivati kako će se produženjem roka postići obećano.<sup>113</sup> Stranka mora pružiti dobar razlog zajedno s izvješćem povjerenika. Kod strukturnih mjera najčešće se traži produženje rokova. Promjene u sadržaju ili zahtjev za promjenom obveze vrlo su rijetki. Mjere restrukturiranja moraju se izvršiti u kratkom roku te je malo vjerojatno da su se okolnosti na tržištu toliko izmijenile.<sup>114</sup> Upravo stoga, odobrenja za promjene i zamjene ne dopuštaju se.

Takve klauzule su prihvatljivije u mjerama praćenja poslovanja budući da se propisuju na višegodišnji rok. Promjene se moraju naznačiti konkretnim pokazateljima. Zahtjev se ne može uputiti odmah nakon usvajanja mjera. Nužan je određeni vremenski odmak. Uvijek se ispituje kakav je utjecaj mjera na ostale stranke, odnosno na koji će način izmijenjene mjere utjecati na stečena prava.<sup>115</sup>

107 Akšamović, D., Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., br. 2/08., str. 1055.

108 COMP /M.3099 *Areva/Urenco/ETC*, 06.10.2004., §§ 231-232.

109 Papon, S., op. cit., str. 13.

110 Paas, K., op. cit., str. 5.

111 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 75.

112 Lindsay, A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 483.

113 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 72.

114 Ibid., § 73.

115 Ibid., § 74.

## 5. POSTUPOVNA PITANJA

Postupak usvajanja obveza može se podijeliti na dvije razine. Uredba 139/04 ne regulira ta pitanja, već samo navodi kako se mogu propisati mjere i obveze kako bi se koncentracija uskladila sa zajedničkim tržištem.<sup>116</sup> Opći sud EU u predmetu *easyJet* razlikuje prvu i drugu razinu postupka. Pored ostalog navodi kako Opći sud EU-a mora uzeti u obzir specifične okolnosti određivanja obveza na prvoj razini postupka od onih određenih na drugoj razini. Na prvoj razini postupka u postupnosti se uklanjaju, tzv. „ozbiljne sumnje“. Odnosno stranke moraju jasno pokazati kako su sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja u potpunosti uklonjene. Na drugoj razini postupka nastoji se spriječiti stvaranje i jačanje vladajućeg položaja<sup>117</sup>

### 5.1. Prva razina postupka

Komisija prijavu namjeravane koncentracije ispituje odmah po primitku. Prema članku 6. Uredbe, Komisija može odlukom zaključiti kako prijavljena koncentracija nije unutar polja primjene Uredbe, ili iako je unutar njenog polja primjene, ne potiče ozbiljne sumnje glede usklađenosti sa zajedničkim tržištem. U posljednjem slučaju Komisija će donijeti odluku kako se ne protivi prijavljenoj koncentraciji i proglasiti je usklađenom sa zajedničkim tržištem. U suprotnom pokrenut će postupak. Osim prethodnog Komisija može prije započinjanja postupka utvrditi kako će koncentracija biti u skladu sa zajedničkim tržištem ako je mišljenja da će predložene obveze i mjere omogućiti stavljanje koncentracije u okvire zajedničkog tržišta.<sup>118</sup>

Stranke mogu prije prijave koncentracije predložiti mjere restrukturiranja ili/i mjere praćenja poslovanja ako je eventualni problem sa stajališta tržišnog natjecanja lako uočljiv. U toj fazi stranke su motivirane predložiti obveze jer će izbjeći dubinsko ispitivanje na drugoj razini postupka koje provodi Komisija. U interesu im je čim prije provesti koncentraciju.<sup>119</sup> Propisani su vremenski rokovi. U ovoj fazi postupka poduzetnici imaju rok od najviše 20 radnih dana od datuma primitka prijave.<sup>120</sup> Komisija ima malo vremena ispitati sva relevantna tržišta i pronaći odgovarajuće povrede. Od datuma primitka prijave Komisija ima rok od 25 radnih dana donijeti odluku. Međutim, ako su se poduzetnici ponudili da će preuzeti mjere i obveze prema članku 6. stavak 2. Uredbe, tada se rok produžava na 35 radnih dana.<sup>121</sup>

Kako bi se sudionicima koncentracije pomoglo u sastavljanju mjera, Obavijest navodi obvezne elemente koji su sastavni dio obveza. U njima se moraju precizirati materijalni i postupovni aspekti mjera kao i svi relevantni podaci zajedno s potpisom

116 Čl. 6. st. 2. i čl. 8. st. 2.

117 T-177/04 *easyJet protiv Komisije*, (2006) ECR II-1931, § 129.

118 Uredba Vijeća 139/04, čl. 6.

119 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 288.

120 Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 133, 30.4.2004., str. 1-55. (dalje: Uredba Komisije 802/2004), čl. 19. st. 1.

121 Ibid., čl. 10., st. 1.

ovlaštene osobe.<sup>122</sup> U ponudi obveza poduzetnici će naznačiti koje su informacije povjerljive te dostaviti verziju bez njih.<sup>123</sup> Prijedlog će proučiti Komisija koja će se konzultirati s nadležnim tijelima država članica, zainteresiranim trećim stranama, kao i ukoliko se javi potreba s predstavnicima zaposlenika. Tijekom cijelog postupka treba osigurati transparentnost i mogućnost komunikacije i savjetovanja između nadležnih tijela država članica i zainteresiranih trećih strana.

Ako predmetni poduzetnici mijenjaju prijavljenu koncentraciju nudeći da će preuzeti obveze u cilju njenog usklađivanja sa zajedničkim tržištem, Komisija će proglasiti koncentraciju u njenom izmijenjenom obliku, usklađenom sa zajedničkim tržištem. Preuzete obveze trebaju biti razmjerne problemu tržišnog natjecanja i u potpunosti ga eliminirati.<sup>124</sup> Ako ne zahtijevaju dubinsku analizu predložene obveze će se prihvatiti. Postojanje problema je jasno pri čemu će ga predložena mjera ukloniti. Obveze usvojene na prvoj razini postupka trebale bi ukloniti bilo kakve prijetnje slobodi tržišnog natjecanja. Zbog toga moraju sadržavati jasan i neposredan odgovor na eventualne sumnje.<sup>125</sup> Iznimno je važno pravodobno podnijeti potpun prijedlog obveze. Ako na temelju podnesenih podataka, Komisija zaključi kako predložene obveze uklanjaju dvojbe oko kršenja prava tržišnog natjecanja, dopustit će koncentraciju.

Iako su stranke predložile određene mjere i uvjete, Komisija može tijekom svojeg detaljnog ispitivanja utvrditi kako ne postoje nikakve sumnje u kršenje pravila tržišnog natjecanja na bilo kojem tržištu. O tome će ih obavijestiti i zanemariti predložene obveze.<sup>126</sup> Ako nakon ispitivanja Komisija zaključi kako predložene mjere ne uklanjaju ozbiljne sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja usvojit će odluku u skladu s člankom 6. stavak 1. Uredbe i započeti postupak.

## 5.2. Druga razina postupka

Nakon započetog postupka Komisija će obavijestiti stranke kako predložena koncentracija može utjecati na tržišno natjecanje na određenom tržištu. Tada stranke mogu predložiti određene obveze. Ako sudionicima koncentracije nije toliko važno čim prije koncentraciju provesti, druga razina postupka im može biti zanimljivija. U tom postupku Komisija u dogovoru sa strankama može usvojiti preciznije mjere usmjerene na specifične probleme. Za razliku od prve razine postupka Komisija ima više vremena za odabir odgovarajuće mjere. Čak može prihvatiti mjere koje je na prvoj razini odbila.<sup>127</sup> Naravno uvijek je prisutna opasnost da nakon detaljnih analiza Komisija nametne strože mjere. Procjena je na sudionicima koncentracije.

122 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 79.

123 Uredba Komisije 802/2004, čl. 20.

124 Uredba Vijeća 139/04, preambula, alineja 30.

125 T-119/02 *Royal Philips Electronics NV protiv Komisije*, (2003) ECR II-1433, § 79 i dalje.

126 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 84.

127 To je bio slučaj s predmetom COMP/M.3431 *Sonco/Ahlstrom/JV*, 06.10.2004. gdje je Komisija nakon istraživanja tržišta usvojila mjere restrukturiranja koje je odbacila na prvoj razini postupka. Vidi Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 289.

Važno je napomenuti kako Komisija sama ne može predložiti mjere, već to mogu učiniti isključivo sudionici koncentracije. Nakon toga Komisija će procijeniti jesu li predložene obveze proporcionalne eventualnoj prijetnji tržišnog natjecanja. Uvijek se mora imati u vidu činjenicu kako mjere moraju ponovo uspostaviti narušenu ravnotežu u tržišnim odnosima, odnosno eliminirati stvaranje i jačanje vladajućeg položaja. Komisija neće nikada prihvatiti obveze na temelju prijedloga stranaka ako nije uvjerena da će se njima ukloniti eventualne prijetnje tržišnom natjecanju.<sup>128</sup>

Ako Komisija prema članku 8. stavku 2. Uredbe utvrdi kako, nakon izmjena koje predlažu predmetni poduzetnici koncentracija je u skladu sa zajedničkim tržištem, usvojit će odluku. Obveze se dostavljaju Komisiji unutar roka od najviše 65 radnih dana od datuma početka postupka. Ako se prema članku 10. stavku 3. produžuju rokovi, tada se i rok za usvajanje konačne odluke produljuje.<sup>129</sup> Rokovi variraju ovisno o trenutku u kojem su obveze dostavljene.<sup>130</sup>

Iznimno, Komisija može uz predočenje posebnih razloga prihvatiti predložene obveze i nakon isteka roka. Tako je primjerice u predmetu *Telia/Telenor* Komisija usvojila mjere tjedan dana nakon isteka roka jer je za njihovo usvajanje bilo potrebno konzultirati nacionalne parlamente. Suprotno u odluci *Airtours/First Choice*<sup>131</sup> Komisija nije dopustila podnošenje obveza nakon proteka roka jer sudionici koncentracije nisu ukazali na postojanje nikakvih izvanrednih okolnosti.

Ako ne postoje posebni razlozi Komisija neće prihvatiti obveze. Međutim u odluci *EDP* navela je da iako ne prihvaća prijedloge nakon predviđenog roka, iznimno ih može prihvatiti uz kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: prvi, da predložene obveze jasno i bez dodatnog ispitivanja rješavaju eventualne sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja i drugi, da države članice imaju dostatno vremena za međusobno konzultiranje.<sup>132</sup>

Obveze usvojene na drugoj razini postupka moraju sadržavati identične podatke kao i one usvojene na prvoj razini postupka. Prijedloge će ispitati Komisija.

128 Ibid., str. 304.

129 Čl. 10. st. 3. glasi: „Ne dovodeći u pitanje čl. 8. st. 7., odluke iz čl. 8. st. 1. do 3. u vezi s prijavljenim koncentracijama donose se u roku od najviše 90 radnih dana od datuma pokretanja postupka. To razdoblje produžava se na 105 radnih dana ako predmetni poduzetnici ponude da će preuzeti obveze u skladu sa čl. 8. st. 2. drugim podstavkom, u cilju usklađivanja koncentracije sa zajedničkim tržištem, osim ako je preuzimanje obveza ponuđeno manje od 55 radnih dana nakon pokretanja postupka.

Rokovi utvrđeni u prvom podstavku također se produžavaju ako stranke koje prijavljuju koncentraciju podnesu odgovarajući zahtjev najkasnije 15 radnih dana nakon pokretanja postupka u skladu sa čl. 6. st. 1. toč. (c). Takav zahtjev stranke mogu podnijeti samo jedanput. Na isti način, Komisija može u bilo koje vrijeme nakon pokretanja postupka, u suglasnosti sa strankama koje prijavljuju koncentraciju, produžiti rokove utvrđene u prvom podstavku. Ukupno trajanje svih eventualnih produžetaka iz ovog podstavka ne smije premašiti 20 radnih dana.“

130 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 89.

131 IV/M.1524 *Airtours/First Choice*, 05.05.1999.

132 T-87/05 EDP, § 163.



Ako Komisija utvrdi kako se s prijedlozima uklanjaju ozbiljne sumnje, usvojit će odluku o uvjetno dopuštenoj koncentraciji. Suprotno, ako se nakon ispitivanja utvrdi kako predložene obveze ne uklanjaju prijetnje tržišnom natjecanju, stranke će se upoznati o tomu.<sup>133</sup>

Kako bi se sudionicima koncentracije olakšalo sastavljanje mjera, ali i osigurala konzistentnost i transparentnost u odlučivanju, Komisija je izdala dva dokumenta: model teksta za predlaganje strukturnih obveza i model teksta za imenovanje nadzornog povjerenika i povjerenika za strukturna pitanja.<sup>134</sup> Predstavljaju skupljena i oblikovana iskustva Komisije. Namjera je „pokriti“ sve relevantne situacije koje bi se u preuzimanju obveza ili imenovanju povjerenika mogle pojaviti. Propisi nisu obvezujući, već samo predstavljaju popis svih elemenata koji se moraju naći u predloženim obvezama.<sup>135</sup> S vremenom oni će se mijenjati i nadopunjavati prateći promjene u odlučivanju Komisije. Jamči se poštivanje proceduralnih pitanja i eliminira mogućnost ispuštanja bitnih elemenata. Komisija tekst prijedloga obveza uspoređuje s model tekstom. U slučaju odstupanja, stranke moraju na njih upozoriti i objasniti razloge. Taj im je postupak olakšan budući da je na stranicama Komisije dostupan model tekst za eventualna odstupanja.<sup>136</sup>

## 6. UVJETI ZA PROVEDBU MJERA

Kako bi se osigurala učinkovita i pravodobna implementacija mjera predviđaju se sigurnosni mehanizmi. Implementacijske klauzule su sastavni dio obveza. Komisija u Obavijesti predlaže posebne uvjete za njihovu učinkovitost. Posebice se to odnosi na strukturne mjere.<sup>137</sup> Ono što će se u nastavku govoriti o strukturnim mjerama na odgovarajući način se primjenjuje i na druge mjere.<sup>138</sup>

U roku u kojem su se stranke i Komisija dogovorile mora se provesti postupak provođenja strukturalnih mjera. U praksi Komisije razlikuju se dvije faze. Prva faza obuhvaća period u kojem stranke same pronalaze odgovarajućeg kupca (*first divestiture period*) i ukoliko stranke ne pronađu kupca, na period u kojem povjerenik za restrukturiranje dobiva mandat za prodaju poslovanja (*trustee divestiture period*).<sup>139</sup>

U prvom periodu za restrukturiranje stranke same upravljaju postupkom. Iako su u ovoj fazi stranke samostalne, doktrina smatra kako bi i u ovoj fazi bilo korisno postaviti minimalne standarde kako bi se potencijalni kupci na vrijeme

133 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 91-93.

134 Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, 02.05.2003., [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger\\_compilation.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf).

135 Ibid., § 2.

136 Cook, J., Kerse, C., op. cit., bilj. 13., str. 281.

137 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 97-116.

138 Ibid., § 128.

139 Ibid., § 97.

upoznali sa svim podacima o poduzetnicima koji će se restrukturirati.<sup>140</sup> Ukoliko poduzetnici sami ne pronađu odgovarajućeg kupca, prelazi se na tzv. drugi period u kojem povjerenik za restrukturiranje dobiva mandat za prodaju.<sup>141</sup> Postupak će biti uspješniji što su rokovi kraći.<sup>142</sup> Najčešće je riječ o roku od šest mjeseci za prvi strukturni period i ukoliko se javi potreba, dodatnih tri mjeseca za mandat povjerenika. Za završetak transakcija propisan je rok od sljedeća tri mjeseca. To se može modificirati od slučaja do slučaja. Od dana usvajanja odluke započinje teći rok za restrukturiranje.<sup>143</sup> Bitno je maksimalno skratiti rokove kako bi se jamčila pravna sigurnost.

Ako i sudionici pronađu odgovarajućeg kupca, on mora dobiti potvrdu od Komisije. Ukoliko su se stranke ili povjerenik s kupcem sporazumjeli, Komisiji se dostavlja prijedlog prodaje.<sup>144</sup> U ispitivanju podobnosti kupca Komisija se vodi načelom učinkovitosti. U procjenjivanju će uzeti u obzir podneske stranaka i mišljenje povjerenika. Uzet će u obzir i rasprave s predloženim kupcem. Kupac mora biti prihvatljiv, odnosno ne smije stvoriti probleme s gledišta tržišnog natjecanja. Komisija posebno i detaljno ispituje ima li kupac na raspolaganju dostatna financijska sredstva kao i posjeduje li odgovarajuće stručno znanje za održavanje postojeće djelatnosti.<sup>145</sup> Ispituje se hoće li transakcija utjecati na tržišno natjecanje. Ako je rezultat transakcije koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu, potrebno ju je prijaviti sukladno pravilima Uredbe. U suprotnom, odluka Komisije odnosno potvrda kupca od strane Komisije neće utjecati na nadzor koncentracija od strane nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Komisija će uvijek ispitati je li prodaja u skladu s predloženim obvezama. Obavijestit će stranke o svojem mišljenju i ovisno o tome donijeti odluku je li prodaju moguće provesti.

U tzv. privremenom prijelaznom periodu, odnosno vremenu između usvajanja odluke Komisije i završetka postupka restrukturiranja, stranke imaju određene obveze.<sup>146</sup> Propisuju se postupci na koji način će se sačuvati održivost poslovanja kao i konkretni koraci za sam postupak razdvajanja.

Stranke moraju poduzeti sve što je u njihovoj moći kako ne bi došlo do umanjivanja kompetitivnosti poduzetnika koji se restrukturira. U mjerama je nužno jamčiti neovisnost, ekonomsku održivost i kompetitivnost poslovanja. Posebice se to odnosi na održanje fiksne imovine, *know how*, povjerljivih trgovačkih informacija, kao i pitanja tehničke i trgovačke sposobnosti zaposlenika. Poslovanje onog dijela poslovanja koje se odvaja mora se jasno razdvojiti. Na imovinu koja se restrukturira vodeće strukture poduzetnika ne smiju utjecati. U tom smislu Komisija predlaže imenovanje posebne osobe (*hold-separate manager*) pod nadzorom povjerenika.

140 Vidi Merger Remedies Study, supra bilj. 16.,

141 Bellamy & Child, op. cit., str. 732.

142 Vidjeti Berg, W., Lipstein, R., The Revised Merger Remedies Notice – Some Comments, European Competition Law Review, vol. 30., br. 6/09., str. 4.

143 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008, §§ 98 i 99.

144 Ibid., § 101.

145 Vidi Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 301. i 302. i Lindsay, A., op. cit., str. 472. i dalje.

146 Vidi § 113 zajedno s § 36 Obavijesti Komisije o mjerama iz 2008.

Osoba mora posjedovati odgovarajuće vještine. Idealno bi bilo imenovati osobu zaposlenu u onom dijelu poduzetnika koji se restrukturira i koji će dalje razvijati njegovo poslovanje kao nezavisnog tržišnog sudionika. *Hold separate manager* se imenuje za vrijeme druge razine postupka restrukturiranja. Predstavlja produženu ruku Komisije i povjerenika za restrukturiranje.<sup>147</sup>

U svakoj fazi postupka potencijalne kupce treba obavješćivati o komercijalnoj vrijednosti poduzetnika, kao i samom tijeku pregovora. Postupak restrukturiranja će biti završen u trenutku prijenosa pravnog naslova i imovine potvrđenom kupcu. Sudionici koncentracije podnose završno izvješće.<sup>148</sup>

## **7. NADZORNI POVJERENIK I POVJERENIK ZA RESTRUKTURIRANJE**

Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja provode se kroz dulji vremenski period. Zbog toga je važno osigurati kontinuirani i učinkoviti nadzor. Što je mjera složenija, to ju je potrebno više i dulje nadzirati.<sup>149</sup> Ovaj zahtjev osobito dolazi do izražaja u primjerima mjera praćenja poslovanja. Strukturne mjere se u pravilu provode odmah nakon usvajanja mjera i ne zahtijevaju kasniji nadzor. Za razliku od njih, mjere praćenja traže kontinuirani nadzor i posebne alate. Moguće ih je na različite načine tumačiti i samim time su podložene manipulacijama. Kako bi se to izbjeglo imenuje se nadzorni povjerenik i propisuje se arbitražni postupak u slučaju eventualnih sporova.<sup>150</sup> Obavijest gotovo ništa ne govori o načinu i obliku arbitražnog postupka. Cook i Kerse kritiziraju Komisiju koja u tom smislu ne pruža dovoljno objašnjenja.<sup>151</sup>

Komisija ne može svakodnevno nadzirati provedbu mjera. Zbog toga stranke predlažu povjerenika koji će pratiti njihovu provedbu. Imenuje se nezavisna osoba koja će pratiti ispunjavanje obveza, odnosno u segmentu strukturnih mjera pronalaženje odgovarajućeg kupca.<sup>152</sup> Time se osigurava učinkovitost i sigurnost modifikacije koncentracije. Komisija je izdala model teksta u kojem detaljno propisuje njegova prava i obveze.<sup>153</sup> Povjerenik se imenuje u roku od tjedan dana od usvajanja odluke Komisije.<sup>154</sup> Nadzor će obavljati pod paskom Komisije koja mu može uputiti naredbe i instrukcije. Strankama će predložiti bilo koje mjere za koje smatra da su nužne za izvršenje zadatka. S druge strane, stranke bez odobrenja

147 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 299.

148 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 116.

149 Berg, W., Lipstein, R., op. cit., str. 2.

150 Vidi Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., str. 26.

151 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 308.

152 Bellamy and Child, op. cit., str. 732.

153 Standard Model for Trustee Mandate, § 35-41. U prilogu je i primjer teksta s klauzulama koje bi se u tekstu trebale naći. Naravno da je riječ o modelu koji ne obvezuje. Sudionicima se dodatno olakšava definiranje njegovih prava i obveza.

154 Standard Model for Divestiture Commitments, odjeljak E.

Komisije nisu ovlaštene davati nikakve upute povjereniku.

U mjerama se navode zadaci nadzornog povjerenika. Obveza mu je pružiti točne i potpune informacije svim zainteresiranim stranama.<sup>155</sup> U radnom planu detaljno se razrađuju njegova prava i obveze. Obavijest Komisije nabraja zadatke povjerenika. Lista nije iscrpna, te se kao primjer navodi kako povjerenik nadzire mjere osiguranja u prijelaznom razdoblju, postupak razdvajanja poslovanja, kao i zalaganje sudionika koncentracije u pronalaženju odgovarajućeg kupca. Povjerenik je kontakt osoba za sva sporna pitanja predstavlja kontakt osobu i detaljno izvješćuje Komisiju o svemu.<sup>156</sup>

Dakle, nadzorni povjerenik se uvijek imenuje. Za razliku od njega, ako su se stranke obvezale na mjere restrukturiranja i na prvoj razini postupka nisu uspjele pronaći odgovarajućeg kupca, imenuje se povjerenik za restrukturiranje. Imenovanje se vrši najkasnije u roku od mjesec dana prije završetka perioda restrukturiranja.<sup>157</sup> Ima ovlast završiti proces restrukturiranja, odnosno prodati imovinu po cijeni koja ne smije biti niža od propisanog minimuma.

Ovisno o obvezama nadzorni povjerenik može i ne mora biti ista osoba kao povjerenik za restrukturiranje. Odmah nakon usvajanja odluke stranke predlažu Komisiji nekoliko povjerenika zajedno s planom poslovanja. Nadzorni povjerenik neposredno odgovara Komisiji. Ovisno od slučaja do slučaja Komisija uzima u obzir potrebne kvalifikacije pazeći na geografsko područje i granu gospodarstva na koje bi koncentracija mogla utjecati. Na mjesto povjerenika imenuju se investicijske banke, osiguravajuća društva, konzultacijske i računovodstvene tvrtke.<sup>158</sup> Ključna je neovisnost, odnosno činjenica da povjerenik nije kapitalno ili osobno povezan sa sudionicima koncentracije.<sup>159</sup> Komisiji se dostavljaju podaci o njegovoj nepristranosti. Nakon završetka postupka razrješuje ga dužnosti. Za svoj rad dobiva naknadu koja mu mora omogućiti nezavisnost i učinkovitost.<sup>160</sup>

U cilju maksimalne učinkovitosti i nadzora provedbe predloženih obveza, Komisija može od sudionika koncentracije u periodu od deset godina nakon usvajanja odluke zatražiti potrebne informacije.<sup>161</sup>

## **8. STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA U HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA**

Izricanje mjera sudionicima koncentracije u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja uređeno je trenutno važećim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz

<sup>155</sup> Vidi De Valois Turk, M., The EC's Revised Remedies notice – the Trustee's Perspective, European Competition Law Review, vol. 30., br. 7/09., str. 5.

<sup>156</sup> Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 119.

<sup>157</sup> Standard Model for Divestiture Commitments, odjeljak E.

<sup>158</sup> Bellamy & Child, op. cit., str. 665.

<sup>159</sup> Akšamović, D., op. cit., str. 1059.

<sup>160</sup> Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 123-127.

<sup>161</sup> Ibid., § 128.

2003.<sup>162</sup> Uputno je konzultirati i pravno neobvezujući akt čiji je donositelj Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, u kojem se detaljnije razglaba o vrstama mjera, institutu povjerenika i drugim relevantnim pitanjima.<sup>163</sup>

Izricanje mjera prvenstveno je vezano uz donošenje rješenja kojim se koncentracija poduzetnika ocjenjuje uvjetno dopuštenom.<sup>164</sup> To je redovita i najčešća situacija kada će mjere u praksi biti izricane. Sam pojam uvjetno dopuštene koncentracije pretpostavlja obvezu ispunjenja određenih mjera. U suprotnome, ako mjere neće biti ispunjene, može doći do ukidanja, odnosno izmjene rješenja o dopuštenosti koncentracije. Osim toga, mjere će biti izrečene i ako dođe do provedbe nedopuštene koncentracije, bilo da je: (a) koncentracija provedena unatoč zabrani ili (b) koncentracija nije ni bila prijavljena Agenciji.<sup>165</sup> Konačno, do izricanja (novih) mjera doći će i prilikom ukidanja, odnosno izmjene ranijeg rješenja o dopuštenosti koncentracije.<sup>166</sup> Svakako, odredba o mogućem izricanju privremene mjere primjenjiva je i na predmete koncentracija poduzetnika.<sup>167</sup>

162 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003. Raniji Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 1995. (NN 48/95., 52/1997.) nije izričito poznao institut uvjetno dopuštene koncentracije, pa nije bila regulirana ni mogućnost izricanja mjera. Izricanje mjera bilo je predviđeno samo za slučaj kada bude utvrđeno da je već provedena koncentracija protivna Zakonu. U tom slučaju Agencija rješenjem određuje mjere za uklanjanje ograničenja tržišnog natjecanja nastalog koncentracijom (čl. 36. st. 2.). Mjera zabrane daljnje provedbe koncentracije izricala se u slučaju nedozvoljene koncentracije (čl. 36. st. 1.). Izmjenama i dopunama Zakona iz 1998. (NN 89/1998.) unesena je u zakon mogućnost izricanja mjera (čl. 36a. st. 1.: „Kada radnje narušavanja slobodnoga tržišnog natjecanja prijete nastankom izravnoga štetnog učinka za poduzetnike, odnosno pojedina područja gospodarstva ili interese potrošača, ravnatelj Agencije može u tijeku postupka rješenjem odrediti obustavu takvih postupanja, ispunjenje posebnih uvjeta ili druge mjere potrebne za uklanjanje štetnog učinka narušavanja tržišnog natjecanja.“, čl. 36a. st. 2.: „U rješenju kojim se određuje mjera iz stavka 1. ovoga članka, odredit će se i njeno trajanje.“). Usprkos tomu što ZZTN iz 1995. nije poznao institut uvjetno odobrenih koncentracija, Agencija je u svojoj praksi odobrivala koncentracije uz izricanje mjera praćenja provedbe koncentracije (vidi, primjerice, predmet *Tvornica duhana Zagreb/Tvornica duhana Rovinj* gdje je Agencija dopustila koncentraciju, ali i odredila niz mjera praćenja poslovanja, rješenje Agencije objavljeno u NN 155/98).

163 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika iz 2004. (posebice 9.1.2.-9.1.6., [www.aztn.hr/uredbe\\_vlade.htm](http://www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm)). Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika iz 2005. ([www.aztn.hr/uredbe\\_vlade.htm](http://www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm)) ne raspravlja o pitanju izricanja mjera.

164 ZZTN 2003., čl. 26., st. 3.-5., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.3. Usp. ZZTN 2009., čl. 22., st. 4.-8.

165 ZZTN 2003., čl. 28., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.5. Usp. ZZTN 2009., čl. 24.

166 ZZTN 2009., čl. 23. st. 1. i 2. (ukidanje rješenja; usp. ZZTN 2003., čl. 27., st. 1.) i čl. 23. st. 3. (izmjena rješenja; usp. ZZTN 2003., čl. 27., st. 2.). Instituti ukidanja, odnosno izmjene rješenja preciznije su uređeni novim Zakonom iz 2009. Novina je da se izričito određuje da će se u odluci o ukidanju rješenja sudionicima koncentracije odrediti i mjere za ponovnu uspostavu učinkovitog tržišnog natjecanja, odnosno da će se u izmijenjenom rješenju odrediti nove mjere za ponovnu uspostavu učinkovitog tržišnog natjecanja.

167 ZZTN 2003., čl. 55. Usp. ZZTN 2009., čl. 51. Primjer situacije kada bi bila izrečena privremena

### 8.1. Novine temeljem Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine

Kada je riječ o izricanju mjera kod uvjetno dopuštenih koncentracija, treba istaknuti da novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. koji će stupiti na snagu 1. listopada 2010. donosi nekoliko novina koje znače usklađivanje zakona s pravnom stečevinom Unije, ali i normiranje *de lege lata* prethodne prakse Agencije koja je određene pravne praznine u domaćim propisima ispunjavala pozivanjem na pravnu stečevinu Unije. Kao prvo, prema novom Zakonu podnositelj prijave za ocjenu koncentracije mora sam predložiti odgovarajuće mjere kojima bi se trebali otkloniti negativni učinci koncentracije.<sup>168</sup> Agencija taj prijedlog može prihvatiti, u cijelosti ili djelomično, ali može i sama odrediti mjere koje smatra prikladnima.<sup>169</sup> Takva izričita obveza podnositelja prijave nije postojala prema Zakonu iz 2003. što nije ometalo Agenciju da u svojoj praksi, pozivajući se na „rješenja komparativnog prava, napose prava EU“, prije donošenja rješenja pozove sudionike koncentracije da sami predlože mjere kojima bi se otklonili negativni učinci koncentracije.<sup>170</sup> Ako sudionici ne bi u ostavljenom roku dostavili prijedlog mjera ili ako bi Agencija ocijenila da njihov prijedlog nije prihvatljiv, sama bi odredila odgovarajuće mjere u rješenju kojim ocjenjuje koncentraciju uvjetno dopuštenom.<sup>171</sup> Sada je ovo pitanje izričito regulirano novim Zakonom, pa više neće biti potrebe za interpretativnim pozivanjem na pravnu stečevinu Unije.

Kao drugo, novim je Zakonom određeno da sudionici koncentracije mogu poduzimati radnje radi provedbe koncentracije već od dana dostave rješenja o uvjetno dopuštenoj koncentraciji.<sup>172</sup> Za razliku od Zakona iz 2003. koji je određivao da sudionici koncentracije mogu,“ u pravilu“, nastaviti radnje radi provedbe koncentracije tek nakon što ispune mjere iz rješenja o uvjetnom dopuštanju koncentracije, „osim ako Agencija iz naročito opravdanih razloga ne utvrdi drukčije“.<sup>173</sup>

Treba očekivati da će Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija iz 2004. biti izmijenjen nakon što Zakon iz 2009. stupi na snagu.

---

mjera u kontekstu koncentracija jest zabrana daljnjeg stjecanja udjela, odnosno dionica ako Agencija ocijeni da bi daljnje stjecanje dovelo do zabranjene koncentracije koja vodi stvaranju prepreka za pristup tržištu. Vidi Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.6. Iz prakse Agencije vidi rješenje o privremenoj mjeri od 16. travnja 1999. kojim je Tvornici duhana Rovinj d.d. bilo zabranjeno svako daljnje, a najduže na rok od godine dana, stjecanje dionica Tvornice duhana Zadar d.d., klasa UP/I-030-02/99-01/44.

168 Čl. 22. st. 4. ZZTN 2009. (NN 79/2009). Mjere se mogu predložiti ne samo nakon što Agencija dostavi obavijest podnositelju prijave o tome da se koncentracija može dopustiti samo uz ispunjavanje određenih mjera i uvjeta, već i ranije pa i u samoj prijavi. Vidi čl. 22. st. 4. i 5.

169 ZZTN 2009., čl. 22., st. 6. Usp. § 6 Obavijesti Komisije o mjerama iz 2008. gdje se napominje da Komisija ne može jednostrano nametati mjere sudionicima koncentracije. Vidi i supra, bilj. 18.

170 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.3., str. 53.

171 Ibid.

172 ZZTN 2009., čl. 22., st. 8.

173 ZZTN 2003., čl. 26., st. 5.

Međutim, Naputak bi prvenstveno trebalo mijenjati zbog promjena u propisima Unije koji se odnose na nadzor koncentracija poduzetnika (*inter alia*, Uredba Vijeća 139/2004, Uredba Komisije 802/2004, Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Ipak ostaje izvjesno da će u svojoj praksi Agencija nastaviti s primjenom važećih pravila iz pravne stečevine Unije za što pravni temelj čine čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Unije i Hrvatske,<sup>174</sup> odnosno čl. 35. st. 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003.<sup>175</sup>

## **8.2. Izricanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj i drugoj razini**

U hrvatskom i europskom pravu tržišnog natjecanja postoji razlika s obzirom na to mogu li se mjere izricati već u postupku koji se vodi na prvoj razini ili samo u postupku koji se vodi na drugoj razini. U Europskoj uniji do 1997. mjere su mogle biti određene samo u postupcima koji su se vodili na drugoj razini.<sup>176</sup> Prema danas važećem propisu (Uredba Vijeća 139/2004) mjere se mogu izricati u postupcima koji se vode i na prvoj i na drugoj razini.<sup>177</sup>

Iz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. nije sasvim jasno mogu li se mjere izricati već u postupku koji se vodi na prvoj razini. Iako to izričito nije uređeno, može se raspravljati o tomu da bi to ipak bilo moguće već na prvoj razini postupka. Naime, koncentracija se smatra dopuštenom ako Agencija „na temelju pravovaljanih dokaza dostavljenih uz prijavu koncentracije, ... te na temelju drugih raspoloživih podataka i saznanja, utvrdi da se može razumno pretpostaviti da provedba prijavljene koncentracije nije zabranjena“.<sup>178</sup> Po svoj bi prilici ova odredba obuhvaćala i situaciju kada bi već prilikom prijave koncentracije prijavitelj, želeći preduhitriti moguće primjedbe Agencije o negativnim učincima koncentracije, predložio određene mjere. S druge strane, jasno je da Zakon izričito govori o određivanju mjera kada se postupak vodi na drugoj razini, tj. kada se smatra da bi „provedba koncentracije mogla imati za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja“. Stoga će u rješenju, kojim se koncentracija ocjenjuje uvjetno dopuštenom, „odrediti mjere, uvjete te rokove njihova ispunjenja, kako koncentracija ne bi imala za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje

174 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine Međunarodni ugovori, broj 14/01.

175 Usp. čl. 74. ZZTN iz 2009.

176 To je promijenjeno donošenjem izmjena i dopuna Uredbe 4064/1989 Uredbom Vijeća 1310/97, OJ L 180, 9.7.1997., str. 1-6.

177 Pravni temelj za prihvatanje mjera na prvoj razini postupka je čl. 6. st. 2., a na drugoj razini postupka čl. 8. st. 2. Uredbe Vijeća 139/2004. Od 1990. do danas dvije trećine predmeta u kojima je donesena odluka o uvjetnom dopuštanju koncentracije (dakle, u kojima su izrečene mjere) odnose se na postupke koji su vođeni na prvoj razini. Tako Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 279. Oko 90 % predmeta odlučениh na prvoj razini bezuvjetna su dopuštenja koncentracija, a oko 5 % su dopuštenja uz određivanje mjera. Tako Bellamy & Child, op. cit., str. 710.

178 Čl. 26. st. 1. ZZTN 2003.

ili narušavanje tržišnog natjecanja<sup>179</sup>. Čini se da i novi Zakon iz 2009. uvjetuje određivanje mjera pokretanjem postupka ocjene koncentracije.<sup>180</sup> Novina je jedino da podnositelj prijave može predložiti mjere i prije pokretanja postupka za ocjenu koncentracije, pa i u samoj prijavi namjere koncentracije.<sup>181</sup>

Dakle, treba naglasiti da pravnog temelja za izricanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj razini nema ni u Zakonu iz 2003., ni u Zakonu iz 2009. Iako se ovakva situacija do sada nije pojavila u praksi, ne možemo smatrati nemogućim rješenje po kojem bi se mjere mogle dogovoriti već u prvoj fazi postupka. Kako je temeljem Uredbe Vijeća 139/2004 moguće određivanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj razini, čini se da bi širokim tumačenjem Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja to bilo moguće i u hrvatskom pravu. Ako se strogo pridržavamo slova zakona, smatrat ćemo da u postupku na prvoj razini nije moguće odrediti mjere zbog toga što se mjere izriču (samo) ako postoji sumnja u negativne učinke koncentracije. U takvom slučaju treba pokrenuti postupak za ocjenu koncentracije na drugoj razini. Međutim, širim tumačenjem u smislu cilja koji se želi postići tim odredbama te pridržavajući se načela ekonomičnosti postupka, kao i uzimajući u obzir pravnu stečevinu Unije, Zakon je čini se moguće šire interpretirati tako da bi bilo moguće već u odluci donesenoj u prvoj razini postupka izreći mjere i proglasiti koncentraciju dopuštenom ako se time otklanjaju sve sumnje u negativne učinke koncentracije. Naravno, bilo bi bolje da postoji izričita zakonska odredba u tom smislu.

### **8.3. Analiza prakse Agencije na području koncentracija i primjena Zakona iz 2003. godine**

Kao što je već istaknuto, Zakonom iz 2003. uvedeno je odlučivanje o koncentracijama na dvije razine.<sup>182</sup> Budući da se mjere određuju u svezi s koncentracijom o kojima se odlučuje na drugoj razini, te u kojima se donosi rješenje o uvjetnom dopuštanju koncentracije, potrebno je analizirati odluke Agencije glede koncentracija koje su uvjetno dopuštene. Takvih je odluka (u kojima se odlučivalo na drugoj razini postupka) ukupno trinaest,<sup>183</sup> a u šest odluka izrečene

179 Čl. 26. st. 3. i 4. ZZTN 2003.

180 Čl. 22. st. 1., 4. ZZTN 2009.

181 Čl. 22. st. 5. ZZTN 2009.

182 Navodi se da je Agencija i temeljem Zakona iz 1995. u praksi provodila ocjenu koncentracija „kroz dvije faze“.

183 *Konzum/Japetić*, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZTN) od 19. veljače 2004., NN 28/2004; *Phoenix/Medifarm-Velebit*, rješenje AZTN od 19. veljače 2004., NN 32/2004; *Konzum/Mediator*, rješenje AZTN od 22. srpnja 2004., NN 121/2004; *EPH/Slobodna Dalmacija*, rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., NN 111/2004; *I. Granić/EPH/Veltrade/Adris grupa (Distri-Press)*, rješenje AZTN od 12. siječnja 2005., NN 11/2005; *Agrokor/PIK Vrbovec*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Agrokor/Belje*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Styria Media International et al.*, rješenje AZTN od 09. svibnja 2006., NN 61/2006; *Koncern Agram*, rješenje AZTN-a od 14. lipnja 2006., NN 81/2006; *Agrokor/Tisak*, rješenje AZTN-a od 15. ožujka 2007., NN 37/2007; *Slobodna Dalmacija/Šibenski list*, rješenje AZTN-a od 9. studenog 2007., NN 129/2007; *Konzum/Lokica*, rješenja



su mjere, tj. u šest odluka riječ je o uvjetno dopuštenoj koncentraciji.<sup>184</sup> Od toga je u dva predmeta nastavak provedbe koncentracije uvjetovan ispunjenjem (nekih) mjera.<sup>185</sup> U posljednjem riješenom predmetu Agencija je tijekom postupka pozvala sudionike koncentracije da predlože sami mjere te je sama definirala ciljeve mjera.<sup>186</sup> U nekoliko predmeta Agencija je imenovala nepristranu osobu za nadgledanje provedbe mjera.<sup>187</sup>

Iz prakse Agencije vidljiva su neka opća načela koja se odnose na ciljeve kojima ispunjenje mjera treba težiti, kao i kakve mjere trebaju biti kako bi ostvarile te ciljeve. Prvo, opće je pravilo da Agencija provedbom mjera želi otkloniti negativne učinke koncentracije. Drugo, ako je moguće, teži se odrediti one mjere koje su najmanje otegotne za sudionike koncentracije, uvažavajući pritom i njihove prijedloge.<sup>188</sup> Treće, sudionike koncentracije poziva se da sami predlože mjere, čime im se omogućava prijedlog mjera koje su za njih najmanje otegotne.<sup>189</sup> Četvrto, mjere moraju biti provedive, lako izvršive u relativno kratkim rokovima te u skladu s načelom razmjernosti.<sup>190</sup> Peto, mjere moraju biti one kojima bi se u najvećoj

---

AZTN-a od 30. prosinca 2008., NN 14/2009., 25. svibnja 2009., NN 76/2009, 30. prosinca 2009., NN 14/2010; *MOL/INA*, rješenje AZTN-a od 9. lipnja 2009., NN 113/2009.

184 *EPH/Slobodna Dalmacija*, rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., NN 111/2004; *I. Granić/EPH/Veltrade/Adris grupa (Distri-Press)*, rješenje AZTN-a od 12. siječnja 2005., NN 11/2005; *Agrokor/PIK Vrbovec*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Agrokor/Tisak*, rješenje AZTN-a od 15. ožujka 2007., NN 37/2007; *Konzum/Lokica*, rješenja AZTN-a od 30. prosinca 2008., NN 14/2009., 25. svibnja 2009., NN 76/2009, 30. prosinca 2009., NN 14/2010; *MOL/INA*, rješenje AZTN-a od 9. lipnja 2009., NN 113/2009.

185 *EPH/Slobodna Dalmacija; Distri-Press*.

186 *MOL/INA* – sudionici koncentracije predložili su tri alternativne mjere između kojih je Agencija odabrala onu koju je smatrala najprikladnijom s obzirom na ispunjenje ciljeva koje je definirala. Iz ovoga je vidljiv napredak prakse u smislu usklađivanja s pravilima EU, ali i nagovještaj novog Zakona iz 2009. prema kojem sami sudionici koncentracije trebaju predložiti mjere koje smatraju odgovarajućima (vidi čl. 22., st. 4. ZZTN 2009.)

187 U ranijoj praksi takvu osobu naziva se revizorom (*Agrokor/PIK Vrbovec* – prvi put određivanje neovisne osobe koja nadgleda ispunjenje mjera; *Agrokor/Tisak; Konzum/Lokica*), a u kasnijoj povjerenikom (*MOL/INA*).

188 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

189 *Konzum/Lokica*. Usp. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 6 (Komisija ne može jednostrano nametnuti mjere, izrečene mjere temelje se na obvezama i uvjetima koje su predložili sami sudionici koncentracije, ali ako Komisija smatra da prijedlozi stranaka neće otkloniti negativne učinke koncentracije, usvojiti će odluku kojom zabranjuje koncentraciju.)

190 *Konzum/Lokica*. „Valja imati na umu da je temeljno načelo prava tržišnog natjecanja da tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja između mogućih strukturnih mjera koje, s obzirom na podatke kojima raspolaže i provedene analize, ocjenjuje odgovarajućim u trenutku donošenja rješenja, mora izabrati one koje su proporcionalne utvrđenim mogućim učincima na tržišno natjecanje, a da su istovremeno za poduzetnika najmanje otegotne, te relativno lako i brzo izvršive.“ (*Konzum/Lokica*, rješenje AZTN od 30. prosinca 2009., NN 14/2010.) U konkretnom slučaju Agencija je zbog promijenjenih okolnosti nakon donošenja rješenja o uvjetnom dopuštenju koncentracije „za koje objektivno nisu znale ni stranke, ni Agencija ili su se one pojavile kasnije“ odlučila izmijeniti tada izrečene mjere („zamjenske“ strukturne mjere moraju biti „lakše i relativno brzo izvršive“, ne smiju biti „nepotrebno i pretjerano otegotne za stranku“, a njima se treba „u bitnom i u potpunosti“ ostvarivati „svrha koju su imale prvotno utvrđene mjere.“)

mogućoj mjeri otklonili negativni učinci na tržišno natjecanje i interese potrošača na hrvatskom tržištu.<sup>191</sup> Šesto, mjere moraju biti sveobuhvatne i učinkovite, te implementirane u kratkom roku kako bi se ponovno uspostavilo učinkovito tržišno natjecanje, odnosno osiguralo njegovo jačanje.<sup>192</sup> Ovo je u skladu s europskim pravilima kojima se traži da mjere moraju biti razmjerne cilju potpune eliminacije negativnih učinaka na tržišno natjecanje čije je postojanje utvrđeno u postupku,<sup>193</sup> moraju biti sveobuhvatne i učinkovite, može ih se provesti u kratkom roku,<sup>194</sup> riječ je o dovoljno sigurnom rješenju koje je praktično, učinkovito i trajno,<sup>195</sup> moguće je nadzirati njihovo ispunjenje.<sup>196</sup>

#### **8.4. Ne daje se prednost strukturnim mjerama**

Budući da je Uredba Vijeća 139/2004 o nadzoru koncentracija usmjerena na očuvanje konkurentske tržišne strukture, Komisija daje jasnu prednost strukturnim mjerama u odnosu na ostale mjere.<sup>197</sup> Takav stav nije izričito jasan iz hrvatskih propisa, iako Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija navodi da su strukturne mjere „puno učinkovitije sa stanovišta uklanjanja negativnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje“.<sup>198</sup>

Iako nije uvijek sasvim moguće precizno razgraničiti strukturne od nestrukturnih mjera, analizom prakse Agencije može se zaključiti da mjere koje se odnose na ponašanje poduzetnika pretežu u odnosu na strukturne mjere, iz čega proizlazi da bi Agencija davala prednost nestrukturnim mjerama. Od strukturnih mjera izrečene su ukupno tri: otuđivanje udjela u trgovačkom društvu,<sup>199</sup> prodaja trgovačkog društva<sup>200</sup> i prodaja maloprodajnih trgovina.<sup>201</sup> Od mjera ponašanja (praćenja poslovanja) izricane su različite mjere: vezano uz ugovore koji su na snazi (zabrana raskida ugovora,<sup>202</sup> obveza prethodnog izvješćivanja Agencije o namjeri raskida ugovora,<sup>203</sup> obveza održavanja na snazi ugovora s dobavljačima,<sup>204</sup> obveza

---

191 *MOL/INA*.

192 *MOL/INA*.

193 Uredba Vijeća 139/2004, alineja 30 preambule. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §9. Vidi i predmet C-202/06 P *Cementbouw Handel protiv Komisije*, (2006) ECR II-319, § 52-54.

194 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §9.

195 *Ibid.*, §10-11.

196 *Ibid.*, §13-14.

197 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 17. Vidi detaljnije kod Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 283-287. Kao jedan od razloga za preferiranje strukturnih mjera navode teškoće oko praćenja ispunjavanja mjera.

198 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, 9.1.3.2.(ii).

199 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

200 *MOL/INA*.

201 *Agrokor/PIK Vrbovec; Konzum/Lokica*.

202 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

203 *Distri-Press*.

204 *Agrokor/Tisak; Konzum/Lokica; MOL/INA*.

održavanja na snazi ugovora s kupcima,<sup>205</sup> obveza daljnjeg omogućavanja zakupa skladišnih kapaciteta,<sup>206</sup> zabrana diskriminacije u općim uvjetima poslovanja<sup>207</sup>); vezano uz društveni ugovor (*inter alia*, zabrana razmjene konkurentski osjetljivih podataka);<sup>208</sup> zabrana prenamjene prodavaonica;<sup>209</sup> zabrana ponovne kupnje trgovačkog društva,<sup>210</sup> obveza ponude u maloprodaji u određenom postotku supstituta koje proizvode konkurenti;<sup>211</sup> zabrana prodaje proizvoda privatnih marki<sup>212</sup> i zabrana otvaranja novih maloprodajnih mjesta.<sup>213</sup>

### **8.5. Dodatni uvjeti uz strukturne mjere**

Uz provedbu strukturne mjere prodaje društva kćeri sudionika koncentracije određuju se i dodatni uvjeti koje treba ispuniti kako bi se osigurala uspješna provedba strukturne mjere: do ispunjenja strukturne mjere sudionici koncentracije ne smiju štetiti poduzeću koje treba “divestirati“, sudionici koncentracije dužni su smanjiti na minimum svaki mogući rizik gubitka potencijala konkurentnosti djelatnosti koja se namjerava prodati te moraju nastojati održati gospodarsku održivost, utrživost i konkurentnost te djelatnosti.<sup>214</sup> Ovo je u skladu s pravnom stečevinom Unije.<sup>215</sup>

### **8.6. Rokovi za provedbu mjera**

Rokovi za provedbu mjera nisu određeni Zakonom. Iz prakse je vidljivo da će u nekim slučajevima zbog okolnosti koje nastupe nakon donošenja odluke o uvjetnom odobravanju koncentracije biti potrebno produljiti rokove. Tako je u predmetu *Konzum/Lokica* naknadnim rješenjem izmijenjeno rješenje o uvjetnom odobrenju koncentracije tako da je udovoljeno zahtjevu Konzuma za produljenjem rokova za ispunjenje mjera (prvotno određeni rok za prodaju određenih trgovina bio je šest mjeseci od dana dostave rješenja).<sup>216</sup> Naime, zbog gospodarske krize, te drugih razloga (npr. neriješeni vlasničko-pravni odnosi) Konzum nije uspio u početno određenim rokovima prodati trgovine.

205 *Agrokor/PIK Vrbovec*.

206 *MOL/INA*.

207 *Distri-Press*.

208 *EPH/Slobodna Dalmacija*. Međutim, vidi supra bilj. 109 glede pitanja koliko je teško spriječiti komunikaciju između konkurenata koji su sudionici koncentracije nakon što koncentracija bude provedena.

209 *Agrokor/Tisak*.

210 *MOL/INA*. Sudionicima koncentracije i njihovim povezanim poduzetnicima zabranjuje se ponovna kupnja poduzetnika Crobenz d.d. i to za razdoblje od pet godina od dana dostave rješenja o uvjetnom odobravanju koncentracije. Usp. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 43 gdje se kao uobičajeni rok trajanja mjere navodi deset godina.

211 *Agrokor/PIK Vrbovec; Agrokor/Tisak*.

212 *Agrokor/Tisak* (zabrana prodaje privatnih Konzumovih marki).

213 *MOL/INA* (zabrana otvaranja novih benzinskih postaja).

214 *MOL/INA*.

215 Vidi Obavijest o mjerama iz 2008., §§ 107-112.

216 *Konzum/Lokica*, rješenje AZTN od 25. svibnja 2009., NN 76/2009.

U predmetu *MOL/INA* određen je rok od devet mjeseci za prodaju Crobenza. Agencija takav relativno kratak rok obrazlaže time što su, „s obzirom na visoke poslije-koncentracijske udjele“, sudionici sami trebali pretpostaviti da će biti određene strukturne mjere, te su se trebali sami pripremiti na takvu mogućnost i sami predložiti eventualnu prodaju Crobenz-a po mogućnosti unaprijed poznatom kupcu u skladu s „njima nedvojbeno poznatom poredbenom praksom Europske komisije”.

Ovakvo postupanje u skladu je s pravnom stečevinom Unije i praksom Komisije koja u pravilu određuje rok od šest mjeseci za prodaju poduzeća, uz odobravanje dodatnog roka od tri do šest mjeseci. Naravno, rokovi variraju od slučaja do slučaja.<sup>217</sup>

### **8.7. Odabir najprikladnije mjere**

Kada je riječ o odabiru strukturne mjere koja se smatra najprikladnijom u smislu otklanjanja negativnih učinaka koncentracije, praksa Agencije nudi određena rješenja koja se može propitivati s obzirom na to je li ispunjeno načelo razmjernosti. Usprkos vrlo problematičnoj koncentraciji kojom se jača postojeći vladajući položaj sudionika koncentracije, u predmetu *MOL/INA* Agencija se odlučila zadovoljiti obvezom prodaje slabijeg, manjeg društva kćeri (Crobenz) i uvažiti argumente sudionika koncentracije da bi prodaja uspješnijeg društva kćeri (Tifon)<sup>218</sup> mogla imati „negativan učinak na razvoj kombinirane MOL-INA maloprodajne mreže te ... ugroziti program poboljšanja kvalitete maloprodaje u INA”, što bi sve „moglo imati negativne učinke na poslovnu strategiju koju MOL sustavno razvija”. Usprkos tomu što koncentracijom MOL/INA dolazi do jačanja već postojećeg snažnog vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu Agencija je prihvatila gledišta sudionika koncentracije, navodeći ponešto kontradiktorno da je „sa stajališta hrvatskog potrošača bolje zadržavanje Tifona u vlasništvu MOL-a“ zbog toga što je MOL naveo da planira „program značajnih poboljšanja“ koji bi „po uzoru i uz korištenje iskustava razvijenih u Tifonu“ proveli „na benzinskim postajama INA-e”.<sup>219</sup> Ako su mjere, koje se izriču u odluci o uvjetno dopuštenoj koncentraciji, namijenjene

217 Komisija navodi da u oko 30 % predmeta u kojima se odredi kao mjera prodaja poduzeća dolazi do produljenja roka. Vidi Merger Remedies Study, supra bilj. 16.

218 Tifon, prema navodima MOL-a „... posjeduje vrhunske lokacije i značajan operativni i uslužni know-how, što ga čini vodećim pružateljem kvalitetne usluge pod cijenjenim hrvatskim brendom”.

219 Agencija navodi da je, s obzirom na teritorijalnu zastupljenost poduzetnika Crobenz i njegove mogućnosti za rast, riječ o poduzetniku čijom će se prodajom jačati tržišno natjecanje i povećati konkurencija na hrvatskom tržištu trgovine na malo naftnim derivatima. Također Agencija navodi da, iako je riječ o relativno malom broju benzinskih postaja, s obzirom na njihovu opremljenost i položaj, iskustvo i znanje... one mogu vrlo brzo, samostalno ili ako ih preuzme netko od postojećih poduzetnika, ili čak i poduzetnik koji ne djeluje u RH ostvariti cilj smanjivanja negativnih učinaka koncentracije (ukupno 14, „dobro raspoređenih” postaja u RH).

otklanjanju negativnih učinaka koncentracije, u konkretnom slučaju daljnjem povećavanju tržišne snage MOL/INA-e u maloprodaji naftnih derivata, neobično je tvrditi da će zadržavanjem Tifona profitirati potrošači jer će doći do poboljšavanja kvalitete na benzinskim postajama INA-e. Potrošači zasigurno neće imati koristi od jačanja vladajućeg položaja nakon provedbe koncentracije, kojeg se u većoj mjeri moglo umanjiti „divestiranjem“ uspješnijeg i većeg društva kćeri, što bi čini se u značajnijoj mjeri otklonilo negativne učinke koncentracije.

Iako je jasno da tijelo koje ocjenjuje dopuštenost koncentracije ima široku marginu diskrecije prilikom odlučivanja o mjerama, postavlja se pitanje je li ovdje u potpunosti poštovano načelo razmjernosti. Kao što je već rečeno, temeljno je načelo da mjere trebaju biti razmjerne otklanjanju negativnih učinaka koncentracije. Pozivanje na korist za potrošače koja će se ostvariti time što se sudionicima koncentracije daje zeleno svjetlo za mjeru koja će omogućiti značajnije jačanje vladajućeg položaja nakon provedbe koncentracije u usporedbi s primjenom alternativne, za sudionike koncentracije „otegotnije“ mjere dovodi u sumnju je li u konkretnom slučaju određena prikladna mjera.<sup>220</sup>

### **8.8. Podobnost kupca kod primjene strukturnih mjera**

Pitanje podobnosti kupca društva kćeri koje se „divestira“ po prvi se puta pojavilo u predmetu *MOL/INA*. Kao što je *supra* već navedeno, europska pravila traže da je riječ o poduzetniku koji će moći, nakon provedbe koncentracije, učinkovito konkurirati poduzetniku nastalom koncentracijom, da je riječ o pravnoj ili fizičkoj osobi koja je neovisna od sudionika koncentracije, koja je financijski stabilna i jaka, te koja ima znanja, mogućnosti i potrebitu stručnost održati i razvijati preuzeto poslovanje. Agencija je 4. svibnja 2010. donijela odluku prema kojoj ne prihvaća prijedlog MOL-a da kupac Crobenza d.d. bude slovački Croatian Petrol Stations a.s. jer je riječ o poduzetniku koji nema zaposlenika te ne obavlja djelatnost trgovine naftnim derivatima, da je njegovo društvo majka društvo registrirano na Cipru koje se primarno bavi investicijskim i financijskim poslovanjem, te da financijsko stanje tog slovačkog poduzetnika Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja nije moglo sa sigurnošću utvrditi.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> Usp. *supra*, bilj. 26, odluku Komisije u predmetu *SCA/Metsä Tissue* (COMP/M. 2097) u kojoj je koncentracija zabranjena unatoč tome što su sudionici koncentracije bili spremni prodati dio imovine zajedno s nekim brandovima, a u kojem je pored jačanja vladajućeg položaja sporno bilo to da potencijalni kupac, s obzirom na uhodane kanale distribucije i jak tržišni položaj sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu, ne bi imao šanse učinkovito konkurirati poduzetniku koji je nastao koncentracijom.

<sup>221</sup> Priopćenje za medije s 40. sjednice Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja, <http://www.aztn.hr/press.asp>.

## **9. ZAKLJUČAK**

Učinkovit nadzor koncentracija poduzetnika podrazumijeva detektiranje onih koncentracija koje imaju negativne učinke na tržišno natjecanje. Takve koncentracije ipak mogu biti dopuštene ako sudionici koncentracije pristanu na ispunjenje određenih mjera, uvjeta i obveza koji otklanjaju negativne učinke koncentracije. U radu su analizirana europska pravila i praksa Komisije i sudova u području prava tržišnog natjecanja, kao i hrvatska pravila i novija praksu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Time je dan jasan uvid u stanje prava tržišnog natjecanja u EU i Hrvatskoj glede strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

U tom smislu, posebno se ispituje u kojoj su mjeri hrvatski propisi usklađeni s pravnom stečevinom Unije, te u kojoj mjeri praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja prati najnovije izmjene u europskim propisima (Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Može se uočiti „usklađivanja kroz praksu“, tj. primjena kriterija iz prava tržišnog natjecanja Unije u pojedinačnim odlukama Agencije bez obzira što pojedina pravna pitanja nisu uređena važećim domaćim propisima. Ovakvo stanje interpretativnog usklađivanja kroz praksu, koje je karakteristično za razdoblje prije punopravnog članstva Hrvatske u Europskoj uniji, vjerojatno se neće značajnije promijeniti niti nakon ulaska u članstvo, iako će se tada propisi Unije primjenjivati izravno, temeljem načela izravnog učinka, dok se do tada pravila Unije „ne primjenjuju kao izravni izvor prava“, već samo kao „pomoćno sredstvo za tumačenje“.

## Summary

### **STRUCTURAL AND BEHAVIOURAL MEASURES AS A CONDITION FOR IMPLEMENTATION OF CONCENTRATIONS IN THE EUROPEAN AND CROATIAN COMPETITION LAW**

The efficient control of concentrations between undertakings implies detection of concentrations that have negative effects on competition. However, such concentrations can be cleared if concentration parties accept to satisfy certain measures, conditions and obligations that eliminate negative concentration effects. The article contains the analysis of European rules and practice of the Commission and courts in the field of competition law. The outcome of the analysis is a clear insight in present state of competition rights in EU and Croatia in regard to structural and behavioural measures. Having this in mind, special attention is given to assessment of compliances of Croatian rules with the *acquis communautaire*. Furthermore, the authors scrutinise practice of the Croatian Competition Agency to find out whether the Agency has applied the most recent amendments of the European regulations (Commission Notice on remedies from 2008). The tendency “to harmonize in practice” has been discovered as a tendency to directly implement criteria from European Union competition law in certain Agency decisions regardless of the fact that certain legal questions are not resolved within the national regulations currently in force. The present situation concerning interpretative harmonisation in practice, which is specific for the period before Croatia becomes a full EU member, should probably not significantly change even after the full membership takes its effect, although, at that point, European regulations will be implemented directly according to the principle of direct effect. The changes are to be expected when Croatian bodies start to implement the rules of the Union “as a direct legal source” rather than “a subsidiary interpretative means”.

**Key words:** *Competition law, concentrations between undertakings, structural measures, behavioural measures, Croatian Competition Agency.*

## Zusammenfassung

### **STRUKTURELLE MASSNAHMEN UND VERHALTENSORIENTIERTE LÖSUNGEN ALS BEDINGUNG FÜR DIE DURCHFÜHRUNG VON ZUSAMMENSCHLÜSSEN IM EUROPÄISCHEN UND KROATISCHEN WETTBEWERBSRECHT**

Wirksame Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen beinhaltet auch die Entdeckung solcher Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Diese können als zugelassen bewertet werden, insofern die

Beteiligten an einem Zusammenschluss damit einverstanden sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, bzw. Bedingungen und Verpflichtungen zu erfüllen um die negative Wirkung des Zusammenschlusses zu beseitigen. Diese Arbeit analysiert europäische Regeln und die Praxis der Kommission und Gerichten im Bereich des Wettbewerbsrechts, wie auch kroatische Regeln und die Praxis der kroatischen Wettbewerbsbehörde. Somit wird ein klarer Einblick in das Wettbewerbsrechts sowohl in der EU, als auch in Kroatien in Bezug auf strukturelle Maßnahmen und verhaltensorientierte Lösungen, gegeben. Insbesondere wird geprüft, in welchem Maße kroatische Vorschriften mit der EU-Gesetzgebung in Einklang sind und inwieweit die kroatische Wettbewerbsbehörde mit den neusten Änderungen der europäischen Vorschriften Schritt haltet (Mitteilung der Kommission über die Maßnahmen aus dem Jahr 2008). Bemerkbar wird ein Trend der „Angleichung durch Praxis“, bzw. der unmittelbaren Umsetzung der im Wettbewerbsrecht anwendbaren Kriterien in den jeweiligen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde ungeachtet der Tatsache, dass einige strittige Punkte noch nicht in den nationalen Vorschriften gelöst worden sind. Solche interpretative Angleichung durch Praxis ist kennzeichnend für die Vorbeitrittszeit, allerdings wird sich dies auch nach dem EU-Beitritt Kroatiens kaum ändern. Nach dem Beitritt werden aber EU-Vorschriften unmittelbare Wirkung nach dem Prinzip der unmittelbaren Wirkung haben. Bis dahin werden EU-Vorschriften nur als ein Auslegungshilfsmittel, anstatt als eine unmittelbare Rechtsquelle, angewendet.

***Schlüsselwörter:** Wettbewerbsrecht, Unternehmenszusammenschlüsse, strukturelle Maßnahmen, verhaltensorientierte Lösungen, Wettbewerbsbehörde.*

## Riassunto

### **MISURE STRUTTURALI E MISURE DI MONITORAGGIO DEI COMPORTAMENTI FUTURI QUALI CONDIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA EUROPEO E CROATO**

Un efficace controllo della concentrazione degli imprenditori sottintende la rilevazione di quelle concentrazioni che hanno conseguenze negative per la concorrenza. Tuttavia, tali concentrazioni possono essere consentite, qualora i partecipanti alla concentrazione accettino di osservare talune misure, condizioni ed obbligazioni atte a rimuovere le conseguenze negative della concentrazione. Nel lavoro vengono esaminate le regole europee e la prassi della Commissione e dei tribunali nel campo del diritto della concorrenza; allo stesso modo vengono esaminate le regole croate e la più recente prassi dell'Agenzia per la tutela della concorrenza. Con ciò viene chiaramente illustrato lo stato attuale del diritto della



concorrenza nell'UE ed in Croazia specie con riguardo alle misure strutturali ed alle misure di monitoraggio dei comportamenti futuri. In tale senso, ci s'interroga sul grado di uniformazione della normativa croata con l'*acquis* dell'Unione, come anche sulla misura in cui la prassi dell'Agenzia per la tutela della concorrenza segue le più recenti modifiche della legislazione europea (Comunicazione della Commissione sulle misure dell'anno 2008). Si scorge la tendenza "ad armonizzare attraverso la prassi", i.e. la tendenza ad attuare direttamente i criteri che si applicano nel diritto della concorrenza dell'Unione nelle singole decisioni dell'Agenzia, a prescindere dal fatto che talune questioni giuridiche non vengano risolte mediante la vigente normativa nazionale. Una siffatta situazione di uniformazione interpretativa per mezzo della prassi, **caratteristica per il periodo antecedente il pieno ingresso della Croazia**, quale stato membro dell'Unione europea, probabilmente non cambierà significativamente nemmeno dopo l'ingresso a pieno titolo, sebbene allora la legislazione dell'Unione verrà applicata direttamente, in base al principio dell'effetto diretto; mentre fino a quel momento le regole dell'Unione „non si applicano quali fonte diretta di diritto“, bensì soltanto in qualità di „mezzo di sostegno ai fini interpretativi“.

**Parole chiave:** *Diritto della concorrenza, concentrazioni di imprenditori, misure strutturali, misure di monitoraggio dei comportamenti futuri, Agenzia per la tutela della concorrenza.*



## SMJERNICA O OSIGURANJU PRAVNE ZAŠTITE I NJEZINA IMPLEMENTACIJA U HRVATSKO PRAVO

Dr. sc. Loris Belanić, viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 368.891::06.1EU  
368.891(497.5)  
Ur.: 2. svibnja 2010.  
Pr.: 3. studenoga 2010.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Osiguranje pravne zaštite predstavlja posebnu vrstu osiguranja u kojem osiguratelj pravne zaštite naknađuje osiguraniku troškove ostvarivanja osiguranikovih pravnih interesa, troškove njegovog pravnoga zastupanja i pravne zaštite u raznovrsnim pravnim postupcima koji se vode pred raznim državnim tijelima (sudovima, upravnim tijelima) te troškove izvansudskoga rješavanja sporova. U svrhu postizanja harmonizacije obavljanja poslova OPZ-a na području Europske unije (nekadašnje EEZ), donesena je još 1987. godine posebna Smjernica br. 87/344 o osiguranju pravne zaštite. U radu se govori o razlozima donošenja Smjernice te se nastoje detaljno analizirati pojedine njezine odredbe. Ujedno se ukazuje na njezin doprinos u uređivanju djelatnosti osiguranja pravne zaštite, ali se naglašava i glavni njezin problem, a to je djelomična, odnosno nepotpuna harmonizacija po tom pitanju. Nakon analize Smjernice, u radu se daje kritički osvrt na stanje trenutne implementacije Smjernice u hrvatsko zakonodavstvo te se zaključuje kako ona u najvećem dijelu nije (još) implementirana uz istodobnu naznaku kako bi se pojedine odredbe Smjernice trebale implementirati. Na kraju rada ukazuje se i na visok stupanj implementacije Smjernice u pravo Federacije BiH te se ono ujedno sugerira hrvatskom zakonodavcu kao jedan pozitivan primjer implementacije Smjernice, bar na zakonodavnoj razini.*

**Ključne riječi:** osiguranje pravne zaštite, smjernica, implementacija.

## 1. UVOD

Osiguranje pravne zaštite (dalje u tekstu: OPZ) kao posebna vrsta poslova osiguranja, relativno je slabo zastupljena na tržištu osiguranja Hrvatske,<sup>1</sup> a time ujedno i slabo poznata u široj pravnoj javnosti.<sup>2</sup> OPZ predstavlja posebnu vrstu poslova osiguranja kojima se osiguravaju naknada pravnih troškova stranci kada joj je potrebna pravna pomoć i pravna zaštita, odnosno kojima se osigurava naknada za pravne troškove koji nastaju prilikom ostvarivanja pravnih interesa stranke.<sup>3</sup> Osiguranje pravne zaštite nastaje na temelju ugovora o osiguranju, kao ugovora kojim se osiguratelj obvezuje isplatiti troškove pravne zaštite osiguranika (ili korisniku osiguranja) iz svote osiguranja kada nastupi osigurani slučaj (tj. potreba za pravnom zaštitom interesa osiguranika), a ugovaratelj osiguranja se obvezuje

- 1 U 2008. godini uplaćena bruto premija OPZ-a iznosila je 4.229.412 kn što je bilo oko 0.04 % od ukupno uplaćene premije na tržištu osiguranja RH koja je iznosila nešto više od 9.6 milijardi kuna. (prema podacima iz: Izvješće o tržištu obveznih osiguranja u prometu – s posebnim osvrtom na osiguranje od AO u 2008., Hrvatski ured za osiguranje, Zagreb, svibanj 2009. <http://www.huo.hr/> posjećeno 1. studenoga 2009). S druge strane u Sloveniji nakon njezinog ulaska u Europsku uniju rast OPZ-a doživio je pravu ekspanziju i dalje raste. U Sloveniji je u 2006. godini uplaćena ukupna bruto premija police OPZ-a iznosila 1.938.439 EUR, od toga je isplaćeno šteta u iznosu 57.709 EUR. U 2007. godini ukupno uplaćena bruto premija iznosila je 2.644.971 EUR, od toga je isplaćeno šteta u iznosu od 101.599 EUR; dok je u 2008. godini ukupno uplaćena bruto premija iznosila 3.289.913 EUR, a od toga je isplaćeno šteta u iznosu od 137.028 EUR. Podaci dobiveni iz: Zbornik za poslovno leto 2007 – zavarovanje, Zavarovalne premije in odškodnine oz. zavarovalnine zavarovanje/pozavarovanja, [www.zav-zdruzenje.si/docs/ST-50\\_07.X2W](http://www.zav-zdruzenje.si/docs/ST-50_07.X2W), posjećeno 31. srpnja 2008. i Zbornik za poslovno leto 2007 – zavarovanje, Zavarovalne premije in odškodnine oz. zavarovalnine zavarovanje/pozavarovanja, [http://www.zav-zdruzenje.si/docs/statistika/ST-50\\_4.Q%202008.XLS](http://www.zav-zdruzenje.si/docs/statistika/ST-50_4.Q%202008.XLS), posjećeno 1. studenoga 2009.
- 2 Prema izvješću Hrvatskog ureda za osiguranje u 2007. godini u Republici Hrvatskoj svega je 4 osiguratelja (od njih 17 koji obavljaju poslove neživotnih osiguranja) obavljalo poslove OPZ-a: Basler osiguranje d.d., Cardif osiguranje d.d., Croatia osiguranje d.d. te Triglav osiguranje d.d. (Društva za osiguranje i reosiguranje u Republici Hrvatskoj, Hrvatski ured za osiguranje, Zagreb, listopad 2007. [www.huo.hr.](http://www.huo.hr/)) Stoga, temeljem ovih podataka i podataka iz fusnote br. 1, možemo zaključiti da u Republici Hrvatskoj postoji prilična nezasićenost tržišta osiguranja tom vrstom osiguranja. Većina polica osiguranja pravne zaštite u Hrvatskoj odnosi se na tzv. *add-on* (dodatne) police osiguranja u okviru neke druge glavne police osiguranja i to najčešće u okviru osiguranja od automobilske odgovornosti i kasko osiguranja. Gotovo se na prste jedne ruke mogu izbrojati vrste samostalnih police osiguranja pravne zaštite. S druge strane, postojeći uvjeti OPZ-a u Hrvatskoj pokazuju karakteristike: 1) fragmentiranosti, tj. vezani su uz određenu usko područje ljudske djelatnosti, 2) nepostojanje sveobuhvatne pravne zaštite, već samo pojedinih njezinih aspekata (npr. česta je pojava da se pokrivaju samo odvjetnički troškovi, a ne i sudski troškovi ili su samo vezani uz nadoknadu troškova za pojedinu vrstu postupaka, i to najčešće kazneni, disciplinski ili prekršajni postupak). Posljedica je da su postojeće police osiguranja pravne zaštite zanimljive samo za jedan uzak krug potencijalnih osiguranika. Vjerojatno će takvo stanje i trajati sve dok se ne pojavi osiguratelj pravne zaštite s više sluha za potrebe interesa osiguranika, a što se može dogoditi, sudeći po primjeru Slovenije, po ulasku Hrvatske u EU.
- 3 Ivanjko, Š., Osiguranje pravne zaštite, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 3., Mostar, 2005., str. 39.

platiti premiju osiguranja.<sup>4</sup> Pravni troškovi koje se osiguratelj uobičajeno obvezuje isplatiti iz svote osiguranja (kada nastupi osigurani slučaj) su: odvjetnički troškovi osiguranika, troškovi suda ili drugog tijela koje vodi pravni postupak u kojemu se kao stranka javlja osiguranik, svi ostali troškovi pravnih postupaka koje osiguranik kao stranka u tim postupcima je dužna nadoknaditi, ali i troškovi arbitraže, izvansudske nagodbe, mirenja i ostalih postupaka alternativnog rješavanja sporova.

Za razliku od Hrvatske, osiguranje pravne zaštite u Europskoj uniji je nadaleko razvijenije te godišnje ostvaruje uplate premija do preko 7 milijardi eura, od čega preko 3 milijarde eura otpadaju na Njemačku. Načelo zajedničkoga tržišta osiguranja Europske unije zahtijeva da svi osiguratelji, pa tako i osiguratelji pravne zaštite, mogu potpuno slobodno nuditi svoje proizvode (police osiguranja), s krajnjim ciljem da na tržištu vrijede isti uvjeti za sve osiguratelje na području čitave Europske unije.<sup>5</sup> U tu svrhu donijete su tzv. smjernice "triju generacija", u razdoblju od 1973. godine do 2002. godine, koje su postupno uklanjale prepreke zajedničkom tržištu i uvodile slobodu osnivanja društava za osiguranje i slobodu pružanja usluga iz djelatnosti osiguranja, osiguravajući pritom uvjete za nesmetanu tržišnu utakmicu osiguratelja. Pored toga, te su smjernice propisale i mjere nadzora nad osigurateljima od strane nadzornih tijela, kao i pravila, kojih se osiguratelji u tržišnoj utakmici moraju pridržavati, u cilju maksimalne zaštite osiguranika.

Osiguranje pravne zaštite priznato je već i Prvom Smjernicom 73/239 EEZ o neživotnom osiguranju od 24. srpnja 1973.<sup>6</sup> Stoga su se i njezine odredbe, a koje su bile usmjerene prema uspostavi zajedničkoga tržišta osiguranja, odnosile i na obavljanje poslova OPZ-a. Međutim, tijekom vremenskoga razvoja na području Europske unije (nekadašnje EEZ), uvidjelo se da postoji problem neujednačenosti u uvjetima obavljanju djelatnosti OPZ-a, a što je nepovoljno utjecalo na formiranje zajedničkoga tržišta osiguranja pravne zaštite, kao jednog od segmenata ukupnoga zajedničkoga tržišta osiguranja. Ta je neujednačenost među državama članicama u obavljanju djelatnosti OPZ-a, proizlazila zbog određenih specifičnosti obavljanja poslova OPZ-a kao što je pravo na slobodan izbor odvjetnika te sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite kada osiguratelj pored pravne zaštite obavlja i ostale poslove osiguranja o čemu se više govori u nastavku. Posljedica je bila ta da su među državama članicama postojali različiti uvjeti u

4 Poltera, D., *Rechtsschutzversicherungsvertrag und das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten in der Schadenabwicklung*, Dissertation der Universität St. Gallen, Niedermann Druck AG, 1999., str. 11.

5 Ćurković, M., Miletić, V., *Pravo osiguranja Europske ekonomske zajednice, Croatia osiguranje d.d.*, Zagreb, 1993., str. 29.

6 *Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance* (Smjernica o ujednačavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koji se odnose na započinjanje i obavljanje djelatnosti direktnog osiguranja s iznimkom osiguranja života), OJ L 228, 16/08/1973, p. 0003-0019. U Prilogu A toč. 17., Prve smjernice navodi se osiguranje pravne zaštite kao jedno od 17 skupina neživotnog osiguranja glede kojih se uspostavlja zajedničko tržište osiguranja u Europskoj uniji (tj. ondašnjoj EEZ).

obavljanju poslova OPZ-a, odnosno nije postojala harmonizacija (ujednačenost) u obavljanju poslova OPZ-a. Stoga se pojavila potreba za donošenjem posebne smjernice koja bi se isključivo odnosila na poslove OPZ-a. Tako je i donesena Smjernica 87/344/EEZ o osiguranju troškova pravne zaštite od 22. lipnja 1987. godine (dalje u tekstu: Smjernica o OPZ-u).<sup>7</sup>

## **2. RAZLOZI DONOŠENJA SMJERNICE O OPZ-U**

### **2.1. Uvodne napomene**

Dva su temeljna razloga zbog kojih se pojavila potreba za harmonizacijom OPZ-a u Europskoj uniji. Prvi je bio olakšavanje slobodnog osnivanja osiguravajućih društava koja će se baviti djelatnošću OPZ-a na području država članica ondašnje EEZ, odnosno olakšavanja pristupa djelatnosti OPZ-a i njezino obavljanje (čl. 53. st. 1. Ugovora o funkcioniranju EU).<sup>8</sup> Drugi je razlog bio postizanje jedinstvenoga rješenja za sve države članice koje se odnosi na sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite.<sup>9</sup>

U razdoblju prije donošenja Smjernice o OPZ-u iz 1987. godine postojale su smetnje slobodnog obavljanja djelatnosti OPZ-a zbog toga što u svim zemljama tadašnjih europskih zajednica nije na jednak način bilo uređeno sprječavanje sukoba interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika. To je bilo u neposrednoj vezi s obavljanjem djelatnosti te vrste osiguranja. Konkretno, u SR Njemačkoj, (koja je u ono doba ostvarivala preko 60% ukupne bruto premije iz OPZ-a u EEZ-u, a danas oko 50% u odnosu na sve članice Unije) postojali su stroži uvjeti za obavljanje djelatnosti OPZ-a negoli u drugim zemljama kako bi se osiguraniku pružala maksimalna zaštita. Odnosno da bi se u najvećoj mogućoj mjeri spriječio sukob interesa između osiguranika i osiguratelja. Postojanje takvih strožih uvjeta nedvojbeno je dovodilo u neravnotežan položaj osiguratelje koji su obavljali djelatnost OPZ-a u drugim državama članicama EEZ-a. Stoga je donošenje Smjernice o OPZ-u iz 1987. godine trebalo dovesti u ravnotežan položaj na čitavom području tadašnje EEZ osiguratelje koji su obavljali djelatnost OPZ-a.

7 *Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance*, (Smjernica o ujednačavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koji se odnose na osiguranje troškova pravne zaštite) OJ L 185, 04/07/1987, p. 0077-0080.

8 Naime, sama Smjernica o OPZ-u, u svojoj se preambuli poziva na čl. 57. st. 2. Ugovora o osnivanju EEZ-a, koji odgovara čl. 47. st. 2. Ugovora o EZ-u (Cerveau, B., *L'assurance de protection juridique*, Marché, garanties, perspectives, Éditions L'Argus de l'assurance, 2006., str. 24-25.). Navedenu je odredbu po sadržaju preuzeo čl. 53. st. 1. Ugovora o funkcioniranju EU-a.

9 *Loc. cit.*, Passa, B., Benacchio, G. A., *The Harmonisation of Civil Law and Commercial Law in Europe*, Ceu Press, Budapest, 2006., str. 187. Boni, Z. E., *Tutela Giudiziaria*, DAS, Verona, 1998., seconda ristampa, 2003., str. 15.

## **2.2. Sukob interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika te njegovo sprječavanje**

### *2.2.1. Općenito*

Sprječavanje sukoba interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika bitno je za razumijevanje obavljanja djelatnosti OPZ-a, a ujedno predstavlja i jedan od razloga donošenja Smjernice o OPZ-u. Stoga, na ovom mjestu najprije se opisuju slučajevi kada dolazi do navedenoga sukoba između osiguratelja OPZ-a i osiguranika, a potom kako se taj sukob spriječavao u europskim zemljama prije donošenja Smjernice u OPZ-u.

### *2.2.2. Slučajevi sukoba interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika*

U literaturi, a i u praksi OPZ-a navode se četiri tipična slučajeve.<sup>10</sup>

Prvi najčešće spominjani slučaj kada osiguratelj od odgovornosti pruža svom osiguraniku (štetniku) pokriće iz osiguranja od odgovornosti, a ujedno obavlja poslove OPZ-a te drugoj strani (oštećeniku) pruža upravo osigurateljsko pokriće pravne zaštite.<sup>11</sup> Tada takav osiguratelj dolazi u sukob interesa prema osiguraniku OPZ-a, (ali i prema osiguraniku od odgovornosti) jer mu mora pružati pokriće pravnih troškova za ostvarivanje osiguranikovoga prava na naknadu štete prema štetniku (u slučaju ako ne postoji izravni zahtjev prema osiguratelju), odnosno prema odgovornom osiguratelju od odgovornosti (koji negira postojanje, opseg i visinu štete) ako postoji izravni zahtjev oštećenika (direktna tužba). Odatle ispada da bi osiguratelj pravne zaštite pružajući pokriće pravnih troškova svom osiguraniku (oštećeniku iz građanskopravnog odnosa odgovornosti za štetu), zapravo financijski mu pomagao u ostvarivanju prava na naknadu štete prema sebi samom kao osiguratelju koji pored pokrića iz OPZ-a pruža i pokriće osiguranja od odgovornosti u konkretnom slučaju. Svakako da je u ovako opisanom slučaju postojanje sukoba interesa između osiguranika OPZ-a i osiguratelja pravne zaštite neupitno. S jedne strane, osiguratelj u ulozi osiguratelja pravne zaštite mora osiguraniku OPZ-a pružati osigurateljsko pokriće u snošenju pravnih troškova ostvarivanja zahtjeva za naknadu štete, koje mu može uskratiti samo u skladu s propisima i uvjetima osiguranja pravne zaštite. S druge, taj isti osiguratelj, ali sada u ulozi osiguratelja od odgovornosti, mora na postavljeni zahtjev za naknadu štete poduzeti sve pravne radnje koje se odnose na ispitivanje osnovanosti postavljenoga zahtjeva za naknadu štete, pa čak takav zahtjev i negirati ako ga smatra neutemeljenim. Stoga, postoji

10 Slučajevi sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite opisani su u: Levie, G., *La coordination de l'assurance «protection juridique» dans les Comunités Européennes*, u: *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, redaktor: Möller, H., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1975., str. 81-83.

11 O tome i: Harbauer, *Rechtsschutzversicherung, Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 75 und ARB 94/2000)*, 7. völlig neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2004., str. 108., Rn 37.

mogućnost da osiguratelj, kako je u sukobu interesa, odluči potpuno ili djelomično uskratiti snošenje troškova pravne zaštite. Time bi moglo doći do povrede prava osiguranika OPZ-a, koja mu pripadaju sukladno uvjetima i ugovorom o osiguranju.

Drugi slučaj kada bi moglo doći do sukoba interesa između osiguranika OPZ-a i osiguratelja je kada bi sam osiguratelj pravne zaštite u ulozi osiguratelja imovine na temelju subrogacije (prijelaza) prava s oštećenika (osiguranika imovine) na osiguratelja, postavio zahtjev za naknadu štete prema štetniku, koji je ujedno osiguranik OPZ-a kod istog osiguratelja. Tada je, naime osiguratelj pravne zaštite, koji je ujedno i osiguratelj imovine oštećenika, u sukobu interesa sa štetnikom koji je ujedno i osiguranik pravne zaštite, a prema kojem postavlja subrogacijski zahtjev za naknadu štete s naslova osiguranja imovine. Dakle, i ovdje je pretpostavka za nastanak sukoba interesa da osiguratelj pored pokrića pravne zaštite pruža pokriće i iz ostalih grana osiguranja, konkretno osiguranja imovine. Sukob interesa sastoji se u tomu da osiguratelj mora snositi troškove pravne zaštite. To jest obrane osiguranika pravne zaštite od zahtjeva za naknadu štete koju je taj isti osiguratelj postavio prema osiguraniku pravne zaštite (štetniku) s naslova subrogacije (prijelaza) prava na naknadu štete s oštećenika-osiguranika imovine na osiguratelja.

Treći slučaj sukoba interesa između osiguranika pravne zaštite i osiguratelja postoji kada osiguranik pravne zaštite ima ujedno položaj osiguranika neke druge vrste osiguranja kod istog osiguratelja. U ovoj situaciji može doći do spora između osiguranika i osiguratelja u vezi s ostvarivanjem prava na pokriće iz neke druge vrste osiguranja, a koje pruža osiguratelj koji ujedno osiguraniku pruža i pokriće troškova pravne zaštite. Ovdje se sukob interesa sastoji u tomu što bi osiguratelj u ulozi osiguratelja pravne zaštite trebao snositi troškove ostvarivanja prava osiguranika pravne zaštite. Ostvarivanje tih prava odnosi se upravo na ugovor o osiguranju iz neke druge vrste osiguranja koji dotični osiguranik pravne zaštite ima sklopljen s istim osigurateljem. Dakle, osigurateljem koji mu pored pokrića troškova pravne zaštite pruža i pokriće iz spomenute neke druge vrste osiguranja. I ovdje je pretpostavka postojanja sukoba interesa između osiguranika pravne zaštite i osiguratelja u tomu da osiguratelj, pored pokrića troškova pravne zaštite pruža i pokriće i iz neke druge vrste osiguranja.

Konačno četvrti slučaj postojanja sukoba interesa između osiguratelja pravne zaštite i njegovog osiguranika je kada isti osiguratelj pravne zaštite pokriva pravne troškove dviju suprotstavljenih strana, a koje imaju položaj osiguranika istog osiguratelja pravne zaštite. Dakle, ovdje se ne radi kao u prethodnim slučajevima da osiguratelj pravne zaštite pored pokrića iz OPZ-a pruža pokriće i iz drugih vrsta osiguranja, odnosno poslova osiguranja. Već do sukoba interesa može doći unutar samog obavljanja poslova OPZ-a samim time što su osiguranici OPZ-a međusobno suprotstavljane strane, s međusobno suprotnim interesima, a imaju položaj osiguranika kod istog osiguratelja pravne zaštite.



### 2.2.3. *Sprječavanje opisanih sukoba interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika*

Opisane mogućnosti nastanka sukoba interesa između osiguratelja pravne zaštite i njegovog osiguranika rezultiralo je u europskim zemljama pojavom određenih mehanizama za sprječavanjem takvih mogućnosti nastanka sukoba interesa.

U većini europskih zemalja bio je prihvaćen jedan jedinstveni i svima njima zajednički mehanizam sprječavanja nastanka spomenutog sukoba interesa. To je pravo, odnosno mogućnost osiguranika da sam slobodno izabere odvjetnika koji će ga samostalno i potpuno neovisno (od uputa osiguratelja pravne zaštite) zastupati u ostvarivanju njegovih pravnih interesa, a čije će pravne troškove snositi osiguratelj.<sup>12</sup> U većini je država članica EEZ-a upravo taj mehanizam smatran dostatnim za sprječavanje opisanih sukoba interesa. Zbog toga što se smatralo da je profesionalni odnos odvjetnik - stranka dovoljan za zaštitu interesa stranke-osiguranika OPZ-a. Osiguratelj pravne zaštite, ukoliko bi u ispunjavanju svojih ugovornih obveza prema osiguraniku bio sputan sukobom interesa, povrijedio bi time svoje ugovorne obveze na pružanje pokriva u pravnim troškovima i odgovarao bi osiguraniku za štetu koju bi mu time prouzročio.

No, jedino u Njemačkoj, čiji su osiguratelji pravne zaštite, (a i danas je tako) ostvarivali ukupnu bruto premiju iz OPZ-a veću od svih ostalih osiguratelja OPZ-a u svim ostalim državama članica ondašnje EEZ, smatralo se da navedeni mehanizam, tj. pravo, odnosno mogućnost slobodnog izbora odvjetnika od strane osiguranika pravne zaštite, nije dovoljan za potpuno i učinkovito sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite, već da mora postojati i neki dodatni, složeniji mehanizam.<sup>13</sup>

Taj dodatni mehanizam sprječavanja sukoba interesa između osiguranika pravne zaštite i osiguratelja u Njemačkoj poznat je pod nazivom *Spartentrennung*,<sup>14</sup> odnosno odvajanje poslova u osiguranju. Odvajanje poslova u osiguranju u OPZ-u zahtijeva da osiguratelj pravne zaštite može obavljati poslove osiguranja samo iz OPZ-a, a ne i iz ostalih grana osiguranja. U protivnom može doći do sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja. Posljedično tomu ustanova odvajanja poslova u osiguranju zahtijeva da usluge OPZ-a pružaju samo specijalizirani osiguratelji. Dakle osiguratelji koji će prema svom poslovnom planu obavljati samo poslove OPZ-a i niti jedne druge poslove osiguranja.<sup>15</sup> Tražilo se da takvi osiguratelji budu zasebne pravne osobe. Kompozitni osiguratelji mogli su obavljati poslove OPZ-a samo na način da su osnovali društva kćeri kao specijalizirane osiguratelje pravne

12 Levie, G., op. cit., str. 104.

13 Werner, J., *Die Rechtsschutzversicherung in Europa, Eine Studie über die geschichtliche und wirtschaftliche Entwicklung sowie über die Versicherungsbedingungen der Rechtsschutzversicherungen in Europa*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1985., str. 251.

14 Harbauer, op. cit., str. 108., Rn 37.

15 Mathy, F. A., *Rechtsschutz-Alphabet, 2., völlig neubearbeitete Aufl.*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe, 2000, str. 790.

zaštite, ali to je bilo skopčano dodatnim troškovima.<sup>16</sup> U SR Njemačkoj se smatralo da se samo uz primjenu odvajanja poslova u osiguranju može u najvećoj mogućoj mjeri spriječiti nastanak ranije opisanih sukoba interesa. Pravo na slobodan izbor odvjetnika (koji je bio jedini mehanizam sprječavanja sukoba interesa u ostalim europskim zemljama) pridonosi sprječavanju sukoba interesa, ali nije u potpunosti dostatno.

Ustanova odvajanja poslova OPZ-a (*Spartentrennung*) u Njemačkoj ima vrlo dugu tradiciju. Ova ustanova nikada nije bila zakonski propisana. U poslovnu praksu uvela ju je još 1936. godine *Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung* kada je uočila postojanje sukoba interesa upravo kada je osiguratelj pravne zaštite pružao i poslove osiguranja od odgovornosti, a o čemu je već ranije bilo riječi. Načelo odvajanja poslova osiguranja je kasnije, nakon Drugog svjetskog rata prihvatila i čvrsto u praksi provodila *Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen*.<sup>17</sup> Čak se i navodi kako je upravo zahvaljujući odvajanju poslova u osiguranju u Njemačkoj omogućilo snažan razvoj OPZ-a jer je ono pružalo maksimalnu zaštitu interesa osiguranika (potrošača) naspram osiguratelja pravne zaštite.<sup>18</sup> Međutim, uskoro je opisano odvajanje poslova u osiguranju<sup>19</sup> postala kočnica slobodnog obavljanja djelatnosti OPZ-a na području tadašnje EEZ.

### **2.3. Ustanova *Spartentrennunga* (odvajanja poslova osiguranja) kao smetnja slobodnog obavljanja djelatnosti OPZ-a na području nekadašnjeg EEZ-a**

Ustanova odvajanja poslova osiguranja OPZ-a od ostalih poslova osiguranja kakva je postojala u Njemačkoj bila je potpuno nepoznata u ostalim europskim zemljama u kojima su osiguratelji uz osiguranje pravne zaštite obavljali poslove i iz ostalih grana osiguranja. Osiguratelji iz ostalih zemalja članica ondašnje EEZ, koji su obavljali poslove OPZ-a kao kompozitni osiguratelji, (tj. uz OPZ su pružali i obavljali poslove i iz ostalih vrsta osiguranja), a ne kao specijalizirani osiguratelji, (tj. obavljali samo poslove OPZ-a), nisu mogli započeti s obavljanjem djelatnosti

16 Harbauer, op. cit., str. 109., Rn 37.

17 Loc. cit.

18 Mathy, F. A., op. cit., str. 791., Werner, J., op. cit., str. 251. i 253.

19 Inače *Spartentrennung* (odvajanje poslova u osiguranju) nije isključivo vezan uz OPZ. Često se *Spartentrennung* u OPZ-u stavljao u odnos sa specijalizacijom osiguratelja koji pružaju usluge osiguranja života. Za njih je karakteristično da takvi osiguratelji ne mogu pružati usluge iz ostalih grana osiguranja, odnosno moraju biti pravno samostalni od osiguratelja (majke) koje pruža usluge iz ostalih grana osiguranja. Ovo iz razloga da se loše poslovanje i nelikvidnost osiguratelja u poslovima osiguranja imovine (neživotnog osiguranja) ne odrazi na likvidnost glede poslova osiguranja života. Posljedično tomu govorilo se, o tzv. "malom" *Spartentrennungu* u OPZ-u i o "velikom" *Spartentrennungu* u osiguranju života (Levie, G., op. cit., str. 104.). Međutim *Spartentrennung* u osiguranju života, za razliku od OPZ-a, bio je vrlo rano prihvaćen u većini europskih zemalja te je kasnije pretočen i u smjernice o osiguranju. Posljedično tomu, u pravu osiguranja EU-a postoje posebne smjernice koje se odnose na životno osiguranje, a posebne smjernice koje se odnose na neživotno osiguranje.

OPZ-a na njemačkom teritoriju, odnosno nisu mogli osnivati svoje podružnice u Njemačkoj, koje bi pored ostalih osiguranja obavljale i poslove OPZ-a. Osiguratelji iz drugih država članica mogli su poslove OPZ-a obavljati u Njemačkoj samo osnivanjem osiguratelja kao zasebne pravne osobe koja bi se isključivo bavila samo poslovima OPZ-a. To bi bio, tzv. specijalizirani osiguratelj koji bi predstavljao zasebnu pravnu osobu, pravno odvojenu od kompozitnog osiguratelja, a koji bi obavljao ostale poslove osiguranja. Na osnivanje ovakvo posebnih, specijaliziranih osiguratelja, koji će se baviti samo djelatnošću OPZ-a, osiguratelji nisu bili obvezni u ostalim zemljama tadašnje EEZ, kao što je to bio slučaj u Njemačkoj. Dakle, bila je očigledna da nejednakost u uvjetima za osnivanje i otpočinjanje s obavljanjem djelatnosti OPZ-a na području ondašnje EEZ, konkretno između Njemačke i ostalih članica EZ-a (odlomak 8. Preambule Smjernice o OPZ-u iz 1987.). Ovdje ponovno valja ukazati na Prvu smjernicu o neživotnom osiguranju od 24. srpnja 1973. (73/239/EEZ) kojoj je bio cilj stvaranje jednakih uvjeta otpočinjanja i obavljanja djelatnosti neživotnih osiguranja na području EEZ. Ova se Smjernica odnosi i na otpočinjanje i obavljanje djelatnosti OPZ-a, a koje je u Prilogu A Smjernice označeno kao jedno od 17 skupina neživotnog osiguranja (toč. 17. slova A, Priloga Smjernice). Međutim, u čl. 7. st. 2., toč. c Smjernice navedeno je kako se SR Njemačkoj dopušta zadržavanje, tzv. *Spartentrennung*, odnosno zabrana obavljanja OPZ-a (i još nekih drugih vrsta osiguranja) usporedno ili istodobno s drugim vrstama osiguranja. Dakle, i sama Prva smjernica o neživotnom osiguranju dopustila je da SR Njemačka određeno vremensko razdoblje, unutar kojeg je trebalo doći do novog usklađivanja, zadrži strože uvjete obavljanja djelatnosti OPZ-a. Ali ovakva povlastica za Njemačku bila je vremenski ograničena na vrijeme od četiri godine od objave Prve smjernice neživot do kada je trebalo uslijediti novo usklađivanje (31. srpanj 1977. godine).<sup>20</sup> Međutim, do isteka toga roka nije došlo do navedenog usklađivanja, pa se i nakon isteka tog roka na području Njemačke u obavljanju djelatnosti OPZ-a primjenjivala ustanova podjele poslova u osiguranju. Na području ostalih država članica takvoga posebnog ograničenja za obavljanje djelatnosti OPZ-a nije bilo. Ovakvo je stanje potrajalo sve do donošenja Smjernice o OPZ-u br. 87/344/EEZ od 22. lipnja 1987.<sup>21</sup> godine kojom su se na području čitave EEZ, (a današnje EU) stvorili jednaki uvjeti obavljanja djelatnosti OPZ-a. Dakle, sve do donošenja Smjernice o OPZ-u iz 1987. godine na području tadašnje EEZ postojala je nejednakost u uvjetima za osnivanje društava za osiguranje i obavljanje poslova osiguranja pravne zaštite između Njemačke s jedne strane (koja je zahtijevala ispunjenje strožih uvjeta za obavljanje djelatnosti OPZ-a, tzv. *Spartentrennung*, tj. odvajanje poslova u osiguranju) i s druge strane svih ostalih država članica koje takve strože uvjete nisu zahtijevale. Smjernicom o

20 Werner, J., op. cit., str. 251.

21 *Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance*, (Smjernica o ujednačavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koji se odnose na osiguranje troškova pravne zaštite) OJ L 185, 04/07/1987, p. 0077-0080.

OPZ-u postignuto je kompromisno rješenje<sup>22</sup> po kojem više nije postojala podjela poslova osiguranja u OPZ-u. Odnosno, Smjernica je propisala obvezu u čl. 8. da države članice ukinu sve odredbe koje na nacionalnoj razini zabranjuju kumulaciju OPZ-a i neke druge vrste osiguranja. Istodobno su predviđene neke druge mjere kojima se sprječava nastanak sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja koji obavlja poslove OPZ-a.

### **3. SMJERNICA 87/344 EEZ OD 22. LIPNJA 1987.**

#### **3.1. Pravni temelj i cilj Smjernice**

Pravni temelj donošenja Smjernice o OPZ-u je čl. 47. st. 2. UEZ (bivši čl. 57. st. 2. Ugovora o EEZ-u) koji ovlašćuje Vijeće na donošenje smjernica o usklađivanju zakonskih, upravnih i administrativnih odredbi država članica koje se odnose na pristup samostalnim djelatnostima i na njihovo obavljanje. Svakako da je prije donošenja Smjernice slobodno obavljanje i pristup djelatnosti OPZ-a bilo otežano, odnosno nejednako u svim državama članicama iz razloga koje smo prije objasnili, što se njezinim donošenjem pokušalo ispraviti.

Cilj Smjernice, koji se navodi u čl. 1. je dvojak, a uvjetovan je razlozima donošena Smjernice o čemu je već do sada bilo riječi (*supra* 2.1.). S jedne strane, cilj je Smjernice da se olakša učinkovito ostvarenje slobode osnivanja društava za osiguranje (osiguratelja), konkretno osiguratelja pravne zaštite. Kako se u Njemačkoj do donošenja Smjernice (točnije do trenutka potpunog usklađivanja sa Smjernicom, 30. lipnja 1990.),<sup>23</sup> zahtijevalo da djelatnost OPZ-a obavljaju specijalizirani osiguratelji, koji se uz poslove OPZ-a, nisu mogli baviti poslovima iz drugih vrsta osiguranja istovremeno (*Spartentrennung*), a u drugim državama članicama takav zahtjev specijalnosti, tj. odvojenosti poslova osiguranja u odnosu na OPZ nije postojao. Poslove OPZ-a osiguratelji su mogli slobodno obavljati zajedno s ostalim poslovima osiguranja. Bilo je očito da nije efektivno postojala sloboda osnivanja društava za osiguranje, tj. osiguratelja na područje čitave ondašnje EEZ. Ovo iz razloga jer je u Njemačkoj bilo nemoguće osnivati društvo za osiguranje koje će obavljati poslove OPZ-a zajedno s ostalim vrstama osiguranja kao što je to bilo moguće u ostalim državama članica. Stoga je jedan od ciljeva Smjernice o OPZ-u bio uklanjanje navedene smetnje u slobodi osnivanja društava za osiguranje. To je i učinjeno ponajprije izravnim propisivanjem u čl. 8. da su države članice dužne ukinuti sve odredbe koje na njihovom području zabranjuju kumulaciju obavljanja poslova osiguranja pravne zaštite i neke druge vrste osiguranje.

22 Do kompromisnih rješenja osobito dolazi kada se javi potreba za uklanjanjem prepreka u funkcioniranju zajedničkoga tržišta. S druge strane imamo suprotstavljene nacionalne pravne tradicije koje se jako razlikuju (Josipović, T., Načela europskog prava u presudama Suda Europske Zajednice, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 87.) kao što je u ovom slučaju pravna tradicija *Spartentrennunga* u OPZ-u Njemačkoj.

23 Harbauer, op. cit., str. 108., Rn 37.

Posredno, sloboda osnivanja osiguratelja ostvarena je i propisivanjem metoda (mehanizma) za sprječavanje sukoba interesa, a o kojima se nastavno više govori. No, propisane metode sprječavanja sukoba interesa (čl. 3.) između osiguratelja pravne zaštite i osiguranika predstavljaju ujedno ostvarenje i drugog cilja ove Smjernice, a to je da se u najvećoj mogućoj mjeri izbjegne sukob interesa do kojeg može doći posebno iz činjenice kada osiguratelj pravne zaštite pruža osigurateljsko pokriće i nekom drugom osiguraniku ili da osiguratelj osiguraniku pored pokrića iz OPZ-a pruža i pokriće u nekoj drugoj vrsti osiguranja.

Konačno, pored ciljeva navedenih u čl. 1. Smjernice, prema praksi Europskoga suda (presuda Suda u slučaju *Erhard Eschig v. UNIQA Sachversicherung AG*, *infra* 4.) proizlazi i treći cilj Smjernice, a to je maksimalna zaštita osiguranika OPZ-a jer mu se Smjernicom izričito priznaju određena prava kao što je pravo na slobodan izbor odvjetnika.

### **3.2. Definiranje OPZ-a i područje primjene Smjernice**

U čl. 2. st. 1. Smjernica o OPZ-u daje definiciju OPZ-a kao osiguranja kojim se na temelju plaćanja premije, snose troškovi sudskoga postupka i pružaju druge usluge koje proizlaze iz osigurateljskog pokrića. Posebice u vezi s: a) ostvarenjem zahtjeva za naknadu štete (koju je osiguranik pretrpio), i to u izvansudskom postupku, u kaznenom ili građanskom postupku, b) obranom ili zastupanjem osiguranika u građanskom, kaznenom ili upravnom postupku ili u nekom drugom postupku, kao i u vezi s izvansudskim zahtjevom koji se prema njemu postavlja. Valja napomenuti kako se zahtjev za naknadu štete, koju je osiguranik pretrpio u spomenutim vrstama postupaka, odnosi na naknadu troškova tih postupaka, (a ne o zahtjevu za naknadu štete koji je eventualno bio predmet rasprave u tim postupcima). Budući da troškovi postupka, za koje postoji obveza njihova plaćanja, imaju karakter štete na imovini stranke (osiguranika pravne zaštite).

U čl. 2. st. 2. Smjernice OPZ-a govori se o pravnim područjima na koja se ta Smjernica ne primjenjuje. Prije svega ova se Smjernica ne primjenjuje na osiguranje troškova pravne zaštite u sporovima koji proizlaze ili su u vezi s uporabom morskih plovniha objekata. Nadalje, ova se Smjernica ne primjenjuje na djelatnost pravne zaštite koju obavlja osiguratelj od odgovornosti prilikom poduzimanja radnji obrane ili zastupanja osiguranika u istrazi ili raznim postupcima kada takva djelatnost osiguratelja ulazi u osigurateljsko pokriće osiguranja od odgovornosti. Konačno, ova Smjernica dopušta državama članicama odrediti kako se ona neće primjenjivati na djelatnost pravne zaštite kada takvu djelatnost obavljaju osiguratelji pomoći (tzv. *assistance insurance*)<sup>24</sup> kao dio ugovora o osiguranju pomoći osobama koje zapadnu

24 *Assistance* osiguranje je takvo osiguranje kod kojega se osiguratelj, pod uvjetom plaćanja premije, obvezuje osiguraniku da će mu pružiti pomoć u slučaju ako se nađe u stanju nužde. Pomoć osiguratelja može biti u novcu, ili u nekim radnjama u naturi (*facere*). Dakle navedenim osiguranjem, osigurava se osiguraniku pomoć u određenim, za njega tegobnim životnim situacijama kada mu je potrebna pomoć. Scheda informativa assistenza, [http://www.ania.it/assist\\_giud/attivita/SCHEDA%20Assistenza%20%2020%2009%2004.pdf](http://www.ania.it/assist_giud/attivita/SCHEDA%20Assistenza%20%2020%2009%2004.pdf), str. 3-5.

u poteškoće za vrijeme putovanja daleko od kuće ili daleko od njihovog stalnog prebivališta, pod uvjetom da se djelatnost pravne zaštite obavlja u državi članici, izvan one u kojoj osiguranik ima uobičajeno prebivalište.

Smjernica o OPZ-u u čl. 9. mijenja Prvu smjernicu o neživotnom osiguranju (73/239/EEZ) u dijelu koji se odnosi na dodatne rizike (Prilog C). Sukladno Prvoj smjernici za dodatne rizike karakteristično je da ih osiguratelj može pokrivati i bez posebne dozvole. Ukoliko su oni povezani s glavnim rizikom, tiču se predmeta koji je osiguran protiv glavnog rizika i koji su pokriveni istim ugovorom kojim se pokriva i glavni rizik. Od svih vrsta rizika koji su nabrojani u Prilogu A prve smjernice, njih 18, jedino se rizici osiguranja kredita i jamstva nisu mogli osigurati kao dodatni rizici. No, Smjernicom o OPZ-u, u čl. 9. st. 2. određeno je od sada da se ni rizici pravne zaštite više ne mogu osiguravati kao dodatni rizici. Ovo znači da osiguratelj mora imati dozvolu za pokrivanje rizika pravne zaštite, odnosno da ih ne može više osiguravati kao dodatne rizike. Izuzetak je učinjen za tzv. osiguranje pomoći. Naime, sukladno čl. 9. st. 3. osiguratelj, koji pokriva rizike pomoći osobama koje zapadnu u poteškoće za vrijeme putovanja daleko od kuće ili njihovog stalnog prebivališta, može pokrivati i rizik pravne zaštite kao dodatni rizik glavnom riziku osiguranja pomoći. Ovo znači da bi osiguratelji pomoći mogli obavljati djelatnost pravne zaštite, koja je u vezi s osiguranjem pomoći, a bez da im je potrebna posebna dozvola za pokrivanje pravne zaštite kao dodatnog rizika.

### **3.3. Sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja**

#### **3.3.1. Općenito**

Već je ranije rečeno da je pitanje sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja OPZ-a jedan od razloga donošenja Smjernice o OPZ-u (*supra* 2.1 i 2.2.). Shodno tomu, Smjernica se u čl. 3. upravo i bavi tom materijom, točnije propisivajući različite metode sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja. Dva su temeljna načela koja Smjernica primjenjuje u opisivanju metoda sprječavanja sukoba interesa: načelo odvojene obrade štete i načelo slobodnog izbora odvjetnika.<sup>25</sup>

#### **3.3.2. Načelo odvojene obrade štete**

Načelo odvojene obrade štete zahtijeva da se prijavljeni slučajevi (štete) iz osiguranja pravne zaštite moraju odvojeno obrađivati i voditi od prijavljenih šteta ostalih vrsta osiguranja. Ovo načelo odvojene obrade štete nailazi svoju primjenu već prilikom sklapanja ugovora o osiguranju. Tako je u čl. 3. st. 1. određeno u slučaju ako se osiguranjem pokrivaju rizici pravne zaštite zajedno s ostalim vrstama rizika, da se glede pokrića OPZ-a mora sklopiti zaseban ugovor o osiguranju odvojen od

25 Ćurković, M., *Osiguranje pravne zaštite, Osiguranje i privreda*, god. 33, br. 5., 1993., str. 24-25., Ivanjko, Š., *op. cit.*, str. 45-46.

ostalnih ugovora o osiguranju kojima se pokrivaju druge vrste rizika. Ili pak da se u okviru ugovora o osiguranju, kojima se pokrivaju druge vrste rizika, ustanovi poseban odsjek koji će se odnositi na pokriće OPZ-a te za koje, ako to zahtijeva država članica, mora biti naznačena i posebna premija osiguranja.

S obzirom na činjenicu da se po Smjernici OPZ-om mogu baviti, pored specijaliziranih društava i društva koja obavljaju i ostale poslove osiguranja,<sup>26</sup> u čl. 3. st. 2. Smjernice, predviđene su dvije različite metode primjene načela odvojene obrade štete, (tj. načina na koja se mogu voditi poslovi OPZ-a) s ciljem izbjegavanja sukoba interesa između osiguratelja OPZ-a i osiguranika.

Prvi je način da osiguratelj, (a u pravilu je to osiguravajuće društvo) mora osigurati da ni jedan član osoblja koji radi na poslovima obrade šteta pravne zaštite (pravnih troškova) ili davanja pravnih savjeta u vezi s tim, ne obavlja i poslove obrade šteta iz drugih vrsta osiguranja kojima se društvo bavi (ako se radi o kompozitnom osiguratelju). Ovo pravilo važi i kada društvo, koje pruža usluge OPZ-a, neovisno o tomu radi li se o specijaliziranom ili kompozitnom osiguratelju, ima s drugim društvom, koje se bavi osiguranjem više rizika, financijske, trgovačke ili administrativne veze (čl. 3. st. 2. toč. a. Smjernice).

Drugi način izbjegavanja sukoba interesa je da osiguravajuće društvo (koje nije specijalizirano za OPZ) osnuje posebnu (nezavisnu) organizaciju sa zasebnom pravnom osobnošću (društvo za osiguranje) kojoj će dodijeliti poslove obrade šteta iz OPZ-a (čl. 3. st. 2. toč. b. Smjernice). Ova zasebna pravna organizacija zadužena za obradu šteta iz OPZ-a mora izričito biti navedena u ugovoru o OPZ-u. Odnosno u odsjeku ugovora o osiguranju koji se odnosi na OPZ kada ugovor o osiguranju pokriva druge vrste rizika. Ako je ova pravno zasebna organizacija povezana s drugim društvom, koje obavlja poslove različitih vrsta osiguranja, tada njezino osoblje, koje obavlja poslove obrade štete iz OPZ-a i davanja pravnih savjeta u vezi s pravnom zaštitom, ne može obavljati iste ili slične poslove za drugo osiguravajuće društvo. Zemlje članice mogu propisati da se isti zahtjevi postavljaju i za članove upravljačkih tijela pravno zasebnih organizacija – specijaliziranih osiguratelja koja obavljaju poslove OPZ-a. Odnosno, da članovi njihovih upravljačkih tijela ne mogu biti i članovi tijela upravljanja i nadzora društva s kojim su povezane.

### *3.3.3. Pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika*

Naknadna mogućnost sprječavanja sukoba interesa je da osiguratelj pravne zaštite predvidi u ugovoru o osiguranju pravo osiguranika da sam brani svoje interese u sporu za koji postoji osigurateljsko pokriće slobodnim izborom odvjetnika ili ako je moguće po nacionalnom pravu slobodnim izborom neke druge osobe s potrebnim pravnim kvalifikacijama (čl. 3. st. 2. toč. c. Smjernice). Ova je mjera osobito značajna kada osigurateljsku zaštitu u snošenju pravnih troškova zahtijevaju

<sup>26</sup> Naime, u čl. 8. Smjernice izrijekom je propisano da se moraju ukinuti sve odredbe koje zabranjuju osiguratelju da pored poslova OPZ-a ne može u isto vrijeme obavljati i ostale poslove osiguranja.

strane iz istoga spora koje su osiguranici kod istog osiguratelja pravne zaštite. Radi potpunog sprječavanja sukoba interesa u takvoj situaciji potrebno je navedenu mjeru slobodnog izbora odvjetnika kombinirati s prethodno navedenim mjerama sprječavanja sukoba interesa koje su zasnovane na ideji odvojene obrade šteta.

### *3.3.4. Mogućnost izbora metoda sprječavanja sukoba interesa*

Iz dosada navedenoga proizlazi da su Smjernicom predviđene tri metode sprječavanja sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika. Prva je metoda odvajanje poslova između osoblja istog osiguratelja. Druga je metoda osnivanje pravno samostalnog specijaliziranoga društva za osiguranje (osiguratelja). Obje metode proizlaze iz načela odvojene obrade štete (*supra* 3.3.2.). Treća je metoda slobodnog izbora odvjetnika od strane osiguranika (*supra* 3.3.3.). Navedene tri metode sprječavanja sukoba interesa, alternativno su navedene. Odnosno država članica može sama odabrati koju će od gore navedenih metoda sprječavanja sukoba interesa unijeti u svoje propise kojima se uređuje obavljanje poslova OPZ-a.<sup>27</sup> Bez obzira koje se rješenje prihvati, interesi osiguranika pravne zaštite moraju biti zaštićeni u punoj mjeri i na jednak način u skladu sa Smjernicom (čl. 3. st. 3. Smjernice).

Prema autoru dostupnim podacima<sup>28</sup> na području današnje EU, broj prihvaćenih metoda za sprječavanje sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika pravne zaštite, kao i njihov izbor, razlikuje se od države do države. Tako postoji krug država koje su prihvatile sve tri metode rješavanja sukoba interesa. Odnosno odredile su da osiguratelji u svojim uvjetima osiguranja mogu izabrati jednu ili više metoda za sprječavanje sukoba interesa alternativno navedenih u Smjernici: Italija, Belgija, Španjolska, Francuska, Irska, Nizozemska, Portugal i Velika Britanija. Nadalje postoje zemlje koje su prihvatile samo prve dvije metode, tj. metodu odvajanja poslova između osoblja istog osiguratelja i metodu osnivanja pravno samostalnog specijaliziranoga društva za osiguranje (osiguratelja): Austrija, Grčka, Luksemburg. Konačno, samo je Njemačka i dalje ostala isključivo pri metodi osnivanja pravno samostalnog specijaliziranoga društva za osiguranje (osiguratelja pravne zaštite) kao jedinjoj metodi sprječavanja sukoba interesa. Iz navedenoga može se naslutiti da Smjernica o OPZ-u baš i nije postigla punu harmonizaciju u OPZ-u, bar što se tiče određivanja koju metodu za sprječavanje sukoba interesa treba primijeniti, ali o tomu više kasnije (*infra* 3.7.1. i 3.7.2.).

### *3.4. Pravo slobodnog izbora odvjetnika i mogućnost njegovog ograničavanja*

U čl. 4. Smjernice govori se o jednom od temeljnih prava osiguranika pravne zaštite, a to je pravo slobodnog izbora odvjetnika, odnosno pravnoga zastupnika koji će se brinuti o zaštiti i ostvarivanju njegovih pravnih interesa. Sama Smjernica

<sup>27</sup> Tako i Boni, E. Z., op. cit., str. 18.

<sup>28</sup> Loc. cit. i str. 109-112.



navodi kako u ugovoru o OPZ-u mora biti izrijekom navedeno pravo osiguranika slobodno izabrati odvjetnika ili bilo koju drugu kvalificiranu osobu u skladu s nacionalnim pravom koji će osiguranika braniti, zastupati ili brinuti se o njegovim pravnim interesima u svakoj vrsti ispitivanja ili postupka (čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice).<sup>29</sup> Navedeno pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika moramo razlikovati od načela slobodnog izbora odvjetnika kao metode sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja (*supra* 3.3.3.). Naime, pravo na slobodan izbor odvjetnika potpuno je samostalno i vlastito pravo osiguranika, koje usto mora izrijekom biti navedeno i u ugovoru o OPZ-u. Ono ne ovisi o tomu da je kao metoda za rješavanje sukoba interesa izabrano načelo slobodnog izbora odvjetnika. Odnosno i kada takva metoda sprječavanja sukoba interesa nije izabrana, pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika bezuvjetno postoji. Ako načelo slobodnog izbora odvjetnika nije izabrano kao metoda za sprječavanje sukoba interesa, osiguraniku se ne može negirati postojanje prava na slobodan izbor odvjetnika. Ovo iz razloga što prema gledištu koji proizlazi iz presude Europskog suda u slučaju *Eschig v. UNIQA Sachversicherung AG*, iz 2008. godine (*infra* 4.) svrha Smjernice o OPZ-u nije samo sprječavanje sukoba interesa, nego i zaštita osiguranika izričitim mu priznavanjem određenih prava, kao što je pravo na slobodan izbor odvjetnika (pravnog zastupnika) u čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice.

Time što je pravo na slobodan izbor odvjetnika samostalno pravo, ono se ne može niti ograničavati izvan uvjeta predviđenih Smjernicom. U čl. 5. Smjernica predviđa mogućnost da države članice propišu i odstupanje od načela slobodnog izbora odvjetnika, a što bi omogućilo osigurateljima pravne zaštite da sami određuju odvjetnika svojim osiguranicima. No, za takvo što potrebno je ispuniti kumulativno četiri uvjeta. Prvi je uvjet da se OPZ odnosi na uporabu motornih vozila na području država članica. Drugi je uvjet da je osigurateljsko pokriće pravne zaštite povezano s ugovorom o osiguranju pružanja pomoći u slučaju prometne nezgode ili kvara motornoga vozila. Treći je uvjet da ni osiguratelj pravne zaštite niti osiguratelj pomoći ne obavlja poslove osiguranja od odgovornosti. Konačno, četvrti uvjet je da su poduzete mjere, koje osiguravaju strankama u sporu davanje pravnih savjeta i zastupanje od potpuno neovisnih odvjetnika, kada su obje strane osigurane kod istog osiguratelja pravne zaštite (radi izbjegavanja sukoba interesa). Razlog zbog kojeg u Smjernici postoji navedeno ograničenje prava na slobodan izbor odvjetnika je što su prije nego što je Smjernica o OPZ-u donesena, automobilski klubovi u pojedinim zemljama članicama (posebice Velika Britanija i Nizozemska) pružali svojim članovima usluge OPZ-a. Odnosno plaćali su svojim članovima troškove svojih, tj. klupskih odvjetnika u pravnim postupcima koji su se vodili povodom prometnih

29 Tko se smatra odvjetnikom u državama članicama EU-a uređeno je čl. 1. st. 2. *Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services* (Smjernica koja se odnosi na olakšavanje slobode pružanja odvjetničkih usluga), OJ L 078, 26/03/1977 p. 0017-0018, a na koju se u čl. 4. st. 2. poziva i Smjernica o OPZ-u. Ovo iz razloga što su odvjetnici, odnosno njihova udruženja, posebno zainteresirani za razvoj OPZ-a.

nezgoda u kojima su sudjelovali njihovi članovi. Uvođenje čl. 5. Smjernice, koji predstavlja izuzetak u odnosu na opće pravilo da osiguranik ima potpunu slobodu u izboru odvjetnika, imalo je namjeru osigurati nastavak takve prakse automobilskih klubova (v. poglavlje o slučaju C-199/08, *infra* 4.).

### **3.5. Arbitraža za rješavanje sporova između osiguranika i osiguratelja**

Smjernica o OPZ-u posebno se bavi pitanjem kada između osiguratelja pravne zaštite i osiguranika dolazi do određenih neslaganja, primjerice kod nastanka osiguranog slučaja, pokrića rizika, primjeni određenih ugovornih odredbi i sl. U tu je svrhu u čl. 6. Smjernice propisano da ovakve sporove rješava jedna objektivna arbitraža kako bi osiguranik, kao slabija strana mogao biti zaštićen u odnosu na osiguratelja. Uz naznaku kako ovakvo rješavanje spora ne isključuje pravo na ulaganje pravnih sredstava i vođenje postupaka pred državnim sudovima. Zapravo, sukob mišljenja (nesporazum) između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite, želio se riješiti na najpravičniji i najbrži način, pa se smatralo da bi to bilo moguće provedbom arbitraže ili nekog drugog sličnog postupka alternativnog rješavanja sporova (odlomak 13 Preambule Smjernice). Uvijek je moguće pokrenuti parnicu ako postoji neslaganje između dvije strane, ali ona je skupa i dugotrajna, dok bi arbitraža nudila jeftinije i brže rješenje, ali uz poštovanje jamstva objektivnosti.

Ugovorom o OPZ-u izriječno mora biti navedeno pravo osiguranika na provođenje spomenutog arbitražnog postupka u slučaju sukoba mišljenja. I sam osiguratelj pravne zaštite ili prijavni ured osiguratelja mora poučiti osiguranika o pravu na provođenje arbitražnog postupka u slučaju sukoba mišljenja (čl. 7. Smjernice). Dakle, ovu situaciju treba razlikovati od situacije sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika pravne zaštite koja je ranije detaljnije opisana (*supra* 2.2.2.). U slučaju sukoba mišljenja radi se o nesporazumu koji postoji između osiguratelja i osiguranika pravne zaštite o tomu kako postupiti s prijavljenom štetom (pravnim troškovima),<sup>30</sup> a pritom ne postoji nikakav sukob interesa između njih.

### **3.6. Doprinos Smjernice o OPZ-u**

#### **3.6.1. Definiranje OPZ-a koje ostavlja osiguratelju mogućnost pružanja novčanih, ali i nenovčanih (pravnih) usluga**

Doprinos Smjernice o OPZ-u je višestruk. Ponajprije se ogleda u tomu što je Smjernica dala definiciju OPZ-a kojom je uklonila neke dvojbe koje su se pojavljivale u shvaćanju OPZ-a. Naime, onako kako je Smjernica definirala OPZ, a to je da se OPZ-om “snose sudski troškovi”, ali “i pružaju druge usluge koje proizlaze iz osigurateljskog pokrića u cilju ostvarenja pravne zaštite,” proizlazi da

30 Passa, B., Benacchio, G. A., op. cit., str. 188.

obveza osiguratelja pravne zaštite može biti novčanog karaktera (plaćanje sudskih troškova), ali i nenovčanog karaktera. Odnosno činidba može biti u naturi u smislu tako da osiguratelj pruža druge usluge koje proizlaze iz osigurateljskoga pokrivača, a služe ostvarenju pravne zaštite. Te druge usluge (osim novčanih koje se odnose na plaćanje pravnih troškova), koje bi osiguratelj pružao osiguraniku, mogle bi biti i pravne usluge, jer pružanje pravnih usluga nedvojbeno služi i ostvarivanju pravne zaštite.<sup>31</sup> No pružanje pravnih usluga od osiguratelja pravne zaštite, ne ovisi samo o propisima o osiguranju, odnosno o implementiranim odredbama Smjernice o OPZ-u, već prvenstveno o propisima pojedine države članice koji uređuju djelatnost odvjetništva i djelatnost pružanja pravne pomoći i zastupanja stranaka pred sudom i drugim državnim tijelima. Smjernica je samo sa stajališta propisa o osiguranju ostavila mogućnost da osiguratelji pravne zaštite obavljaju i pravne usluge svojim osiguranicima kada nastupi osigurani slučaj. No to ne znači da će doista biti tako ako takvo što ne dopuštaju nacionalni propisi koji uređuju djelatnost pružanja pravne pomoći i pravnoga zastupanja stranka.

### *3.6.2. Propisivanje metoda za sprječavanje sukoba interesa*

Nadalje, doprinos Smjernice o OPZ-u svakako je u propisivanju odredbi o sprječavanju sukoba interesa između osiguratelja pravne zaštite i osiguranika koje države članice trebaju uvesti u svoje nacionalne propise. Ne upuštajući se u ponavljanje već rečenoga, ističemo kako navedene odredbe o sprječavanju sukoba interesa predstavljaju zapravo kompromisno rješenje između onih rješenja o sprječavanju sukoba interesa, koja su postojala u zemljama članicama EEZ-a prije donošenja Smjernice o OPZ-u. Naime, Smjernica je prihvatila sva dotadašnja rješenja koja su se u državama članicama razvila s ciljem sprječavanja sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika. Prihvatila je načelo odvojene obrade štete, koje je bilo rašireno u Njemačkoj, i načelo slobodnog izbora odvjetnika koje je bilo prihvaćeno u ostalim državama članicama. Državama članicama je ostavila mogućnost prihvaćanja neke od propisanih metoda sprječavanja sukoba interesa.

### *3.6.3. Obvezni sadržaj ugovora o osiguranju pravne zaštite*

Doprinos Smjernice o OPZ-u je i što je odredila koje to odredbe države članice moraju predvidjeti u svojim propisima kao dio obveznoga sadržaja ugovora o OPZ-u, a s ciljem zaštite osiguranika. Pored odredbi koje ugovor o OPZ-u mora sadržavati kao i svaki drugi ugovor o osiguranju, sukladno Smjernici, u ugovoru se moraju još nalaziti odredbe:

1) o jamstvu (osiguranju) pravne zaštite kao predmetu ugovora o OPZ-u, jer je osiguranje pravne zaštite bitan element navedenog ugovora kojim se razlikuje od ostalih vrsta ugovora o osiguranju (čl. 3. st. 1. Smjernice),

31 Tako i Boni, E. Z., op. cit., str. 16.

2) da osiguranik ima pravo izbora odvjetnika koji će mu pružati pravnu zaštitu i zastupati ga (čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice),

3) po kojima osiguranik ima pravo na slobodan izbor odvjetnika uvijek kada se javi sukob interesa između njega i osiguratelja (čl. 4. st. 1. toč. b Smjernice) te

4) o pravu osiguranika na provođenje posebnog arbitražnog postupka u slučaju sukoba mišljenja (nesporazuma) između njega i osiguratelja pravne zaštite (čl. 6. st. 2. Smjernice).

Ovo je ujedno i primjer kako smjernice, tj. sekundarno pravo Zajednice, utječu na harmonizaciju ugovornog prava osiguranja (*supra* 2.1.), jer se navedene odredbe moraju ugraditi u svaki ugovor o osiguranju pravne zaštite.

### 3.6.4. Minimalan sadržaj prava za osiguranike OPZ-a

Smjernica o OPZ-u ima svoj doprinos i što je propisala minimalan sadržaj prava karakterističnih za osiguranike pravne zaštite. U OPZ-u, osiguranici imaju prava koja su svojstvena kao i za svaku drugu vrstu osiguranja. Primjerice, temeljno je pravo osiguranika pravne zaštite isplata iz svote osiguranja ako nastupi osigurani slučaj. No, pored tih prava, koja imaju osiguranici OPZ-a, svojstvenih i za sve ostale vrste osiguranja, u OPZ-u osiguranici imaju i neka posebna prava karakteristična samo za OPZ. Upravo Smjernica OPZ-a uređuje minimalni sadržaj tih prava osiguranika OPZ-a. To su dva karakteristična prava osiguranika: pravo na slobodan izbor odvjetnika, odnosno neke druge osobe koja mu po nacionalnim propisima može pružati usluge pravne zaštite i zastupanja (čl. 4. Smjernice) i pravo na provođenje posebnoga postupka u slučaju sukoba mišljenja između osiguratelja i osiguranika (čl. 6. Smjernice).

Pravo na slobodan izbor odvjetnika, ima dvojaku funkciju. Prva je funkcija osiguraniku omogućiti izbor odvjetnika od svog povjerenja koji će mu pružati pravne savjete i zastupati u pravnim postupcima. Ovo zbog toga jer se osiguranik smatra gospodarom parnice<sup>32</sup> (ako se konkretno pravna zaštita ostvaruje u parnici), a ne osiguratelj. Na taj način osiguratelju se onemogućuje nametati osiguraniku odvjetnika za koji ovaj nije zainteresiran, odnosno u kojeg nema povjerenja. Druga funkcija prava na slobodan izbor odvjetnika jest sprječavanje sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika do kojeg može doći kada su protivnik osiguranika i osiguranik stranke istog osiguratelja pravne zaštite, o čemu je već ranije bilo riječi (*supra* 2.2.2. i 3.3.3.).

Pravo na provođenje posebnog (arbitražnog) postupka u slučaju sukoba mišljenja između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite također ulazi u minimalan sadržaj prava koja su osiguraniku priznata Smjernicom, o čemu je već ranije bilo riječi (*supra* 3.5.).

32 Harbauer, op. cit., str. 512-513., Rn 2 i 3.

### 3.6.5. *Specifične obveze osiguratelja pravne zaštite prema osiguraniku*

Kao što postoje specifična prava osiguranika pravne zaštite koja su karakteristična samo za OPZ, tako postoje i specifične obveze osiguratelja pravne zaštite, a koja su Smjernicom o OPZ-u nametnuta osigurateljima, a u cilju zaštite osiguranika.

To su obveze osiguratelja pravne zaštite informirati osiguranika o njegovim temeljnim pravima u OPZ-u (čl. 7. Smjernice) o: 1) pravu na slobodan izbor odvjetnika i 2) pravu na provođenje posebnog postupka između osiguratelja i osiguranika u slučaju sukoba mišljenja. Nedostatak Smjernice je što navodi kako obveza osiguratelja na informiranje osiguranika postoji samo onda kada se pojavi sukob interesa ili kada nastane nesuglasnost kako riješiti spor između osiguratelja i osiguranika. Za potpuniju zaštitu, smatramo da bi bilo dobro da je propisano kako takva obveza osiguratelja na informiranje postoji već prilikom sklapanja ugovora o OPZ-u, odnosno da se radi o predugovornoj obvezi osiguratelja na informiranje. Drugim riječima, obveza osiguratelja na informiranje osiguranika o postojanju prava na slobodan izbor odvjetnika trebala bi postojati ne samo onda kada se javi sukob interesa, već prilikom samog sklapanja ugovora. Tim više što se smatra da je pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika njegovo samostalno i bezuvjetno pravo (*supra* 3.4.). Isto tako obveza osiguratelja na informiranje osiguranika o pravu na provođenje posebnog postupka trebala bi postojati i prilikom sklapanja samog ugovora, a ne tek onda kada se pojavi nesuglasnost između osiguranika i osiguratelja, a kako to proizlazi iz Smjernice.

## 3.7. *Kritika Smjernice o OPZ-u*

### 3.7.1. *Djelomična harmonizacija u obavljanju poslova OPZ-a*

Temljem do sada rečenoga možemo zaključiti da je u OPZ-u postignuta djelomična, ili bolje rečeno minimalna harmonizacija u odnosu na razloge zbog kojih se i donosila Smjernica o OPZ-u. Harmonizacija je ostvarena u definiranju OPZ-a, propisivanju metoda za sprječavanje sukoba interesa, glede minimalnoga sadržaja prava osiguranika i minimalnoga obveznog sadržaja ugovora o OPZ-u, o čemu se prije govorilo (*supra* 3.6.). No, harmonizacija nije potpuno ostvarena u pogledu jednog razloga, zbog kojeg je Smjernica donesena, a to je olakšavanje slobodnog osnivanja društava za osiguranje koja će se baviti djelatnošću OPZ-a na području država članica EU-a. Odnosno olakšavanje pristupa djelatnosti OPZ-a i njezino obavljanje (*supra* 2.1.). Ovo opravdavamo time što je ostavila alternativu državama članicama koju će metodu o sprječavanju sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite primijeniti (*supra* 3.3.4.). A izbor metode sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja u neposrednoj je vezi s obavljanjem poslova OPZ-a od strane konkretnog osiguratelja. O izabranoj metodi sprječavanja sukoba interesa ovisi hoće li kompozitni osiguratelj osnovati zasebno društvo za osiguranje za obradu šteta iz OPZ-a ili će sam kompozitni osiguratelj

obavljati poslove OPZ-a na način da osoblje koje obavlja poslove OPZ-a, isključujući iz obavljanja poslova iz drugih vrsta osiguranja. Moguće je da se pojedina država opredijeli samo za metodu slobodnog izbora odvjetnika (kao što je to primjer Hrvatske) pa da osiguratelji ne trebaju poduzimati nikakve posebne mjere niti osnivati nikakve posebne organizacijske oblike za obradu štete. Već se po tome smatra da je sama mogućnost slobodnog izbora odvjetnika od strane osiguranika dovoljna za sprječavanje sukoba interesa. Dakle, moguće je da u različitim državama članicama, ovisno o metodi za sprječavanje sukoba interesa za koju su se opredijelile u svojim propisima, vrijede različita pravila o obavljanju poslova OPZ-a, a time i o osnivanju (specijaliziranih) osiguratelja OPZ-a, čime se ne ostvaruje u potpunosti i harmonizacija koja se pokušala ostvariti Smjernicom o OPZ-u. Ovo iz razloga što Smjernica o OPZ-u nije uvela obvezu država članica, već im je ostavila u njihovoj diskreciji odlučiti se za jednu od metoda sprječavanja sukoba interesa ponuđenih u Smjernici.<sup>33</sup> Ova nehomogenost u literaturi se objašnjava kao posljedica različitosti pravnih kultura, ali i pravnih poredaka, pravosudnih sustava te strukovnih organizacija odvjetnika ili drugih profesionalnih pružatelja pravne pomoći.<sup>34</sup>

Tako primjerice puno puta spominjani *Spartentrennung* (odvajanje poslova u osiguranju) koji je *de iure* zabranjen u čl. 8. Smjernice, *de facto* i dalje opstoji u Njemačkoj i nakon donošenja Smjernice i njezinog implementiranja u pravni sustav Njemačke i to, zahvaljujući upravo Smjernici koja je ostavila takvu mogućnost obavljanja poslova OPZ-a. Naime, § 8a st. 1. njemačkoga VAG-a (*Versicherungsaufsichtsgesetz*, Zakon o nadzoru u osiguranju),<sup>35</sup> kojim je implementirana Smjernica OPZ-a u njemački pravni poredak, navodi da osiguratelj koji provodi poslove OPZ-a s ostalim granama osiguranja, mora poslove OPZ-a prenijeti na drugo, novoutemeljeno društvo za osiguranje koje će obavljati poslove OPZ-a. Prema § 8a st. 2. VAG, novo društvo za osiguranje (osiguratelj) ne smije obavljati nikakve poslove izvan OPZ-a. I prije donošenja i implementiranja Smjernice, kada je načelo odvajanja poslova OPZ-a bilo službeno u primjeni, veliki osiguratelji u Njemačkoj, koji su obavljali poslove različitih vrsta osiguranja, u praksi su osnivali zasebne pravne osobe - dionička društva (baš kako to uređuje i spomenuti VAG) koja su se isključivo bavila poslovima OPZ-a.<sup>36</sup>

### 3.7.2. Stvaranje nejednakosti u učinkovitosti sprječavanja sukoba interesa

Vidjeli smo da je Smjernica o OPZ-u prihvatila mogućnost da same države članice izaberu po svojoj volji jednu od metoda, ili i više njih, namijenjenih sprječavanju sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika pravne zaštite (*supra* 3.3.4). To je kao prva, metoda odvojene obrade štete koja ima svoja dva podoblika: 1) strogo odvajanje poslova između osoblja istoga osiguratelja i 2) osnivanje zasebne

33 Boni, E. Z, op. cit., str. 18.

34 Loc. cit.

35 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), BGBl. 1993., I S. 2., BGBl. 2008., I S. 874.

36 Mathy, F. A., op. cit., str. 790.

pravne osobe (osiguratelja) koji će se baviti isključivo poslovima OPZ-a. Druga metoda je metoda slobodnog izbora odvjetnika od strane osiguranika.

Međutim, sve ove navedene metode nisu jednako učinkovite u sprječavanju sukoba interesa. Neki autori ističu kako je metoda osnivanja zasebnoga društva za osiguranje (specijaliziranog osiguratelja) najučinkovitija u sprječavanju sukoba interesa. Naime, ta se metoda razvila iz ustanove *Spartentrennunga* (odvajanja poslova osiguranja), a zahvaljujući kojoj je, ističu isti autori, došlo do ubrzanog razvoja OPZ-a u Njemačkoj, mnogostruko više negoli u ostalim europskim zemljama.<sup>37</sup> I mi se priklanjamo stajalištu da je metoda osnivanja zasebnoga društva za osiguranje (specijaliziranog osiguratelja) najučinkovitija metoda sprječavanja sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika kada se poslovima OPZ-a bave kompozitni osiguratelji.

Nakon te metode, drugo mjesto po učinkovitosti zauzela bi metoda odvajanja poslova između osoblja. Dakle metoda kojom kompozitni osiguratelj ne osniva specijaliziranog osiguratelja za poslove OPZ-a, već se unutar samoga kompozitnog osiguratelja rad organizira poštivanjem načela odvojene obrade štete kako je to opisano u čl. 3. st. 2. toč. a Smjernice (*supra* 3.3.2.).

Na posljednjem trećem mjestu po učinkovitosti nalazila bi se metoda slobodnog izbora odvjetnika. Ova bi metoda bila i jedina metoda sprječavanja sukoba interesa kada su osiguranici pravne zaštite istog osiguratelja dvije suprotstavljene strane. No, njome se ne može u potpunosti spriječiti sukob interesa između osiguranika pravne zaštite i kompozitnog osiguratelja, koji osim OPZ-a obavlja i poslove iz drugih vrsta osiguranja, primjerice osiguranja od odgovornosti, a iz razloga o kojima je već ranije bilo riječi (*supra* 3.2.2.). Pored toga, osiguranikov slobodan izbor odvjetnika, osim što ima funkciju metode za sprječavanje sukoba interesa, ima ujedno i karakter samostalnoga prava osiguranika koje izrijeком mora biti navedeno u ugovoru o OPZ-u (čl. 4. st. 1. Smjernice).

Zbog navedenih razlika u učinkovitosti pojedinih metoda sprječavanja sukoba interesa mišljenja smo da Smjernica nije smjela dopustiti tako široku mogućnost izbora državama članicama u implementiranju odredaba Smjernice koje se odnose na sprječavanje sukoba interesa. Ovo zbog toga jer može doći do situacije da među državama članicama postoji nejednakost u efikasnosti sprječavanja sukoba interesa. U svakom slučaju Smjernica je morala kao obveznu propisati neku od metoda iz načela odvojene obrade štete koja bi se primjenjivala na kompozitne osiguratelje. U tom smislu mogla je i dopustiti mogućnost izbora između dva podoblika metode odvojene obrade štete. Međutim, metoda slobodnog izbora odvjetnika nikako se nije mogla alternativno propisati, već se morala propisati na način da su tu metodu dužni primjenjivati samo osiguratelji pravne zaštite kada njihovi osiguranici međusobno imaju položaj suprotstavljenih stranaka. Dakle, da bi kompozitni osiguratelj započeo s poslovima OPZ-a treba se ponajprije uskladiti s načelom odvojene obrade štete. Tek potom, kada se već jednom ustrojio s načelom odvojene obrade štete, primijeniti

<sup>37</sup> Ibid., str. 791., Werner, J., op. cit., str. 253.

načelo slobodnog izbora odvjetnika uvijek kada se u obavljanju poslova OPZ-a pojave njegovi osiguranici kao dvije međusobno suprotstavljene strane. Alternativnim propisivanjem metode slobodnog izbora odvjetnika omogućuje se da država članica tu metodu propiše kao jedinu metodu sprječavanja sukoba interesa, a što smo već rekli nije dovoljno za sprječavanje tog sukoba interesa ako se radi o kompozitnim osigurateljima. Kao što ćemo kasnije vidjeti i u Hrvatskoj je implementirana samo metoda slobodnog izbora odvjetnika (*infra* 5.) što *de facto* omogućuje svim osigurateljima obavljanje poslova pravne zaštite bez provođenja načela odvojene obrade štete. Načela, koje se prema inozemnim iskustvima pokazalo uspješnije u sprječavanju sukoba interesa od načela slobodnog izbora odvjetnika kada poslove OPZ-a obavljaju kompozitni osiguratelji. Puka suprotnost hrvatskom uređenju je njemačko uređenje koje propisuje isključivo metodu osnivanja specijaliziranih osiguratelja pravne zaštite. Posljedica toga je postojanje nejednakosti u državama članicama u razini učinkovitosti sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja.

Ono što možemo zaključiti jest da Smjernica pridonosi stvaranju razlika između pojedinih država članica na razini zaštite osiguranika od sukoba interesa s osigurateljem. Ovisno o prihvaćenim metodama, koje su alternativno ponuđene, a koje nisu sve jednako učinkovite u sprječavanju sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika, postoje situacije da je u pojedinim državama stupanj zaštite osiguranika viši, a u drugim niži (*supra* 3.3.4. drugi odlomak).

#### **4. PRESUDA EUROPSKOG SUDA (PRAVDE) U VEZI S OPZ-om U PREDMETU C-199/08 (dr. Erhard Eschig v. UNIQUA Sachversicherung AG)**

Europski sud pravde imao je prilike odlučivati u predmetu C-199/08 (*dr. Erhard Eschig v. UNIQUA Sachversicherung AG*)<sup>38</sup> o tumačenju odredbi Smjernice o OPZ-u (87/344/EEZ). Preciznije, njezine odredbe čl. 4. st. 1. toč. a koja priznaje pravo osiguranika slobodno izabrati odvjetnika ili bilo koju drugu kvalificiranu osobu u skladu s nacionalnim pravom koji će osiguranika braniti, zastupati ili brinuti se o njegovim pravnim interesima u svakoj vrsti ispitivanja ili postupka.

U predmetnom slučaju, austrijski državljanin dr. Erhard Eschig, bio je jedna od 18000 osoba koje su pretrpjele štetu zbog gubitaka investicijskih fondova. Pokrenuo je postupak pred redovnim sudom za naknadu štete protiv dvaju društava za upravljanje investicijskim fondovima te je izabrao svog odvjetnika koji će ga zastupati u tom postupku. Potom se obratio i svojem osiguratelju pravne zaštite (*UNIQUA Sachversicherung AG*), sa zahtjevom da mu osiguratelj isplati pravne troškove koji su se odnosili na odvjetničke naknade. No, navedeni osiguratelj odbio je zahtjev za snošenjem pravnih troškova odvjetnika pozivajući se na odredbu

38 Europski sud pravde, slučaj C – 199/08 od 14. svibnja 2009., European Court report 2009., I - 0000.



uvjeta osiguranja pravne zaštite koja dopušta osiguratelju da sam odredi odvjetnika osiguranicima u situaciji kada je potrebno zastupati interese više osoba, a protiv iste protustranke ili protustranaka na temelju istog ili sličnog razloga (pravnoga temelja).

Ovakva se klauzula u OPZ-u obično naziva i klauzula masovnih šteta (*mass tort clause, Massenschadenklausel*).<sup>39</sup> Cilj joj je prije svega smanjenje troškova pravne zaštite, jer je zastupanje više osoba od strane jednog odvjetnika mnogo jeftinije, negoli da svaku osobu zastupa poseban odvjetnik kojega bi ona izabrala.<sup>40</sup> U konkretnom slučaju radilo se o upravo o tomu. Odnosno veći broj osoba koji su bili osiguranici istog osiguratelja pravne zaštite,<sup>41</sup> pretrpjelo je štetu iz istog događaja,<sup>42</sup> tj. zbog insolventnosti dvaju društava za upravljanje investicijskim fondovima.

Dakle, prema uvjetima osiguranja, pod opisanim okolnostima nastanka masovnih šteta, osiguratelj je taj koji je ovlašten odrediti odvjetnika svom osiguraniku koju će ga zastupati u postupcima za naknadu štete, dok osiguranik nije na to ovlašten.

Očekivano, dr. Eschig je pokrenuo postupak pred austrijskim sudovima za naknadu štete protiv njegovog osiguratelja pravne zaštite. Pritom je naveo kako je sporna odredba uvjeta osiguranja pravne zaštite nezakonita jer je protivna §158 k VVG-a (austrijskoga Zakona o ugovoru o osiguranju)<sup>43</sup> koji jamči pravo na slobodan izbor odvjetnika osiguraniku pravne zaštite, a i kojim se u austrijsko zakonodavstvo implementira Smjernica o OPZ-u. Pravni spor je došao od austrijskoga vrhovnoga suda koji se obratio za mišljenje može li se odredba Smjernice kojom se jamči pravo na slobodan izbor odvjetnika (čl. 4. st. 1.) tumačiti na način da u uvjetima osiguranja pravne zaštite isključuje (ili ne isključuje) klauzulu masovnih šteta.

Europski sud je presudio da se odredba čl. 4. st. 1. Smjernice o OPZ-u ne može tumačiti na način da se osiguratelju pridrži pravo sam izabrati pravnoga zastupnika za sve osigurane osobe koje su pretrpjele štetu kao posljedicu istoga događaja.

Sud je ponajprije mišljenja kako čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice izričito priznaje pravo osiguraniku pravne zaštite da slobodno izabere pravnoga zastupnika (odvjetnika) koji će braniti, zastupati i služiti interesima osiguranika u svim vrstama ispitivanja (istrage) i postupcima. Stoga, odredba čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice, ne dopušta klauzule masovnih šteta u OPZ-u koje osiguratelju pravne zaštite, a ne osiguraniku, daju pravo izbora pravnoga zastupnika osiguraniku. Drugim riječima, bile bi dopuštene klauzule o masovnim štetama koje ne bi ograničavale pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika. Sud također smatra da je pravo na slobodan izbor odvjetnika apsolutno i samostalno pravo osiguranika, i njegovo postojanje nije isključivo vezano uz sprječavanje sukoba interesa kako je to tvrdio

39 Točka 15. i 17.1. mišljenja generalnog odvjetnika Suda (dalje u tekstu: mišljenje).

40 Točka 15. mišljenja.

41 Njih 180 su bili osiguranici istog osiguratelja pravne zaštite: *UNIQUA Sachversicherung AG.*, točka 13. mišljenja.

42 Ukupno je bilo oko 16 000 oštećenika, točka 44. mišljenja.

43 BGBl Nr. 1959/2., 1993/90., 1994/509., 1994/652., 1996/447., 1997/6. i 1997/140.

osiguratelj. Sud smatra da načelo slobodnog izbora odvjetnika, kao metodu za sprječavanje sukoba interesa iz čl. 3. st. 2. toč. c Smjernice, treba razlikovati od prava na slobodan izbor odvjetnika iz čl. 4. st. 1. toč. c Smjernice. Naime, čl. 4. st. 1. toč. c Smjernice priznaje pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika samo u slučaju provođenja bilo koje vrste ispitivanja (istrage) ili postupka. S druge strane, ukoliko je kao metoda sprječavanja sukoba interesa izabrano načelo slobodnog izbora odvjetnika iz čl. 3. st. 2. toč. c Smjernice, osiguranik ima pravo povjeriti obranu ili zastupanje svojih interesa odvjetniku po svom vlastitom izboru već u trenutku nastupa osiguranoga slučaja, a to znači i prije negoli što se počinju provoditi ispitivanja (istraga) ili postupak.

Sud nadalje navodi da se ograničenje prava na slobodan izbor odvjetnika ne može izvesti tumačenjem, po analogiji, ili nekim drugim, iz odredbe čl. 5. Smjernice koji u pojedinim slučajevima dopušta državama članicama propisivanje odredbe o ograničenju prava na slobodan izbor odvjetnika uz ispunjenje određenih uvjeta propisanih tim člankom (*supra* 3.4.), a kako to pokušava izvesti tumačenjem osiguratelj. Ovo iz razloga što se po čl. 5. pravo na slobodan izbor odvjetnika može ograničiti samo kumulativnim ispunjenjem u njemu navedenih uvjeta. Ovi se uvjeti stoga ne mogu shvatiti samo kao primjericno nabranje koji bi time eventualno ostavili prostora još i nekim drugim mogućnostima ograničenja prava na slobodan izbor odvjetnika (npr. masovne štete u OPZ-u). Pored toga ta se odredba odnosi samo na pojedinačno izdvojeno pitanje (pružanje usluga OPZ-a od strane automobilskih klubova za svoje članstvo), pa shodno tomu ne može se tumačiti niti primjenjivati po analogiji.<sup>44</sup>

## **5. (NEDOVOLJNA) USKLAĐENOST HRVATSKOGA PRAVA OSIGURANJA SA SMJERNICOM O OPZ-u**

**5.1.)** Materija o OPZ-u u hrvatskom je pravu uređena Zakonom o osiguranju.<sup>45</sup> Tim je propisom OPZ klasificiran kao posebna vrsta poslova neživotnih osiguranja (čl. 3. st. 2. toč. 17. Zakona). Tako je ovo osiguranje klasificirano i Prvom smjernicom o neživotnom osiguranju.<sup>46</sup> Dodatne odredbe o OPZ-u u Zakonu o osiguranju (čl. 89. st. 4.) uvedene su na temelju čl. 48. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o osiguranju (NN, br. 87/08). Navedene se odredbe o OPZ-u nalaze u dijelu Zakona o osiguranju koji se odnosi na informacije koje je osiguratelj dužan pružati ugovaratelju osiguranja prilikom sklapanja ugovora o osiguranju (čl. 89. Zakona o osiguranju, poglavlje III.9). Odredba čl. 89. st. 4. Zakona o osiguranju navodi kako “u slučaju osiguranja troškova pravne zaštite kod angažiranja odvjetnika ili

<sup>44</sup> Točka 26. i 77. mišljenja.

<sup>45</sup> NN, br. 151/05., 87/08. i 82/09. Pojam osiguranja pravne zaštite u hrvatskim propisima prvi puta se spominje još u čl. 5. Zakona o osiguranju iz 1994. godine (NN, br. 9/94.) kao posao neživotnih osiguranja.

<sup>46</sup> Prilog A, toč. 17. Prve Smjernice o neživotnom osiguranju (*supra* 1).

druge osobe koja je odgovarajuće kvalificirana sukladno pravnim propisima u svrhu obrane, zastupanja ili služenja interesima osigurane osobe u istrazi ili postupku, osigurana osoba slobodno će odabrati odvjetnika ili drugu osobu.” Potom u nastavku još navodi da “osigurana osoba može odabrati odvjetnika ili ako želi i ukoliko je to dopušteno sukladno pravnim propisima neku drugu odgovarajuće kvalificiranu osobu da služi njezinim interesima kad god nastupi sukob interesa”.

**5.2.)** Smjernica o OPZ-u je u Zakonu o osiguranju prihvaćena u samo dvije njezine odredbe. Ponajprije je Zakonom o osiguranju priznato pravo na slobodan izbor odvjetnika kada se radi o zaštiti i zastupanju njegovih interesa u različitim vrstama istrage ili postupaka (čl. 4. st. 1. toč. a Smjernice). A potom je osiguraniku priznato pravo na slobodan izbor odvjetnika ili druge kvalificirane osobe uvijek kada nastupi sukob interesa (čl. 4. st. 1. toč. b. Smjernice). Ova potonja odredba ujedno govori i o tomu da se hrvatski zakonodavac opredijelio isključivo samo za metodu slobodnog izbora odvjetnika kao metodu sprječavanja sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika pravne zaštite. Već je rečeno, da isključiva primjena te metode ne omogućava potpuno sprječavanje sukoba interesa kada poslove OPZ-a obavljaju kompozitni osiguratelji.

**5.3.)** Prva kritika koju bi smo uputili Zakonu o osiguranju glede uređenja OPZ-a odnosi se na mjesto na kojem se odredbe o OPZ-u nalaze u Zakonu o osiguranju. Njihovo mjesto, bar ne u cijelosti, ne bi trebalo biti u poglavlju III.9 (čl. 89.) Zakona koje se odnosi na informacije koje je osiguratelj dužan pružati ugovaratelju osiguranja prilikom sklapanja ugovora o osiguranju. U tom smislu u Zakonu o osiguranju trebalo bi predvidjeti posebno poglavlje koje bi se odnosilo na osiguranje pravne zaštite kao što je to primjer i u poredbenom pravu u kojem je implementirana Smjernica o OPZ-u. To bi se posebno poglavlje moglo smjestiti kao jedno podpoglavlje u glavi III. Zakona o osiguranju koji se odnosi na obavljanje poslova osiguranja. Ovo iz razloga jer i OPZ predstavlja jednu vrstu poslova neživotnog osiguranja.

**5.4.)** Zatim, već je rečeno da je jedna od zasluga Smjernice o OPZ-u i ta što je dala definiciju OPZ-a. Na takvu ili sličnu definiciju OPZ-a ne nailazimo u Zakonu o osiguranju. Stoga bi kao prva odredba u tom posebnom podpoglavlju o OPZ-u u Zakonu o osiguranju svakako trebala biti definicija OPZ-a. Tim više što je takvo osiguranje u Hrvatskoj tek u povojima i što bi se na taj način dalo do znanja svakome što OPZ točno predstavlja. Moguća definicija je ona koju je već dala Smjernica u svom čl. 2. Po uzoru na tu definiciju, mogli bismo predložiti i definiciju OPZ-a i u Zakonu o osiguranju “Ugovorom o osiguranju pravne zaštite osiguratelj se obvezuje, uz plaćanje određene premije, snositi sve pravne troškove ili izvršiti neke druge radnje iz osigurateljskoga pokrića, a koji su nastali ili su radnje poduzete radi obrane ili zastupanja pravnih interesa osiguranika u svakoj vrsti sudskog, izvansudskog ili administrativnog (upravnog) postupka”.

**5.5.)** Nadalje, glede sprječavanja sukoba interesa u Zakonu o osiguranju primjenjuje se načelo slobodnog izbora odvjetnika. Time su zadovoljeni minimalni uvjeti Smjernice o OPZ-u koja omogućava državama izabrati bar jednu

od alternativa koje su u Smjernici ponuđene za sprječavanje sukoba interesa (*supra* 3.3.4.). Hrvatski zakonodavac se opredijelio za alternativu slobodnog izbora odvjetnika koja je sama po sebi na najnižoj razini učinkovitosti što se tiče sprječavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja, pogotovo kada se radi o kompozitnom osiguratelju. U većini europskih zemalja, sukladno odredbama Smjernice prihvaćeno je više mogućih metoda sprječavanja sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika. Smatramo da bi se i u hrvatskom pravu trebale prihvatiti i još neke metode koje je Smjernica o OPZ-u namijenila za sprječavanje sukoba interesa. Stoga predlažemo da bi se u Zakonu o osiguranju trebalo propisati načelo odvojene obrade štete. Već smo na početku rada rekli da Smjernica o OPZ-u poznaje dva podoblika načela odvojene obrade štete u OPZ-u (*supra* 3.3.2.). Po jednom podobliku kompozitni osiguratelj mora osigurati da niti jedan član osoblja, koji se bavi poslovima i obradom štete iz osiguranja pravne zaštite, ne obavlja istodobno poslove iz drugih vrsta osiguranja u tom (kompozitnom) osiguratelju ili u osiguratelju koji je u financijskoj, administrativnoj ili trgovačkoj vezi s prvotnim osigurateljem (čl. 3. st. 2. toč. a. Smjernice). Po drugom podobliku načela odvojene obrade štete kompozitni osiguratelj povjerava poslove iz OPZ-a specijaliziranom pravno samostalnom osiguratelju (čl. 3. st. 2. toč. b. Smjernice). U tom slučaju, članovi osoblja toga specijaliziranog osiguratelja, koji se bave obradom šteta ili davanjem pravnih savjeta, ne mogu istodobno obavljati djelatnost obrade šteta ili davanjem pravnih savjeta u vezi s tom obradom iz drugih poslova osiguranja za osiguratelja osnivača specijaliziranog osiguratelja. Zakon o osiguranju trebao bi prihvatiti jedan od ta dva rješenja, ili prihvatiti oba rješenja, ali na alternativan način. Odnosno, da sam kompozitni osiguratelj odluči hoće li poslove OPZ-a obavljati sukladno prvom podobliku načela odvojene obrade štete ili sukladno drugom obliku načela odvojene obrade štete. Tek kada Zakon tako propiše obavljanje poslova OPZ-a za kompozitnog osiguratelja, trebao bi propisati i kao dodatnu metodu sprječavanja sukoba interesa, (a nikako ne kao jedinu metodu kao što je to sada slučaj) načelo slobodnog izbora odvjetnika (čl. 3. st. 2. toč. c. Smjernice). Zakon bi trebao propisati da se ova metoda obvezno primjenjuje kada postoji sukob interesa između osiguranika istog osiguratelja pravne zaštite kada su u položaju dviju suprotstavljenih strana. Ovako propisivanje metoda sprječavanja sukoba interesa bilo bi čak i na višoj razini zaštite osiguranika nego što to propisuje sama Smjernica. Naime, kao što je već rečeno, Smjernica nudi državama alternativu izbora bar jedne od ponuđenih metoda sprječavanja sukoba interesa, ali nisu sve metode jednako učinkovite (*supra* 3.7.2.). Sadašnje hrvatsko pravno uređenje sprječavanja sukoba interesa u OPZ-u temelji se samo na metodi slobodnog izbora odvjetnika koja je prikladna kada su dvije suprotstavljene strane osiguranici istog osiguratelja pravne zaštite. Ali za sprječavanje sukoba interesa između osiguranika pravne zaštite i kompozitnog osiguratelja u vezi s obavljanjem poslova neke druge vrste osiguranja tog osiguratelja (*supra* 3.2.2.), isključiva primjena metode slobodnog izbora odvjetnika je neprikladna (neučinkovita). Stoga smatramo da bi upravo zakonskim propisivanjem izbora metoda sprječavanja sukoba interesa, *ali samo i isključivo*

između dva podoblika načela odvojene obrade šteta u OPZ-u, bilo prikladnije upravo za potonju navedenu situaciju.

**5.6.)** U poslovnoj praksi moguće je da se osiguratelji istim ugovorom o osiguranju obvezuju na pravnu zaštitu osiguranika, ali istodobno i na pružanje usluga iz drugih vrsta osiguranja.<sup>47</sup> Za ovakve i slične slučajeve kada osiguratelj istim ugovorom o osiguranju, pored pokrića iz OPZ-a pruža pokriće i iz drugih vrsta osiguranja u Smjernici o OPZ-u je predviđena posebna odredba u čl. 3. st. 1. a koju bi se trebalo implementirati i u Zakon o osiguranju. Po toj odredbi, ako se OPZ pruža zajedno s uslugama iz ostalih vrsta osiguranja na temelju istog ugovora o osiguranju, tada bi se u polici osiguranja trebao posebno naznačiti sadržaj OPZ-a. To znači da bi na jedinstvenoj polici osiguranja trebalo odvojeno označiti “osiguranje pravne zaštite”, a uz tu oznaku, riziku koji su pokriveni OPZ-om, zatim svotu osiguranja te premiju osiguranja koja se odnosi na OPZ. I ako to nije posebno naznačeno u Smjernici, bilo bi dobro da se i u jedinstvenim uvjetima osiguranja posebno označi odjeljak koji se odnosi na OPZ. Dakle, mogli bismo zaključiti da se u svim slučajevima, kada se usluge OPZ-a pružaju istodobno s uslugama ostalih vrsta osiguranja na temelju istog ugovora, tada sadržaj (pokriće) OPZ-a, uvjeti osiguranja koji se primjenjuju na OPZ te premija i svota osiguranja, moraju biti posebno naznačeni u polici osiguranja.

**5.7.)** Jedno od temeljnih prava osiguranika koje je karakteristično za OPZ je pravo na slobodan izbor odvjetnika. Već je rečeno da ono ima dvojaku funkciju, ponajprije da sam osiguranik izabere odvjetnika od vlastitoga povjerenja koji će ga zastupati u obrani i ostvarenju njegovih pravnih interesa. Druga je funkcija slobodnog izbora odvjetnika sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja kada su protivnik osiguranika i osiguranik, stranke istog osiguratelja pravne zaštite. I sam Zakon o osiguranju u čl. 89. st. 4. priznaje navedeno pravo na slobodan izbor odvjetnika osiguraniku, i to na način da su priznate obje funkcije navedenoga prava. Međutim, da bi Zakon u tom dijelu bio u potpunosti usuglašen sa Smjernicom o OPZ-u trebalo bi uvesti odredbu po kojoj se u ugovor o OPZ-u treba izrijeком priznati pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika, radi zaštite ili zastupanja njegovih pravnih interesa ili u slučaju kada se javi sukob interesa između osiguratelja i osiguranika (čl. 4. st. 1. toč. a i b Smjernice o OPZ-u). Dakle, Zakon bi u skladu sa Smjernicom morao propisati da je pravo na slobodan izbor odvjetnika (sa svojim dvjema funkcijama) obvezatni sastojak ugovora o OPZ-u. Iz sadašnje stipulacije čl. 89. st. 4. Zakona o osiguranju ne može se to zaključiti jer se navedeno pravo na slobodan izbor odvjetnika, doduše, priznaje na zakonskoj razini, ali u Zakonu nije izrijeком navedeno da ugovor o OPZ-u mora sadržavati izrijeком navedeno pravo.

<sup>47</sup> Takve primjere nalazimo i u hrvatskoj poslovnoj praksi osiguratelja. Tako se u Uvjetima AO plus Croatia osiguranja d.d. od 1. 1. 2006. godine uz osiguranje za nesretni slučaj pruža i pokriće kaznenopravne zaštite vozača te i u uvjetima kasko “dobar vozač” Croatia osiguranja d.d. od 1. 7. 2007. u kojima se uz osiguranje kaska također pruža i pokriće kaznenopravne zaštite vozača.

**5.8.)** U Smjernici o OPZ-u predviđeno je i pravo osiguranika na provođenje posebnoga postupka (arbitraže) u slučaju sukoba mišljenja s osigurateljem postoji li ili ne osigurateljsko pokrivanje snosjenja pravnih troškova u konkretnom slučaju (čl. 6. st. 1. Smjernice). Međutim, hrvatski Zakon o osiguranju o tom pravu ne govori ništa te je potpuno neusklađen sa Smjernicom. Smjernica ide i korak dalje i u čl. 6. st. 2. propisuje kako to pravo mora biti izrijeком navedeno u ugovoru o OPZ-u. Stoga predlažemo da se u Zakon o osiguranju (u dijelu koji se odnosi na OPZ) unese odredba po kojoj ugovorom o OPZ-u mora biti predviđeno, da u slučaju nesporazuma između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite glede postojanja obveze osiguratelja, stranke mogu zatražiti da neovisno tijelo donese odluku u posebnom postupku uz garanciju objektivnosti. Na ovom bi mjestu valjalo ukazati na situaciju ako osiguratelj u ugovoru ne predvidi pravo osiguranika na provođenje posebnoga postupka u slučaju sukoba mišljenja s osigurateljem. U tom se slučaju čini prihvatljivim rješenje iz § 128 njemačkoga VVG-a iz 2008.,<sup>48</sup> po kome, ukoliko u ugovoru o OPZ-u nije predviđena mogućnost provođenja takvoga postupka, smatrat će se da uvijek postoji potreba za pružanjem pravne zaštite osiguraniku. Naravno, na kraju uvijek preostaje da se do rješenja sporne situacije dođe u parničnom postupku, ali on je dugotrajan i skuplji, a o postojanju osigurateljskoga pokrivača treba se odlučiti što je moguće brže kako se ne bi odugovlačilo s isplatom pravnih troškova koji su bitni za zaštitu i ostvarivanje pravnih interesa osiguranika.

**5.9.)** Smjernica o OPZ-u predviđa da bi se u nacionalna zakonodavstva trebale unijeti odredbe kojima se obvezuje osiguratelja na informiranje osiguranika o postojanju prava na slobodan izbor odvjetnika, kao i pravu na provođenje posebnoga postupka u slučaju sukoba mišljenja između osiguranika i osiguratelja (čl. 7. Smjernice). Naš Zakon o osiguranju samo je djelomično prihvatio, odnosno implementirao te odredbe Smjernice. Ovo ponajviše iz razloga što smo već rekli da u našem zakonodavstvu nije implementirana odredba Smjernice o postojanju prava osiguranika na provođenje posebnoga postupka u slučaju sukoba mišljenja između njega i osiguratelja (čl. 6. Smjernice). Dakle, trebalo bi ponajprije implementirati takvu odredbu Smjernice, a potom i propisati posebnom odredbom da je osiguratelj dužan o tom pravu informirati osiguranika pravne zaštite. Što se tiče prava na slobodan izbor odvjetnika ono je izrijeком priznato u čl. 89. st. 4. Zakona o osiguranju i to u pogledu obje njegove funkcije (dakle, prava osiguranika da ga zastupa odvjetnik od povjerenja i sprječavanje sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja). Smatramo da je i po položaju u Zakonu o osiguranju ova odredba na odgovarajućem mjestu. Smještena je u poglavlju III.9 Zakona (naziv: Informacije ugovaratelju osiguranja) koje propisuje o kojim to informacijama prije sklapanja ugovora o osiguranju osiguratelj mora pisano obavijestiti ugovaratelja osiguranja. Možda jedino što bi se trebalo dodati jest da se u stipulaciji navedene odredbe izrijeком navede da je u slučaju osiguranja pravne zaštite osiguratelj prije sklapanja ugovora o osiguranju dužan obavijestiti osiguranika o pravu na slobodan izbor

<sup>48</sup> Gesetz über den Versicherungsvertrag iz 2008. (VVG 2008), BGBl. 2007., I, 2631.

odvjetnika ili druge osobe koja je odgovarajuće kvalificirana sukladno pravnim propisima u svrhu obrane, zastupanja ili služenja interesima osiguranika ili kad god nastupi sukob interesa. Ovo iz razloga što iz dosadašnje stipulacije čl. 89. st. 4. Zakona o osiguranju doslovno je tumačeći, ne proizlazi da doista i postoji obveza osiguratelja na informiranje osiguranika o njegovim pravima karakterističnim za OPZ, nego se samo zakonskom normom tvrdi da takva prava postoje.

**5.10.)** U Smjernici o OPZ-u navedeno je u čl. 2. st. 2. toč. 2. da se ona ne primjenjuje na djelatnost pravne zaštite kada pravnu zaštitu pruža osiguratelj od odgovornosti u okviru svoga pokrića. Stoga smatramo da bi i u Zakon o osiguranju trebalo također uvesti i odredbu da se sva navedena pravila o OPZ-u, ne primjenjuju kada osiguratelj od odgovornosti pruža pravnu zaštitu svom osiguraniku u skladu s pokrićem iz osiguranja od odgovornosti. Naime, sukladno čl. 964 st. 2. ZOO-a osiguratelj od odgovornosti (osim što mu je primarna funkcija da umjesto štetnika-osiguranika nadoknađuje štetu trećim oštećenim osobama) snosi u granicama iznosa osiguranja troškove spora i druge opravdane troškove utvrđivanja osiguranikove odgovornosti. Dakle, osiguratelj od odgovornosti može pružati i pokriće troškova pravne zaštite, ali samo kada se ti troškovi odnose na utvrđivanje osiguranikove odgovornosti. Interes osiguratelja ogleda se u tomu, što ako se u postupku čije troškove pokriva osiguratelj od odgovornosti, ne utvrdi postojanje osiguranikove odgovornosti. Tada neće postojati niti obveza osiguratelja na isplatu naknade štete oštećeniku. Postojanje takvog interesa osiguratelja od odgovornosti za snošenjem troškova pravne zaštite svog osiguranika razlog je i zašto se zahtijeva da osiguratelj o odgovornosti ne bude vezan pravilima koja vrijede kada se pruža samostalno pokriće OPZ-a. Naime, osiguratelju od odgovornosti treba se u tom slučaju omogućiti potpuna kontrola nad postupkom utvrđivanja osiguranikove odgovornosti, jer ishod toga postupka utječe i na obvezu osiguratelja na naknadu štete. Pravila koja postoje u Smjernici o OPZ-u, a koja se primjenjuju na slučaj samostalnog obavljanja OPZ-a, postoje u korist zaštite osiguranika omogućavajući mu, primjerice, izabrati odvjetnika od svog povjerenja, spriječiti sukob interesa između osiguranika i osiguratelja, provoditi poseban postupak u slučaju sukoba mišljenja između osiguratelja i osiguranika. Primjena svih tih pravila osiguratelja od odgovornosti udaljila bi od kontrole nad postupkom utvrđivanja osiguranikove odgovornosti, a za koji smo već rekli da je osiguratelj neposredno zainteresiran. Pored toga, treba naglasiti da je obveza osiguratelja od odgovornosti na pravnu zaštitu osiguranika, obveza koja proizlazi iz ugovora o osiguranju od odgovornosti, a ne iz ugovora o OPZ-u. Iz toga razloga ne bi se mogla primjenjivati specifična pravila koja vrijede za OPZ, na osiguranje od odgovornosti.

## 6. USPJEŠNA IMPLEMENTACIJA SMJERNICE O OPZ-u NA PRIMJERU PRAVA FEDERACIJE BiH

Kao što smo ranije utvrdili za hrvatsko tržište osiguranja, OPZ je slabo zastupljeno i na tržištu osiguranja Federacije BiH.<sup>49</sup> No, odmah na početku valja naglasiti da su u pravo F BiH implementirane odredbe Smjernice o OPZ-u u mnogo većem opsegu negoli što je ta Smjernica implementirana u hrvatsko pravo. U pravo F BiH još je Zakonom i izmjenama i dopunama Zakona o osiguranju imovine i osoba od 9. ožujka 1998. godine<sup>50</sup> osiguranje pravne zaštite propisano kao posebna vrsta osiguranja (čl. 2. st. 2.).<sup>51</sup> Današnji pravni okvir za obavljanje djelatnosti OPZ-a u F BiH čine Zakon o društvima za osiguranja u privatnom osiguranju (dalje: ZDOPO)<sup>52</sup> te u najvećoj mjeri Odluka Agencije za nadzor osiguranja F BiH o osiguranju troškova pravne zaštite i osiguranju pomoći (dalje: Odluka).<sup>53</sup>

Prema čl. 31. st. 1. toč. 17. ZDOPO-a osiguranje pravne zaštite svrstano je, kao posebna vrsta osiguranja u neživotna osiguranja pod nazivom "osiguranje troškova pravne zaštite". Istom odredbom određeno je što se smatra OPZ-om. Pri tomu se može jasno uočiti utjecaj definicije OPZ-a iz Smjernice: OPZ uključuje snošenje troškova sudskih postupaka i pružanja drugih usluga koje proizlaze iz ugovora o osiguranju.<sup>54</sup> Nadalje, u čl. 3. st. 3. toč. 3 ZDOPO-a rizici osiguranja pravne zaštite mogu se smatrati i pratećim rizicima uz osiguranje pomoći kada je pomoć pružena osobama koje zapadaju u poteškoće tijekom putovanja dok su izvan kuće ili izvan mjesta stalnoga boravka. Ovo konkretno znači da osiguratelj koji ima dozvolu za obavljanjem poslova osiguranje pomoći, ne mora imati posebnu dozvolu za obavljanje poslova OPZ-a, kada su rizici OPZ-a prateći rizici osiguranju pomoći (povezani su s osiguranjem pomoći kao glavnim rizikom). Ovakva odredba izravno predstavlja preuzimanje odredbe čl. 9. st. 3. Smjernice o OPZ-u u pravo F BiH, a koja nije preuzeta Zakonom o osiguranju u hrvatsko pravo.

Sveobuhvatniju implementaciju odredbi Smjernice daje već spomenuta Odluka Agencije za nadzor osiguranja F BiH.<sup>55</sup> Odluka, ponajprije u čl. 2. u potpunosti preuzima definiciju OPZ-a kako je određuje i sama Smjernica (*supra* 3.2.). Ovakva (ili slična) definicija svakako nedostaje u hrvatskom pravu. Smatramo da bi to bilo korisno s obzirom na činjenicu da je i u Hrvatskoj, kao i Bosni i Hercegovini OPZ kao posebna grana osiguranja slabo poznata.

49 Prema: Pehar, V., *Osiguranje pravne zaštite kao novi proizvod na tržištu osiguranja BiH*, Zbornik radova, Međunarodna konferencija "Štete u osiguranju motornih vozila", urednik: Talijan, D., Neum, 2006., str. 109.

50 Sl. novine Federacije BiH, br. 6/98.

51 Pehar, V., op. cit., str. 111.

52 Sl. novine F BiH, br. 24/05.

53 Sl. novine F BiH, br. 81/06.

54 U čl. 2. st. 1. Smjernica o OPZ-u daje definiciju OPZ-a kao osiguranja kojim se na temelju plaćanja premije, snose troškovi sudskoga postupka i pružaju druge usluge koje proizlaze iz osigurateljskoga pokrća.

55 Već sam ZDOPO u čl. 66. naložio je Agenciji za nadzor osiguranja F BiH donošenje odluke kojom je Agencija trebala podrobnije regulirati obavljanje poslova osiguranja pravne zaštite kao i osiguranja pomoći.



Nadalje, glede sprječavanja nastanka sukoba interesa Odluka je primijenila metodu slobodnog izbora odvjetnika za slučaj kada su obje ili više suprotstavljenih strana, osigurani kod istog osiguratelja pravne zaštite (čl. 5. Odluke i *supra* 3.3.3) te metodu odvojene obrade štete među djelatnicima osiguratelja kada isti osiguratelj obavlja više poslova osiguranja (čl. 7. Odluke i *supra* 3.3.2.).

U čl. 4. Odluke navedeno je da već u ugovoru u osiguranju pravne zaštite treba izrijekom biti navedeno pravo osiguranika na slobodan izbor odvjetnika, u dva oblika: 1) ako samostalno i neovisno pravo uvijek kada je potrebno zastupati interese osiguranika, i 2) uvijek kada se pojavi sukob interesa između osiguranika i osiguratelja. Kao što smo vidjeli, hrvatski Zakon o osiguranju (*supra* 5.7.) priznaje obje navedene funkcije prava na slobodan izbor odvjetnika, ali samo na zakonskoj razini. Odnosno, Zakonom nije izričito propisano da se takva odredba treba navesti u ugovoru o osiguranju pravne zaštite, kao što je to slučaj u pravu F BiH, ali to zahtijeva i Smjernica (*supra* 3.4.).

Odluka Agencije posebno se osvrće i na situaciju kada se osiguratelji istim ugovorom o osiguranju obvezuju na pravnu zaštitu osiguranika, ali istodobno i na pružanje usluga iz drugih vrsta osiguranja. U tom slučaju primjenjuje se odredba čl. 3. st. 2. Odluke po kojoj se na posebnom odvojenom dijelu police osiguranja mora navesti opseg pokrića pravnih troškova i iznos premije. Ovom se odredbom preuzima odredba čl. 3. st. 1. Smjernice o OPZ-u, a čija implementacija svakako nedostaje u hrvatskom pravu.

Konačno, u čl. 6. Odluke, u pravo F BiH implementirana je odredba iz čl. 6. Smjernice o OPZ-u koja se odnosi na rješavanje spora između osiguranika i osiguratelja o postojanju osigurateljskoga pokrića (ova odredba Smjernice nije implementirana u hrvatsko pravo). Ovom odredbom Odluke ujedno je propisana i obveza osiguratelja pravne zaštite na informiranje osiguranika o postojanju posebnoga prava na rješavanje spora između njega i osiguratelja (čl. 6. st. 3. Odluke) o tomu postoji li potreba za pravnom zaštitom ili ne.<sup>56</sup>

Iz naprijed navedenog možemo zaključiti kako je u pravu F BiH Smjernica o OPZ-u gotovo u potpunosti implementirana. Ono što eventualno nije izrijekom navedeno u Odluci Agencije, a navedeno je u Smjernici o OPZ-u jest obveza osiguratelja pravne zaštite na informiranje osiguranika o postojanju samostalnoga prava na slobodan izbor odvjetnika (*supra* 3.6.5.). Posredno bi se moglo zaključiti

---

56 Čl. 6. Odluke Agencije ide i korak dalje u odnosu na Smjernicu te propisuje već i sam postupak rješavanja sukoba interesa između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite, a što Smjernica ne čini već to ostavlja državama članicama. Tako, sukladno čl. 6. st. 1. Odluke, osiguranik u sukobu interesa s osigurateljem po pitanju postoji li potreba za pravnom zaštitom može zahtijevati savjet odvjetnika po svom izboru. Međutim, osiguratelj nije vezan takvim mišljenjem odvjetnika, pa ako smatra da osiguranik nema odgovarajuću zakonsku i materijalnu osnovu za osigurani slučaj, predmet se rješava u skladu sa Zakonom o društvima za osiguranje u privatnom osiguranju. Do ove posljednje situacije dolazi, iako osiguranik ne prihvati savjet odvjetnika. Sukladno čl. 6. st. 2. Odluke troškove obraćanja odvjetniku snosi osiguratelj pod uvjetom da se poduzete radnje smatraju neophodnima za zaštitu interesa osiguranika. U suprotnom nastale troškove podjednako snose osiguratelj i osiguranik.

o postojanju te obveze iz odredbe čl. 4. Odluke po kojoj ugovor o OPZ-u mora uključivati postojanje prava na slobodan izbor odvjetnika, ali nije izričito navedeno da je osiguratelj dužan o tom pravu poučiti osiguranika. No, sve u svemu, stupanj implementiranosti Smjernice o OPZ-u u pravo F BiH trenutno je na daleko višoj razini negoli u Republici Hrvatskoj.

## **7. ZAKLJUČAK**

O stanju prihvaćenosti Smjernice o OPZ-u možemo zaključiti kako navedena Smjernica nije u potpunosti implementirana u hrvatsko zakonodavstvo, dok je u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine ona već gotovo u potpunosti implementirana. Stoga bi se hrvatski zakonodavac mogao ugledati na određena iskustva u implementaciji navedene Smjernice u neposrednom susjedstvu.

**I.** U hrvatskom zakonodavstvu nedostaje definicija OPZ-a nalik na onu u Smjernici, a za koju smatramo da je potrebna jer je malo stručne javnosti upućeno u pitanje što je to OPZ.

**II.** Hrvatski zakonodavac nije iskoristio sve mogućnosti koje Smjernica nudi za sprječavanje sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika. Zakonodavac je, doduše, prihvatio metodu slobodnog izbora odvjetnika. Time je po pitaju sprječavanja sukoba interesa, prihvaćena Smjernica u svojim minimalnim zahtjevima. Smatramo da to nije dostatno, već je trebao uzeti u obzir i ostale mogućnosti koje nudi Smjernica, kao što je načelo odvojene obrade štete, koje je prikladno za sprječavanje sukoba interesa kada poslove OPZ-a obavljaju, tzv. kompozitni osiguratelji, a koje je kao što smo vidjeli prihvaćeno i u pravu F BiH.

**III.** Hrvatski zakonodavac bi trebao propisati i minimalni sadržaj ugovora o OPZ-u. Sadržaj bi u skladu s odredbama Smjernice, trebao sadržavati odredbe o pravu osiguranika na slobodan izbor odvjetnika i o pravu osiguranika na provođenje posebnog postupka (arbitraže) u slučaju sukoba mišljenja (nesporazuma) između osiguranika i osiguratelja pravne zaštite. Usto, i sama mogućnost provođenja posebnoga postupka u slučaju postojanja nesporeda trebala bi se u Zakonu o osiguranju posebno propisati, samostalnom odredbom, kako je to propisano i u Smjernici o OPZ-u. Pravo na slobodan izbor odvjetnika naš Zakon o osiguranju priznaje, ali nije izričito propisao da se u ugovoru o OPZ-u takva odredba treba izričito unijeti, a što zahtijeva Smjernica.

**IV.** Hrvatski zakonodavac bi još trebao propisati, ako istim ugovorom postoji pokrivenost OPZ-a zajedno s pokrićem iz neke druge vrste osiguranja, da je u tom slučaju nužno posebno (odvojeno) u polici osiguranja naznačiti pokrivenost OPZ-a te premiju i svotu osiguranja koje se odnose na OPZ.

**V.** Pored svega navedenoga, kako to zahtijeva i Smjernica, u Zakonu bi se trebalo izričito navesti da je osiguratelj dužan obavijestiti osiguranika o postojanju dvaju njegovih specifičnih prava iz OPZ-a: pravo na slobodan izbor odvjetnika i pravo na provođenje posebnoga postupka u slučaju sukoba mišljenja (nesporazuma) između osiguranika i osiguratelja.

**VI.** Konačno, preporučamo da se u Zakon o osiguranju ugradi i odredba po kojoj se iznesena pravila o OPZ-u ne bi primjenjivala na slučaj kada je osiguranjem od odgovornosti pokrivena pravna zaštita osiguranika - štetnika. Zbog toga što osiguratelj od odgovornosti mora imati kontrolu nad postupkom utvrđivanja osiguranikove odgovornosti i što pravna zaštita osiguranika - štetnika je dio pokrića osiguranja od odgovornosti (koju čak i sam ZOO priznaje u čl. 964. st. 2.), a ne pokriće iz nekoga zasebnoga ugovora o OPZ-u.

## Summary

### **DIRECTIVE ON LEGAL EXPENSES INSURANCE AND ITS IMPLEMENTATION IN THE CROATIAN LAW**

The legal expenses insurance presents a special type of insurance that covers insured person's expenses incurred in the process of realisation of his legal interests, expenses of his legal representation and legal protection in different legal proceedings before diverse state bodies (courts, administrative bodies) as well as expenses of out of court settlement. In 1987 a special Directive no. 87/344 on Legal Expenses Insurance was adopted with the aim to reach the coordination of legal expenses insurance within the European Union territory (former European Economic Community.). The author discusses grounds for Directive adoption and gives his best efforts to analyse in detail certain Directive provisions. He points at Directive contribution to regulate legal expenses insurance services and draws attention to partial, incomplete coordination of their procedures, which is the main issue associated with the Directive. After the analysis of the Directive, the author presents a critical overview of the present situation regarding the Directive implementation in Croatian legislation and concludes that this legal document has not (yet) been implemented in most part. Furthermore, he proposes a possible solution how to implement certain Directive provisions. The last part of the article is dedicated to discussion concerning the high level of Directive implementation in the Federation of Bosnia and Herzegovina. It has been suggested to Croatian legislator to consider it as a positive example of Directive implementation, at least on legislative level.

*Key words: legal expenses insurance, directive, implementation.*

## Zusammenfassung

### **RICHTLINIE ZUR RECHTSCHUTZVERSICHERUNG UND IHRE UMSETZUNG IN DAS KROATISCHE RECHT**

Die Rechtsschutzversicherung stellt eine Sonderform von Versicherung dar, bei welcher der Versicherer Kosten der Inanspruchnahme von Versichertenrechtsinteressen; Kosten der Vertretung und des Rechtsschutzes in verschiedenen Verfahren vor den Behörden (Gerichten, Verwaltungsämter) wie auch Kosten der außergerichtlichen Streitigkeitenbeilegung übernimmt. Mit dem Ziel der Angleichung im Bereich der Rechtsschutzversicherung in der Europäischen Union (ehemalige EWG) ist die Richtlinie Nr. 87/344 zur Rechtsschutzversicherung noch 1987 erlassen worden. Diese Arbeit erläutert die Gründe für die Erlassung dieser Richtlinie, wobei ihre einzelnen Bestimmungen ins Detail analysiert werden. Obwohl diese Richtlinie zur Regelung der Rechtsschutzversicherung beigetragen hat, blieb eine vollständige

Angeleichung im diesem Bereich aus wie in dieser Arbeit betont wird. Nach einer Zerlegung der Richtlinie, wird die Lage der vorhandenen Umsetzung der Letzteren in die kroatische Gesetzgebung kritisch betrachtet. Daraus ist zu schließen, die Richtlinie sei im Wesentlichen (noch) nicht umgesetzt worden, obwohl einige ihrer Bestimmungen unbedingt umzusetzen sind. Zum Schluss wird darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie im Recht von Bosnien und Herzegowina schon zum großen Teil in die nationale Gesetzgebung umgesetzt worden ist. Letzteres soll als ein positives Beispiel der Richtlinienangleichung für den kroatischen Gesetzgeber dienen.

**Schlüsselwörter:** *Rechtsschutzversicherung, Richtlinie, Umsetzung.*

## Riassunto

### **LA DIRETTIVA SULL'ASSICURAZIONE DELLA TUTELA LEGALE E SUA ATTUAZIONE NEL DIRITTO CROATO**

L'assicurazione della tutela legale costituisce un particolare tipo di assicurazione, dove l'assicuratore della tutela legale ripaga all'assicurato i costi di realizzazione degli interessi legali dell'assicurato, come anche le spese della sua rappresentanza e tutela legale in vari procedimenti legali dinnanzi a diversi organi statali (tribunali, organi amministrativi) ed infine le spese per la risoluzione extragiudiziale della controversia.

Ai fini del raggiungimento dell'armonizzazione nell'espletamento delle attività di assicurazione della tutela legale a livello dell'Unione europea (già CEE), ancora nel 1987 venne emanata una specifica direttiva, la 87/344 sull'assicurazione della tutela legale. Nel contributo si tratta delle ragioni che condussero all'emanazione della direttiva, come pure si esaminano nel dettaglio le singole disposizioni della medesima. Al tempo stesso si indica il contributo che la direttiva ha apportato nella regolamentazione dell'attività assicurativa nel campo della tutela legale; benché si sia avuta cura di porre in rilievo anche il suo principale problema e cioè la solo parziale armonizzazione raggiunta. Dopo avere analizzato la direttiva, nel contributo si cerca di offrire un quadro critico sullo stato presente dell'attuazione della direttiva nella legislazione croata, concludendo che la medesima per la maggiore parte non è (ancora) stata implementata; indicando altresì le modalità di attuazione che dovrebbero essere seguite nell'attuare le direttive. Nella parte finale del lavoro viene rilevato l'alto grado di attuazione della direttiva nel diritto della Federazione della Bosnia ed Erzegovina, cogliendo l'occasione per indicare al legislatore croato un esempio positivo di attuazione, suggerendogli un tanto sul piano legislativo.

**Parole chiave:** *assicurazione della tutela legale, direttiva, attuazione.*



## IN MEMORIAM



*Akademik Lujo Margetić*

*18. listopada 1920. – 17. svibnja 2010.*

*Dijelom naših života je Akademik Margetić.*

*Erudit, pravni povjesničar, romanist, arheograf. Odgovoran autor novih rješenja u spektru hrvatskih i svjetskih znanstvenih dvojbi i nepoznanica.*

*Mnogima od nas, uručio je indeks s potpisom i pečatom položenog predmeta Rimsko pravo.*

*Profesor Margetić.*

*Presretan u koncentraciji procjene pravnih vrela, valorizaciji diplomatičkog materijala, analizi paleografskih enigmi i točnosti najmanjih detalja teško dokučive transliteracije srednjovjekovnih statuta.*

*Zadovoljan kada piše zaključak, ponosan kada postavlja pitanje.*

*Djelo nam, perom Autora, ostaje uvijek dostupno.*

*Ustrojstvo antičkih i srednjovjekovnih sustava, hrvatska povijest i pravna povijest, mozaik ustanova starogrčkog, mletačkog, langobardskog i germanskog prava, provenijencija rimske postklasike u učenju glosatora i postglosatora, Justinijanovo nasljeđe u pandektnoj obradi odnosno projekciji rimskih ideja u srednjovjekovnom segmentu, recepcija rimskog prava i aktualna rješenja europskog općeg prava ius commune.*

*Nekoliko naglasaka iz rimske karike znanstvenog opusa Akademika:*

*Ius Italicum i analiza epigrafičkog korpusa u identifikaciji liburnijskih općina (segmenti: Tarsatica, pravno-povijesni položaj Istre i općinska uređenja otoka), litisdenuncijacija postklasike i opcija građanskog postupka, fokusirana studija podataka egipatskog papirusa i usporedba lokalne rimsko-egipatske kompilacije*

*i prevladajućeg rimskog režima; Ekloga, Nomos Georgikos odnosno spona sa rimskim i slavenskim izvorima. Potom, javna vjera i karakter dispozitivnosti isprava slijedom dokumenata kasnorimskog carstva do pokazatelja opsega kontinuiteta rimskih shvaćanja u Veneciji, Hrvatskom primorju i Dalmaciji; rimska mancipacija, kao element najstarije hrvatske isprave - darovnice kneza Trpimira u sklopu tumačenja početnog predloška odnosno postupnog atribuiranja novih elemenata; ili pak segment nasljednog prava kao vrijedan pokazatelj vezanosti imovinsko-pravnih cjelina, tema dotaknuta u sklopu procjene vjerodostojnosti najstarijih hrvatskih oporuka, kontinuirano nadograđivana postavkama o rimskim imovinsko-pravnim posljedicama braka, sudbini miraza, darovanju ante nupcias, elementima očinske vlasti, pitanjima emancipacije, te razrađena u definiranju načela paterna paternis, materna maternis odnosno pretericiji i ekshereditaciji hrvatskog pravnog srednjovjekovlja (...).*

*Podastrijeti elementi iz nemjerljivog opsega znanstvene znatiželje Akademika istodobno potvrđuju dosljednost primjene metodološkog ključa proučavanja, a objedinjuje ga unutarnja logika pojedine pravne ustanove, geneza pripadajuće cjeline pravnog sustava te procjena utjecaja svih sadržajno i prostorno relevantnih pravnih područja ... potom, niz provjera, rezime, diskusija – sve, kako je to Profesor uvijek sa zahvalnošću isticao, u tišini i posvećenosti znanstvenom promišljanju, uz nesebičnu i kreativnu podršku gospođe Margetić.*

*Takav pristup primijenjen je na ustanove rimskog prava u vremenskim ivičnjacima antike ali i u sklopu velikih objavljenih sinteza pravnog srednjovjekovlja - hrvatskog srednjovjekovnog stvarnog, obveznog, nasljednog i obiteljskog prava, rezultirajući procjenom rimskog prava kao „europskog fenomena“ i „jednog od osnovnih čimbenika zapadnoeuropske kulture“, odnosno time i okosnice strukture hrvatskog prava.*

*U nastavnoj domeni, odredio je koncept i sadržaj udžbenika Rimsko pravo - znanstvenog, stručnog i metodičkog djela koje čini trajnu didaktičku dimenziju izvedbenih programa predmeta Katedre za rimsko pravo.*

*Danas su, u ovoj Dvorani, studenti polagali kolokvij pred ispit iz kolegija Rimsko privatno pravo. Ime Margetić izgovarano je u kontekstu, moguće strahopoštovanja, moguće normalne studentske zabrinutosti ili, nadam se, predivne radosti zbog uspjeha.*

*Mi koji smo imali sreću i privilegij slušati predavanja Akademika Margetića, zadržavamo u trajnom sjećanju odgovornost prema studentima, šarm inventivnih primjera, proživljenih detalja i iskrenih emocija (prisjetimo se ganuća evociranja Filipidove objave pobjede Atenjanima na nedavnim inauguracijama akademskih godina).*

*Profesor Margetić je obilježio naše školovanje.*

*Dotaknuo je naše profesionalne i privatne odabire.*

*Čast nam je što je dio našeg znanstveno nastavnog obzora.*

*Gospodine Profesore, Hvala Vam.*

*Anamari Petranović  
Predstojnica Katedre za rimsko pravo*



## UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (CD ili e-mail) i otisnuti na papiru poštom u tri istovjetna primjerka. Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu treba biti priložen sažetak na hrvatskom jeziku. Sažetak se prevodi na engleski jezik te po izboru autora na njemački ili talijanski jezik. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom „Sažetak“.

Rukopis koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici: <http://www.pravri.hr/hr/zbornik/upute.html>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stranici: <http://www.pravri.hr/hr/zbornik/upute.html>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Rukopisi se ne vraćaju. Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Rukopisi se upućuju na adresu: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, HR-51000 Rijeka.

## INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. The papers should be submitted in the electronic form (CD or e-mail) and printed out in three identical copies sent by post. The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). A summary in Croatian language should be attached to the paper. The summary will be translated in English and German or Italian language. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

Submitted contributions will not be returned. The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr), Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, Hahlic 6, CROATIA-51000 Rijeka.

## ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja Zbornika vol. 31. br. 1., (2010.):

*I. Prikazi:* Zrinko Mičetić, Praputnjak i Vinodolski zakon (akademik Lujo Margetić) • *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 • Iva 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 s tendencijama zaštite u Europskoj uniji.

---

### AKCIJSKA PRODAJA ZBORNİKA!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po jedinstvenoj cijeni od **25,00 kn.**

- Vol. 20 br. 2 (1999.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.). **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 1 (2004.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.). \_\_\_\_\_ primjeraka

- Vol. 26 br. 1 (2005.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 26 br. 2 (2005.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 1 (2006.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 2 (2006.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 1 (2007.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 2 (2007.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 1 (2008.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 2 (2008.). \_\_\_\_\_ primjeraka

• po cijeni od **50,00 kn:**

- Vol. 30 br. 1 (2009.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 30 br. 2 (2009.). \_\_\_\_\_ primjeraka

• po cijeni od **90,00 kn:**

- Vol. 31 br. 1. (2010.). \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement,  
Vol. 31 br. 1. (2010.). \_\_\_\_\_ primjeraka

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

---

Sjedište, adresa, telefon, fax:

---

OIB: \_\_\_\_\_

U \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50.

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka,

tel.: 051/359-500, fax: 051/675-113, e-mail: [skriptarnica@pravri.hr](mailto:skriptarnica@pravri.hr)



## **BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI**

### **UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ**

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni sljedeći naslovi:

#### **UDŽBENICI:**

- ◆ Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*
- ◆ V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- ◆ Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- ◆ Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- ◆ Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izd., 2006. (rasprodano)*
- ◆ Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (cijena: 790,00 kn)*
- ◆ Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (cijena: 290,00 kn)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izd., 2008. (rasprodano)*
- ◆ Dorotea Čorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (unutarnja cijena: 190,00 kn; vanjska cijena: 550,00 kn)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izd., 2010. (rasprodano)*
- ◆ Anamari Petranović, *Obligaciones iuris romani: (breviarum), 2010. (unutarnja cijena 120,00 kn; vanjska cijena 150,00 kn)*

#### **MONOGRAFIJE:**

- ◆ Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Edita Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (rasprodano)*
- ◆ Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999. (rasprodano)*
- ◆ Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- ◆ Vesna Crnić Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 120,00 kn)*
- ◆ Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)*
- ◆ Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004. (rasprodano)*

- ◆ Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 2004. **(unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)**
- ◆ Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatске ličnosti*, 2006. **(unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**
- ◆ Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, 2006. **(unutarnja cijena: 79,00 kn; vanjska cijena: 99,00 kn)**
- ◆ Ivana Kunda, *Internationallly Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation*, 2007. **(unutarnja cijena: 89,00 kn; vanjska cijena: 109,00 kn)**
- ◆ Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu*, 2008. **(rasprodano)**
- ◆ Petar Simonetti, *Prava na nekretninama*, 2009. **(rasprodano)**
- ◆ Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama*, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 189,00 kn)**
- ◆ Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(unutarnja cijena: 355,00 kn; vanjska cijena: 530,00 kn)**

#### ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- ◆ Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001. **(unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)**
- ◆ Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. **(unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)**
- ◆ Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja*, 2007., *(Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine)*, **(cijena: 120,00 kn)**
- ◆ Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala*, 2005. **(unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**
- ◆ Nada Bodiroga Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja*, 2008. **(cijena: 140,00 kn)**
- ◆ Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području*, 2009. **(unutarnja cijena: 130,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)**

#### PRIJEVODI:

- ◆ Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. **(besplatno izdanje)**
- ◆ R. L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. **(besplatno izdanje)**
- ◆ T. C. Hartley, *Temeljni prava Europske zajednice*, 2004. **(unutarnja cijena 250,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn - meki uvez)**

#### PRIRUČNICI:

- ◆ Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. **(unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**

Nakladnik  
**PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

*mirjanap@pravri.hr*

**NARUDŽBA**

Tvrtka (ustanova) \_\_\_\_\_

Ime i prezime \_\_\_\_\_

Ulica i kućni broj \_\_\_\_\_

Mjesto i poštanski br. \_\_\_\_\_

OIB: \_\_\_\_\_

Tel/Fax \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_

Potpis i pečat \_\_\_\_\_

Ovime neopozivo naručujem \_\_\_\_ primjerak(a) knjige

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50.

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51 000 Rijeka





BIBLIOTEKA  
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

[www.pravri.hr/zavodi/zkzm](http://www.pravri.hr/zavodi/zkzm)

e-mail: [zkzm@pravri.hr](mailto:zkzm@pravri.hr)

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni sljedeći naslovi:

- ◆ Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)*
- ◆ *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)*
- ◆ Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)*
- ◆ *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. (unutarnja cijena: 55,00 kn, vanjska cijena: 55,00 EUR)*
- ◆ Lujko Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. (rasprodano)*
- ◆ Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. (rasprodano)*
- ◆ Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)*

Nakladnik  
**PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

*mirjanap@pravri.hr*

**NARUDŽBA**

Tvrtka (ustanova) \_\_\_\_\_

Ime i prezime \_\_\_\_\_

Ulica i kućni broj \_\_\_\_\_

Mjesto i poštanski br. \_\_\_\_\_

OIB: \_\_\_\_\_

Tel/Fax \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_

Potpis i pečat \_\_\_\_\_

Ovime neopozivo naručujem \_\_\_\_ primjerak(a) knjige

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-13.

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka