

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 30

BROJ 2

Zb. Prav. fak. sveuč. Rij. (1991) v. 30,
Br. 2, str. XII+810-1143, Rijeka, 2009.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

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

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

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

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

Izvršni urednici/Executive Editors: mag. iur. Marijeta Tomulić Vehovec, mr. sc. Loris Belanić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: akademik prof. emerit. Luj Margetić (Rijeka/HR), prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolei (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. R. Eugene Harper (The Plain OH/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

Lektorice/Lectors: Dejana Golenko, prof. (za hrvatski), Matina Bajčić, prof. (za engleski), doc. dr. sc. Ute Karlavaris Bremer (za njemački)

Korektorica/Proofreader: Tanja Kruneš

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

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel./fax: (051) 359-518, fax. 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

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

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia, *Sociological Abstracts*, *Worldwide Political Science Abstracts*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA i *CRIMINOLOGIJA 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 30

BROJ 2

RIJEKA, 2009.

SADRŽAJ

I. Članci:

Susan Šarčević, Martina Bajčić,

Zur Notwendigkeit der Erarbeitung einer einheitlichen kroatischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe 810
(izvorni znanstveni rad)

Mirela Šarac, Irena Stanić,

Per liberam personam possessio acquiritur (izvorni znanstveni rad) 828

Andrijana Bilić,

Akademsko prava sveučilišnih nastavnika i suradnika u Republici Hrvatskoj (izvorni znanstveni rad) 860

Slađana Aras,

Dispozitivne presude u sporovima o uzdržavanju djece (izvorni znanstveni rad) 886

Andrijana Bilić,

Fleksibilni oblici rada i radno pravo (prethodno priopćenje) 920

Zvonimir Slakoper, Marta Božina Beroš,

Ugovori o valutnom i kamatnom swapu (pregledni znanstveni rad) 944

Boris Jerman,

Some Labour and Social Questions in the European Union Port Sector (pregledni znanstveni rad) 986

Zlatan Meškić,

Kolizije norme za zaštitu potrošača u direktivama Evropske zajednice i Uredbi Rim I – novi izazov za ZRSZ (pregledni znanstveni rad) 1012

Oliver Radolović,

Odgovornost ugostitelja za štetu zbog povrede izravnog ugovora o hotelskim uslugama (pregledni znanstveni rad) 1034

Dalibor Doležal,

Kriminalna karijera (pregledni znanstveni rad) 1082

Maša Marochini,

The Ill-treatment of Prisoners in Europe: a Disease Diagnosed
but not Cured? (pregledni znanstveni rad) 1108

II. Prikazi:

Dejan Popović,

Poresko pravo (Olivera Lončarić Hrvat) 1132

Svjetlana Šokčević,

Radni odnosi i uvjeti rada u pravu europske zajednice
(odabrane teme i odluke suda EZ - a) (Marinko Đ. Učur) 1138

Zbornik radova

„Rad u Hrvatskoj i pred izazovima budućnosti“ (Marinko Đ. Učur) 1140

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

Susan Šarčević, Martina Bajčić,

The Need to Create a Uniform Croatian Terminology
for EU Legal Concepts 810

Mirela Šarac, Irena Stanić,

Per liberam personam possessio acquiritur 828

Andrijana Bilić,

Academic Rights of University Teachers and University Associates
in the Republic of Croatia 860

Sladana Aras,

Dispositive Judgments in Child Support Cases 886

Andrijana Bilić,

Flexible Types of Employment and Labour Law 920

Zvonimir Slakoper, Marta Božina Beroš,

Currency Swaps and Interest Rate Swaps 944

Boris Jerman,

Some Labour and Social Questions in the European Union Port Sector 986

Zlatan Meškić,

The Collision Norms for Consumer Protection in European
Community Directives and Rome I Regulation –
New Challenge for the Law on Resolving Conflicts of Laws 1012

Oliver Radolović,

Hotel-Keeper's Liability for Damage due to the Breach of
Hotel-Keeper's Contract 1034

Dalibor Doležal,

Criminal Career 1082

Maša Marochini,

The Ill-treatment of Prisoners in Europe:
a Disease Diagnosed but not Cured? 1108

II. Surveys 1130

INHALT

I. Aufsätze:

Susan Šarčević, Martina Bajčić,

Zur Notwendigkeit der Erarbeitung einer einheitlichen kroatischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe 810

Mirela Šarac, Irena Stanić,

Per liberam personam possessio adquiretur 828

Andrijana Bilić,

Akademische Rechte der Universitätslehrer und
Universitätsmitarbeiter in der Republik Kroatien 860

Sladana Aras,

Dispositionsurteile in Streitigkeiten um Kindesunterhalt 886

Andrijana Bilić,

Flexible Arbeitsformen und das Arbeitsrecht 920

Zvonimir Slakoper, Marta Božina Beroš,

Währungstausch- und Zinstauschverträge (Swapverträge) 944

Boris Jerman,

Einige Arbeits- und Sozialfragen im EU Hafensektor 986

Zlatan Meškić,

Kollisionsnormen für den Verbraucherschutz in den EU-Richtlinien
und in der Rom I-Verordnung: Neue Herausforderungen für das
Gesetz zum Internationalen Privatrecht 1012

Oliver Radolović,

Gastwirtshaftung für Schaden wegen Verletzung des direkten
Vertrags über Hoteldienstleistungen 1034

Dalibor Doležal,

Die Kriminallaufbahn 1082

Maša Marochini,

Misshandlung von Gefangenen in Europa: Diagnose erstellt
aber Krankheit nicht geheilt 1108

II. Beschreibungen 1130

INDICE

I. Articoli:

Susan Šarčević, Martina Bajčić,

Necessità di creare una terminologia croata uniforme per
le nozioni giuridiche europee 810

Mirela Šarac, Irena Stanić,

Per liberam personam possessio acquiritur 828

Andrijana Bilić,

Diritti accademici di docenti e collaboratori universitari
nella Repubblica di Croazia 860

Sladana Aras,

Sentenze dispositive nei processi relativi al mantenimento dei figli 886

Andrijana Bilić,

Forme di lavoro flessibili e diritto del lavoro 920

Zvonimir Slakoper, Marta Božina Beroš,

Contratti di swap di valuta e di interessi 944

Boris Jerman,

Alcune questioni lavoristiche e previdenziali
nel settore portuale dell'Unione europea 986

Zlatan Meškić,

Norme di collisione di tutela del consumatore nelle direttive
dell'Unione europea e nel Regolamento Roma I – una nuova sfida
per la legge sulla soluzione dei conflitti di legge 1012

Oliver Radolović,

Responsabilità dell'albergatore per i danni da violazione
del contratto d'albergo 1034

Dalibor Doležal,

Carriera criminale 1082

Maša Marochini,

Maltrattamento dei detenuti in Europa: una malattia diagnostica,
ma non curata? 1108

II. Recensioni 1030

ZUR NOTWENDIGKEIT DER ERARBEITUNG EINER EINHEITLICHEN KROATISCHEN TERMINOLOGIE FÜR EU-RECHTSBEGRIFFE

Dr. sc. Susan Šarčević, redoviti profesor
Martina Bajčić, prof., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 811.163.42:34
Ur.: 10. rujna 2009.
Pr.: 30. rujna 2009.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

POTREBA STVARANJA UJEDNAČENOGA HRVATSKOGA NAZIVLJA ZA EUROPSKE PRAVNE POJMOVE

Vlada RH želi što prije pristupiti Europskoj uniji, ali se pritom ne vodi dovoljno računa o potrebi stvaranja ujednačenoga hrvatskoga nazivlja za europske pravne pojmove, što je preduvjet za pravnu pouzdanost prijevoda pravne stečevine EU-a. Zbog važnosti ovoga problema za pristupanje EU, kao i za budući hrvatski pravni jezik, ovaj rad otvara raspravu o konkretnim mjerama, koje bi trebalo provesti kako bi se sredilo nesređeno stanje na području terminologije. Pozivajući se na iskustva bivših zemalja kandidatkinja Latvije, Češke i Mađarske, autorice preporučaju mjere sustavnog upravljanja terminologijom kao što su centraliziranje terminološkoga rada, imenovanje novoga interdisciplinarnog stručnog povjerenstva za terminologiju te izgradnja centralne terminološke baze s ciljem normiranja hrvatskoga nazivlja za europske pravne pojmove. Nužno je brzo i učinkovito djelovanje budući da je normiranje terminologije preduvjet za uspjeh jezične i pravne redakcije svih prijevoda.

Ključne riječi: normiranje terminologije, hrvatsko nazivlje za europske pravne pojmove, prevođenje pravne stečevine EU-a, sustavno upravljanje terminologijom.

1. Terminologearbeit als Voraussetzung für den Beitritt Kroatiens zur EU

Nachdem sich die Europäische Kommission ermutigend über den Fortschritt Kroatiens im Jahresbericht vom 5.11.2008¹ geäußert hatte, machte die kroatische Regierung zunehmenden Druck auf die Beschleunigung der Beitrittsverhandlungen, damit Kroatien möglichst bald grünes Licht für den Beitritt zur EU gegeben wird. Nun aber ist ein vernachlässigtes Gebiet bei den Beitrittsvorbereitungen geradezu die kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe. Was die kroatischen Übersetzungen des Gemeinschaftlichen Besitzstandes (des *Acquis*) betrifft, haben etliche im Rahmen unseres Forschungsprojektes² durchgeführte Übersetzungsanalysen gezeigt, dass das Fehlen einer einheitlichen kroatischen Terminologie das größte Problem im Übersetzungsprozess darstellt, was die Rechtssicherheit der amtlichen Übersetzungen geradezu in Frage stellt³. Da die sprachliche und juristische Revidierung der Übersetzungen noch ziemlich am Anfang steht, ist es höchste Zeit die Frage zu stellen, wie man die Arbeit fortsetzen sollte. Indem die Hauptbetonung auf die Notwendigkeit der Erarbeitung einer einheitlichen kroatischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe gelegt wird, soll die vorliegende Arbeit die Diskussion über mögliche Maßnahmen eröffnen, die Ordnung in der Unordnung im Bereich der Terminologearbeit in Kroatien schaffen könnten.

Die Bildung der neuen kroatischen Benennungen ist ein Übersetzungsverfahren, das ohne eine kohärente Strategie und ein wirksames Normungsprogramm vorgenommen wird. In diesem Sinne kann man von einem sogenannten „Ad-hoc Terminologiemanagement“ sprechen, anstatt von einem fachorientierten „systematischen Terminologiemanagement“ bei dem alle am Übersetzungsprozess beteiligten Institute und Behörde zusammenarbeiten⁴. Angesichts der Breite und Vielseitigkeit der zu übersetzenden EU-Rechtsvorschriften können die notwendige Genauigkeit und Einheitlichkeit lediglich durch ein systematisches

1 Croatia 2008 Progress Report, SEC(2008) 674, COM(2008) 674, www.delhr.ec.europa.eu/uploads/dokumenti/6fd3bb47bf66fd2112ddcc40bbeed9.pdf

2 Wissenschaftliches Forschungsprojekt: „Strategien zur Übersetzung von der Gesetzgebung der Europäischen Union“ geleitet von Prof. Dr. Susan Šarčević an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rijeka.

3 Šarčević, S., Translation Procedures for Legal Translators, in Šarčević, S. (Hrsg.) *Legal Translation – Preparation for Accession to the European Union*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001, S. 86-87. Šarčević, S., Die Übersetzung von mehrsprachigen EU-Rechtsvorschriften: Der Kampf gegen Sprachdivergenzen, in Gotti, M. & Šarčević, S. (Hrsg.) *Insights into Specialized Translation*, Bern, Peter Lang, 2006, S. 134-139.

4 Die von Wright und Wright verwendete Terminologie: *ad hoc terminology management* und *systematic terminology management*. Siehe Wright, S.E. & Wright, L., Terminology Management for Technical Translation, in Wright, S.E. & Budin, G. (Hrsg.) *Handbook of Terminology Management* (Bd.1), Amsterdam, Benjamins, 1997, S.147.

Terminologiemanagement gewährleistet werden⁵. Nur auf diese Weise werden alle Übersetzer und Redakteure ein und denselben kroatischen Terminus für einen bestimmten europäischen Begriff verwenden⁶, wie dies im Sinne des Gemeinsamen Leitfadens des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für die Abfassung von EU-Rechtsakten verlangt wird⁷.

Indervorliegenden Arbeit wird zuerst auf den jetzigen Stand der Terminologiearbeit in Kroatien im Bereich der europäischen Integration und auf die den EU-Übersetzern zur Verfügung stehenden lexikographischen Handbücher eingegangen. Danach folgt eine Auseinandersetzung mit dem verfehlten Normungsprogramm in Bezug auf die kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe. Auf der Suche nach möglichen Lösungen, die Ordnung in der terminologischen Unordnung schaffen könnten, berufen wir uns auf die Erfahrungen der ehemaligen Beitrittsländer Lettland, Ungarn und Tschechien, die bei ihren Beitrittsvorbereitungen vor ähnliche terminologische Herausforderungen gestellt waren. Auf Grund deren Erfahrungen schlagen wir einige konkrete Maßnahmen des systematischen Terminologiemanagements vor, mit dem Ziel die Erarbeitung einheitlicher kroatischer Benennungen für EU-Rechtsbegriffe voranzutreiben. Zur erfolgreichen Durchführung der sprachlichen und juristischen Revidierung aller kroatischen Übersetzungen des Acquis ist wirksames Handeln dringend nötig.

2. Heutiger Stand bei der Bildung von kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe

Heute ist der Selbstständige Übersetzungsdienst im Bereich der Europäischen Integrationen beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten und Europäische

5 Nach Berteloot ist ein systematisches Vorgehen in der Behandlung von Übersetzung mit integrierter Terminologiearbeit Voraussetzung für den Erfolg der Übersetzungen von EU-Rechtsvorschriften. Siehe Berteloot, P., Rechtsterminologie in vielsprachigem Europa, in Arnzt. R., Mayer F. & Reisen U. (Hrsg.) *Terminologie und Recht, Akten des Symposions Köln, 7.-8. April 2000*, München/Köln, Deutscher Terminologie-Tag e.v., 2001, S. 36.

6 Über das Gebot des einheitlichen Gebrauchs der Terminologie beim Rechtsübersetzen siehe Schaffmeister, D., Entwicklung genormter Übersetzungen der Rechtsterminologie, in Arnzt. R., Mayer F. & Reisen U. (Hrsg.) *Terminologie und Recht, Akten des Symposions Köln, 7.-8. April 2000*, München/Köln, Deutscher Terminologie-Tag e.v., 2001, S. 50; siehe auch Šarčević, S., *Opće upute za prevodenje pravne stečevine Europske zajednice*, in Priručnik za prevodenje pravnih akata Europske unije, Zagreb, Zavod za prevodenje Ministarstva za europske integracije, 2002, S. 17.

7 Leitlinie Nr. 6 des Gemeinsamen Leitfadens des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (Stand vom 22.09.2003, S. 21) lautet: „1) Die verwendete Terminologie muss kohärent sein, und zwar ist auf Kohärenz sowohl zwischen den Bestimmungen ein und desselben Akts als auch zwischen diesem Akt und den bereits geltenden Akten, insbesondere denjenigen aus demselben Bereich, zu achten.

2) Dieselben Begriffe sind mit denselben Worten auszudrücken und dürfen sich dabei möglichst nicht von der Bedeutung entfernen, die sie in der Umgangssprache, der Rechtssprache oder der Fachsprache haben.“

Integrationen⁸ für die Organisation und Koordination der Übersetzung der EU-Gesetzgebung ins Kroatische wie auch für die Übersetzung der kroatischen Gesetzgebung ins Englische zuständig. Dank der Zusammenarbeit zwischen dem Selbstständigen Übersetzungsdienst und der Kroatischen Informations- und Dokumentationsreferenzagentur (HIDRA) kamen die ersten Terminologiearbeiten zur Normung der neuen kroatischen Benennungen zustande mit der Abfassung einer Reihe von lexikographischen Handbüchern für Übersetzer, Redakteure und andere Fachexperten. Als das Ministerium im Jahr 2001 mit dem Übersetzen des Acquis begann, war das erste lexikographische Tool mit kroatischer Terminologie für europäische Begriffe bereits vorhanden, nämlich das von Professorin Bratanić in zwei Bänden herausgegebene Glossar *Eurovoc*⁹. Darauf folgten *das Englisch-kroatische und kroatisch-englische Glossar zur Stabilisierung und Assoziierung zwischen der Republik Kroatien und der EG und deren Mitgliedstaaten* (2002)¹⁰, *das Viersprachige Rechtswörterbuch der EU: englisch, kroatisch, französisch, deutsch* (2003)¹¹ und *das Englisch-kroatische Glossar für Bankwesen, Versicherung und andere Finanzdienstleistungen dienstleistungen* (2005)¹². Außerdem sind vom Selbstständigen Übersetzungsdienst zwei Handbücher für Übersetzer herausgegeben worden: *Handbuch für das Übersetzen von EU-Rechtsakten* (2002)¹³ und *Handbuch für das Übersetzen der Rechtsvorschriften der Republik Kroatien ins Englische* (2006)¹⁴. Die Arbeit an der kroatischen terminologischen Datenbank „Euroterm“ begann im Oktober 2006, aber die heutige Betafassung ist leider immer noch sehr mangelhaft¹⁵, worauf wir wieder zurückkommen werden.

8 Bei der Gründung des Ministeriums für Europäische Integrationen im Jahr 2000 war die Abteilung für Informationsverbreitung, Ausbildung und Übersetzung für Übersetzungsfragen zuständig. Bei der Umstrukturierung wurde das erwähnte Ministerium in das Ministerium für auswärtige Angelegenheiten integriert, infolgedessen entstand das Ministerium für auswärtige Angelegenheiten und Europäische Integrationen. Das Übersetzungsamt wirkte im integrierten Ministerium, 2003 wurde es in den Selbstständigen Übersetzungsdienst im Bereich der Europäischen Integrationen umgewandelt.

9 Pojmovnik EUROVOC: Bd. 2 – Predmetna verzija, 2000, Bd. 3 – Višejezična verzija 4.2, 2001, Zagreb, HIDRA.

10 Englesko-hrvatski i hrvatsko-engleski Glosar Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između RH i Europskih zajednica i njihovih država članica, Bratanić, M. i Tafra, B. (Hrsg.), Zagreb, Ministarstvo za europske integracije, 2002.

11 Četverojezični rječnik prava Europske unije: engleski, hrvatski, francuski, njemački, Bratanić, M. (Hrsg.), Zagreb, HIDRA, 2003.

12 Englesko-hrvatski Glosar bankarstva, osiguranja i ostalih financijskih usluga, Babić, A. (Hrsg.), Zagreb, Ministarstvo za vanjske poslove i europske integracije, 2005.

13 Priručnik za prevodenje pravnih akata Europske unije, Zagreb, Ministarstvo za europske integracije, 2002.

14 Priručnik za prevodenje pravnih propisa Republike Hrvatske na engleski jezik, Zagreb, Ministarstvo za vanjske poslove i europske integracije, 2006.

15 Ausführlich hierzu siehe Bratanić, M., Iljevski, V. & Ostroški Anić, A., *Croatian Euroterm – the Case for National and EU Harmonization in the Field of Law*, in Šarčević, S. (Hrsg.) *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Zagreb, Globus, 2009, S. 239-256.

Trotz der Bemühungen aller Beteiligten decken die obengenannten lexikographischen Handbücher nur einen geringen Prozentsatz der gesamten EU-Nomenklaturen ab, sodass die Übersetzer des Acquis zur Schaffung eigener Äquivalente gezwungen waren, obwohl sie über keinerlei der dazu nötigen Fachkenntnisse verfügen. Ferner soll betont werden, dass die Übersetzungen hauptsächlich von externen Mitarbeitern und Übersetzungsbüros, die sich auf die Aufrufe zur Interessenbekundung von 2001, 2003 und 2005 gemeldet haben, angefertigt werden. Mittlerweile ist die Zahl der externen Mitarbeiter sogar auf 328 und die Zahl der Übersetzungsbüros auf 61 gestiegen, wobei nicht alle davon aktiv sind. Die Tatsache, dass die zahlreichen externen Übersetzer und Übersetzungsbüros überhaupt keinen Kontakt miteinander haben, erschwert im Wesentlichen das Streben einer einheitlichen kroatischen Terminologie.

In diesem Zusammenhang sollte noch erwähnt werden, dass die für einzelne Fachgebiete zuständigen Ministerien auch am Übersetzungsverfahren beteiligt sind und damit an der Bildung neuer kroatischer Benennungen für EU-Rechtsbegriffe mitwirken. Allerdings fokussiert sich ihre Hauptaufgabe seit dem Anfang der Beitrittsverhandlungen im Oktober 2005 auf die Harmonisierung der kroatischen Gesetzgebung mit dem EU-Acquis. Trotzdem müssen alle Experten, die an der Abfassung neuer Gesetze und/oder an der Anpassung alter Gesetze beteiligt sind, neue kroatische Termini für EU-Rechtsbegriffe auf ihren engen Fachgebieten schaffen. Hierzu gehören z.B. die Fachleute in der Verbraucherschutzabteilung beim Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Unternehmerschaft, in der Wettbewerbsbehörde¹⁶, im Staatsamt für geistiges Eigentum, im Kroatischen Normungsamt wie auch im Staatsamt für Messung. Einige dieser Behörden und Büros haben interne Übersetzer angestellt, während andere, nämlich die letzten zwei, externe Übersetzer engagieren. Allerdings halten sich ihre externen Übersetzer nicht an die in den Handbüchern für das Übersetzen von EU-Rechtsakten festgelegten Formerfordernisse und Standardformeln. Ebenfalls betrachten sie die in den Glossaren angegebene Terminologie nicht als verbindlich. Dies spiegelt sich u.a. im klassischen Beispiel für die terminologische Inkohärenz in Kroatien, nämlich dem Gebrauch von *smjernica* (Leitlinie) anstatt des vorgeschlagenen Termins *direktiva* (Richtlinie) (http://www.dzm.hr/medunarodne_pregoruke).

In Verbindung damit sollte auf zwei „private“ Wörterbücher von Frane Marunica hingewiesen werden: *Englisch-kroatisches und EU-Rechtswörterbuch* (2003) und *Kroatisch-englisches und EU-Rechtswörterbuch* (2006)¹⁷. Obwohl der Autor behauptet, dass das erste Wörterbuch etwa 15.000 Einträge aus der EU-Gesetzgebung umfasse, sind diese nicht speziell als solche bezeichnet, sodass der Leser sie nur dann

16 Über die Bildung neuer kroatischer Benennungen für EU-Rechtsbegriffe im Bereich des Wettbewerbs siehe Bajčić, M., The Search for Croatian Equivalents for EU Terms in Competition Law, in Šarčević, S. (Hrsg.) *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Zagreb, Globus, 2009, S. 217-226.

17 Marunica, F., *Englesko-hrvatski i Europske unije pravni rječnik*, Zagreb, vlast. nakl., 2003 und *Hrvatsko-engleski i EU pravni rječnik*, Zagreb, vlast. nakl., 2006.

erkennen kann, wenn das Wort *Gemeinschaft* oder *europäisch* im Schlagwort selbst angeführt ist. Im ersten Wörterbuch nimmt der Autor überhaupt keine Rücksicht auf die Äquivalente in den amtlichen Glossaren, sondern schafft seine eigenen Termini. Im späteren Wörterbuch gibt er zwar einige amtliche Äquivalente an, allerdings nicht in demselben Eintrag mit seinen eigenen Äquivalenten. Da es an jeglicher Erklärung fehlt, muss der Benutzer ausreichende Vorkenntnisse besitzen, um feststellen zu können, dass es sich um ein und denselben EU-Begriff handelt.

An den Universitäten haben einige Professoren relativ früh mit der Bildung von kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe angefangen. Beispielsweise wurden zwei ausländische Lehrbücher zum Europarecht schon 1999 und 2002 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rijeka ins Kroatische übersetzt¹⁸. Damals bemühten sich die Professoren allerdings nicht, die von ihnen neu geschaffenen kroatischen Benennungen in Einklang zu bringen. Dies wurde später zur allgemeinen Praxis, als Professoren im ganzen Land begannen, ihre eigenen Bücher und Aufsätze über Themen aus dem Europarecht **auf Kroatisch zu schreiben. Manchmal werden** verschiedene Benennungen für denselben Begriff sogar als Synonyme gebraucht, wie z.B. die Termini *direktiva* und *smjernica* für *Richtlinie*¹⁹. Der uneinheitliche Gebrauch der neuen kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe wirkt verwirrend nicht nur auf die Studierenden, sondern auch auf die Richter, die in Zukunft die EU-Rechtsvorschriften auf Grund der amtlichen kroatischen Übersetzungen werden anwenden müssen. Nachdem die kroatischen Übersetzungen am Tag des Beitritts Kroatiens zur EU Gesetzeskraft erlangen, dürfen keine Änderungen mehr in den Texten, also auch nicht in der Terminologie vorgenommen werden.

Schließlich erschwert der uneinheitliche Gebrauch der kroatischen Terminologie für EU-Begriffe in den kroatischen Medien die Kommunikation mit der Öffentlichkeit. Sogar die Redakteure der Webseiten des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten und Europäische Integrationen verwenden nicht immer die kroatischen Äquivalente aus den amtlichen Glossaren. Beispielsweise kommt es oft vor, dass der kroatische Terminus *Europsko povjerenstvo* statt *Europska komisija* **gebraucht wird.**

3. Das Scheitern des Normungsprogramms für neue kroatische Benennungen

Von Anfang an haben sich die lexikographischen Handbücher die Schaffung eines einheitlichen Terminologiesystems zum Ziel gesetzt, jedoch fehlt es bis heute an einem kohärenten Gebrauch der neuen kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe. Nach der Unterzeichnung des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens im

18 T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, aus dem Englischen übersetzt von Miomir Matulović und Obrad Račić; und Matthias Herdegen, *Europsko pravo*, aus dem Deutschen übersetzt von Edita Čulinović Herc i Nada Bodiroga Vukobrat.

19 Z.B. Mlikotin Tomić, D., *Odgovornost za naknadu štete bez krivnje prema novom hrvatskom i europskom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, Nr. 56/2006, S. 425-460.

Oktober 2001 beauftragte die damalige kroatische Regierung das Ministerium für Europäische Integrationen zur Abfassung eines terminologischen Wörterbuchs mit der Normung der kroatischen Benennungen im Bereich der europäischen Integrationen als Hauptziel²⁰. Mit der **Veröffentlichung des Englisch-kroatischen und kroatisch-englischen Glossars zur Stabilisierung und Assoziierung (Englesko-hrvatskog i hrvatsko-engleskog Glosara o stabilizaciji i pridruživanju) im Jahr 2002**²¹ erklärte das Übersetzungsamt, die Maßnahme vollzogen zu haben. Damit wurde aber das Hauptziel noch nicht erreicht.

Zwei Jahre später sprach Professorin Bratanić²² von einer „stillschweigenden Normung der kroatischen Terminologie“ und betrachtete die vorhandenen lexikographischen Handbücher als „mögliche Wege zur Einleitung des erzielten Normungsprozesses“. Gleichzeitig betonte sie die Notwendigkeit, „die vorgeschlagene Terminologie auf denjenigen Gebieten, die für das Übersetzen der EU-Gesetzgebung nötig waren, so bald wie möglich für verbindlich zu erklären“. Ihrer Ansicht nach bestehen zwei Voraussetzungen für die Normung kroatischer Benennungen für europäische Begriffe: erstens eine durchdachte Sprachenpolitik, und zweitens gute Zusammenarbeit zwischen Linguisten und Sachexperten der jeweiligen Fachgebiete. Davon ausgehend, dass die Qualität und Adäquatheit der empfohlenen Terminologie nur auf diese Weise gewährleistet werden könnte, kam sie zum Schluss, dass keine der beiden Voraussetzungen bis dahin erfüllt worden sei.

Die kroatische Regierung nahm die strategische Bedeutung dieser Aufgabe wahr, indem sie an demselben Tag im Oktober 2003 zwei wichtige Beschlüsse traf: „Beschluss über die Gründung eines Ausschusses für die Abfassung eines Glossars für die amtlichen Übersetzungen von EU-Akten, bzw. von kroatischen Gesetzen in die EU-Amtssprachen“ und „Beschluss, durch welchen das Übersetzungsamt zur Abfertigung der amtlichen Übersetzungen von den kroatischen Gesetzen in die jeweiligen Fremdsprachen und der amtlichen Übersetzungen des gemeinschaftlichen Besitzstandes ins Kroatische ermächtigt wurde“²³. In einem späteren Vortrag nahm Miljenka Prohaska, Chefin der Abteilung für das Übersetzen des Acquis, Stellung zum zweiten Beschluss und äußerte die Hoffnung, er würde eventuell zur Standardisierung der kroatischen Sprache, insbesondere der Rechts- und Wirtschaftssprache beitragen²⁴. Für den Erfolg des kroatischen Normungsprogramms war jedoch der erste Beschluss entscheidend gewesen, der aber leider nie in die Tat umgesetzt wurde.

Gemäß dem ersten Beschluss wurden folgende Mitglieder des künftigen

20 Vlada RH: Plan provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između RH i Europskih zajednica i njihovih država članica od veljača 2003, str. 2. [www.mvpei.hr/ei/download/2003/03/03/PPSSP_azurirani_\(21-02-03\)_zadnji.pdf](http://www.mvpei.hr/ei/download/2003/03/03/PPSSP_azurirani_(21-02-03)_zadnji.pdf).

21 Siehe Anm. 10. oben.

22 Bratanić, M., **Leksikografski priručnici za prevodenje pravne stečevine EU-a (mogući putovi prema standardizaciji hrvatskoga nazivlja)**, Prevoditelj, Nr. 80-81/2004, str. 2.

23 Beschlüsse der Regierung der Republik Kroatien vom 16. Oktober 2003, Amtsblatt der RK Nr. 167/03.

24 Prohaska-Kragović, M., **Prevodenje pravne stečevine EU i hrvatskog zakonodavstva**, Prevoditelj, Nr. 80-81/2004, S. 4.

Ausschusses ernannt: je ein Vertreter aus dem Justizministerium, dem Institut für kroatische Sprache und Linguistik, dem Staatsamt für Normung und Messung, dem Übersetzungsamt, der Kroatischen Informations- und Dokumentationsreferenzagentur, dem Lexikographischen Institut „Miroslav Krleža“, dem Lehrstuhl für die kroatische Sprache an der Philosophischen Fakultät in Zagreb. Außerdem wurden noch drei Linguisten als Fremdsprachenexperten, ein Jurist, ein Volkswirtschaftler und drei Lektoren für die kroatische Sprache zu Ausschussmitgliedern ernannt. Das Institut für kroatische Sprache und Linguistik in Zagreb wurde gemäß dem Beschluss damit beauftragt, die Arbeit des Ausschusses zu koordinieren und ein Glossar der EU-Begriffe abzufassen

Drei Jahre nach der Beschlusserlassung wies die Institutsleiterin Dunja Brozović-Rončević auf praktische Schwierigkeiten hin, die die Verwirklichung der Terminologienormungsaufgabe unmöglich gemacht hatten. Ihrer Meinung nach sei der Hauptgrund für den Misserfolg die Ineffizienz des von der kroatischen Regierung ernannten Expertenausschusses, dessen Arbeit das Institut hätte koordinieren sollen²⁵. Wahrscheinlich fand keine einzige Sitzung statt, was zur Folge hatte, dass die Arbeit an dem im Beschluss vorgesehenen *Glossar für die amtlichen Übersetzungen von EU-Rechtsakten* niemals in Gang gebracht wurde. Deshalb ist unserer Ansicht nach das Scheitern des ersten Beschlusses als die Hauptursache für die jetzige Unordnung bei den kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe anzusehen. Derselbe Beschluss hatte auch allen Staatsbehörden dazu verpflichtet, die Terminologie in den Übersetzungen von EU-Rechtsvorschriften ins Kroatische, bzw. in den Übersetzungen von kroatischen Gesetzen ins Englische, mit der Terminologie im Glossar in Einklang zu bringen. Das Gleiche gilt auch für alle Übersetzungen des damaligen Übersetzungsamtes.

4. Die Erfahrungen einiger ehemaliger Beitrittsländer

Da die ehemaligen Beitrittsländer der vorletzten Erweiterungswelle von 2004 vor ähnliche terminologische Herausforderungen gestellt waren, beziehen wir uns in dieser Arbeit auf die Erfahrungen Lettlands, Ungarns und Tschechiens. Unserer Meinung nach kann Kroatien trotz der Verspätung noch aus den wertvollen Erfahrungen der Vorgänger lernen. Obwohl es sich bei den zuständigen Übersetzungsdiensten um unterschiedliche Profile handelt, beschäftigte jeder von ihnen einen oder mehrere Terminologen, die bei der Lösung von terminologischen Fragen wie auch bei der Erstellung einer terminologischen Zentraldatenbank und bei der Durchführung des einschlägigen Normungsprogramms tätig waren²⁶. Trotzdem setzte lediglich

25 Sitzungsprotokoll des Normungsausschusses für die kroatische Standardsprache vom 21.12.2006.

26 Sandrini betont die wichtige Rolle der Terminologiearbeit bei der Übersetzung, siehe Sandrini P., *Terminologiearbeit im Recht. Deskriptiver begriffsorientierter Ansatz vom Standpunkt des Übersetzers*, IITF Series, Nr. 8, Wien, International Network for Terminology (TermNet), 1996, S. 220.

der lettische Übersetzungsdienst von Anfang an, d.h. ab 1997, Methoden des systematischen Terminologiemanagements ein.

Das Lettische Zentrum für Übersetzen und Terminologie entwickelte einen speziellen Übersetzungsprozess, bei dem der interne Terminologie mit den externen Übersetzern, Redakteuren und Sachexperten auf einzelnen Fachgebieten eng zusammenarbeitete. Auf die Weise ist es dem Lettischen Zentrum gelungen, die Einheitlichkeit der neuen lettischen Terminologie im ganzen Übersetzungsprozess sicherzustellen²⁷. Ferner ist zu betonen, dass das Zentrum mit der Arbeit an der terminologischen Zentraldatenbank bereits 1998 begonnen hat, also sechs Jahre vor dem Beitritt Lettlands zur EU. Um die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Einträge zu gewährleisten, wurden nur die vom Terminologieausschuss der Lettischen Akademie der Wissenschaften genehmigten Termini sowie die Termini aus der lettischen Gesetzgebung oder aus der Praxis einzelner Fachgebiete in die Datenbank aufgenommen²⁸. Der Terminologieausschuss der Lettischen Akademie der Wissenschaften, der heute als die höchste Autorität für die Entwicklung lettischer Terminologie anerkannt ist, besteht aus Unterausschüssen und Arbeitsgruppen für spezifische Sektoren, wie z.B. Recht, Landwirtschaft, Chemie, Militär.

In Tschechien begann der Übersetzungsprozess zwar früher, jedoch verlief er zuerst auf einer Ad-hoc Basis, was zu einem uneinheitlichen Gebrauch der neuen tschechischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe führte²⁹. Das dortige Zentrum für Koordination und Revidierung wurde 1998 im Rahmen des Justizministeriums gegründet und später ins zentrale Regierungsbüro umgesiedelt. Am Anfang wurden dem Zentrum zwei Hauptaufgaben anvertraut: erstens alle Übersetzungen der EU-Rechtsvorschriften von verschiedenen Abteilungen, Instituten und anderen Organisationen zu sammeln und in einer Zentraldatenbank zu speichern; und zweitens eine geeignete Übersetzungs- und Revidierungsmethodologie auf Grund des Terminologiemanagements zu entwickeln³⁰. Da externe Mitarbeiter mit der Übersetzung beauftragt wurden, bestand die Hauptaufgabe des Zentrums in der sprachlichen und juristischen Revidierung, die in folgender Vorgehensweise verlief: 1) gründliche Überprüfung der Genauigkeit und treuen Wiedergabe des englischen,

27 Lejasiasaka, I., *Development and Use of Uniform Latvian Terminology at the Translation and Terminology Centre*, Terminologie et traduction, Nr. 2/2001, S. 121.

28 Ibid., S. 123.

29 Obrová, P. & Pelka, J., *Translation of EC Law into Czech*, Terminologie et traduction, Nr. 2/2001, S. 97-99.

30 Ibid., S. 101.

französischen oder deutschen Ausgangstextes³¹, 2) detaillierte Überprüfung der tschechischen Sprache in Bezug auf den Sprachpurismus, die Terminologie und die Einhaltung der vorgeschriebenen Formerfordernisse, 3) Schlussrevidierung und Genehmigung der Terminologie durch den zuständigen Abteilungsadministrator. Das tschechische Zentrum hatte 2001 insgesamt 26 Angestellte, darunter 21 Redakteure, die alle eine Schulung in Brüssel und Maastricht erhalten hatten³².

Das ungarische Übersetzungs- und Koordinationsamt wurde 1997 beim Justizministerium gegründet, was eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Amt und den Juristen, die für die Harmonisierung der ungarischen Gesetze mit den EU-Rechtsvorschriften zuständig waren, ermöglichte. Demzufolge war es für das Amt wesentlich einfacher, die Terminologiarbeit zu zentralisieren und die Normung der neuen ungarischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe zustande zu bringen³³. Wie im tschechischen Amt wurden den Terminologen und Juristen die Hauptaufgaben anvertraut, sodass der Schwerpunkt auf die Terminologiarbeit sowie auf die juristische Schlussrevidierung gelegt wurde, während externe Übersetzungsbüros für die Übersetzung und die sprachliche und technische Redaktion zuständig waren. Problematische Termini wurden stets an die Terminologen weitergeleitet, die dann die notwendige Dokumentation und Gutachten verschiedener Fachexperten sammelten. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe, die von den Ministerien, Behörden, Universitäten und der Ungarischen Akademie der Wissenschaften vorgeschlagen wurden, diskutierten über die problematischen Termini, die Entscheidungen wurden aber von den internen juristischen Sprachexperten durch Konsensus getroffen. Der Terminologieausschuss, der später als höchstes Forum für terminologische Fragen tätig war, wurde im Juni 2000 gegründet, also vier Jahre vor dem Beitritt Ungarns zur EU. Alle externen Übersetzer und Redakteure waren zum Gebrauch der in der

31 Das tschechische Zentrum setzte sich für ein mehrsprachiges Verfahren beim Übersetzen des Acquis ein. Die Übersetzer erhielten den Ausgangstext stets auf Englisch, Französisch und Deutsch, aber sie konnten den Text auf Grund eines oder mehrerer Ausgangstexte übersetzen. Andererseits mussten die internen Redakteure alle drei Ausgangstexte in Rücksicht nehmen bei der Überprüfung der Qualität und Genauigkeit jeder Übersetzung, wobei sie auf den Sprachpurismen, die Terminologie und die Einhaltung der vorgeschriebenen Formerfordernisse zu achten hatten. Im Fall von Mängeln oder Fehlern war der Übersetzer zur Korrektur der Übersetzung verpflichtet. Was ihre Sprachqualifikationen betrifft, hatte jeder Redakteur eine der drei Arbeitssprachen auf der A Ebene, die zweite auf der B und die dritte Sprache auf der C Ebene (näheres darüber in Obrová & Pelka, op. cit., S. 105). Die sprachliche und juristische Schlussrevidierung von den Übersetzungen des Acquis in Brüssel erfolgt auch durch ein mehrsprachiges Verfahren, in dem ein Jurist aus dem Juristischen Dienst die in seiner Muttersprache abgefassten Übersetzungen mit den Ausgangstexten in mehreren EU-Amtssprachen vergleicht. Über das mehrsprachige Revidierungsverfahren, das bei der Übersetzung des EWG-Vertrags ins Englische angewendet wurde, siehe Akehurst, M., *Preparing the Authentic English Text of the EEC Treaty*, in Wortley, B.A. (Hrsg.) *An Introduction to the Law of the European Economic Community*, Manchester, Manchester University Press, 1973, S. 20-31.

32 Obrová & Pelka, op. cit., S.103-115.

33 Sommich, R. & Varga, K., *Consistency and Terminology in the Translation of Community Legislation in Hungary*, *Terminologie et traduction*, Nr. 2/2001, S. 59-61.

terminologischen Datenbank des Justizministeriums gespeicherten Terminologie, die allen Beteiligten zu jeder Zeit zugänglich war, verpflichtet³⁴.

5. Wie schafft man Ordnung in der Unordnung in Kroatien?

In Kroatien ist es nun zu einer kritischen Phase im Übersetzungsprozess gekommen: die meisten EU-Rechtsakte sind schon übersetzt worden, aber das Problem der uneinheitlichen Terminologie ist noch nicht gelöst. Da die sprachliche und juristische Revidierung immer noch im Gange ist, schlagen wir konkrete Maßnahmen des systematischen Terminologiemanagements vor, die dringend durchgeführt werden sollten, damit eine einheitliche kroatische Terminologie allen Beteiligten im Laufe des Revidierungsverfahrens zugänglich gemacht werden kann. Wie die Kollegen aus Tschechien bestätigt haben, ist die Terminologienormung für den Erfolg der Schlussrevidierung **unerlässlich**³⁵. Daraus lässt sich schließen, dass das gescheiterte Normungsprogramm in Kroatien sofort wieder auf die Beine gestellt werden müsste. In Verbindung damit sollte die Terminologiearbeit an der Bildung neuer kroatischer Benennungen für EU-Rechtsbegriffe endlich zentralisiert und eine terminologische Zentraldatenbank für die gesamte kroatische EU-Terminologie erstellt werden³⁶.

Bei den untersuchten Beitrittsländern haben wir gesehen, dass diese Aufgaben den jeweiligen Übersetzungsdiensten anvertraut waren. Deswegen stellt sich für uns die Frage, ob der kroatische Selbstständige Übersetzungsdienst imstande wäre, die vorgeschlagenen Maßnahmen durchzuführen. Das erste Problem ist ein Mangel an Personal. Zur Zeit verfügt der Übersetzungsdienst über eine bescheidene Zahl von 23 Angestellten: 15 in der Abteilung für das Übersetzen des Acquis (einschließlich einer Juristin), sechs in der Abteilung für das Übersetzen der kroatischen Gesetzgebung, die Leiterin und eine Sekretärin. Hinzu kommt, dass der gesamte Übersetzungsdienst unter steigendem Druck steht, die Revidierung der kroatischen Übersetzungen der EU-Rechtsvorschriften zu beschleunigen und die Übersetzungen von kroatischen Gesetzen und Gesetzesänderungen zwecks der Beitrittsverhandlungen rechtzeitig bereitzustellen. Was das Profil der Angestellten betrifft, hat der kroatische Übersetzungsdienst, im Gegensatz zu den Übersetzungsdiensten der untersuchten Beitrittsländer, keinen einzigen Terminologen angestellt. Es gibt nämlich immer noch keine Ausbildung für Terminologen und sogar keine Terminologiekurse für Linguisten (auch nicht für Übersetzer) an den kroatischen Universitäten³⁷. Trotz des Mangels an einem ausgebildeten Terminologen begann der Selbstständige

34 Ibid., S. 65-73.

35 Obrová & Pelka, op. cit., S.105.

36 Zur Rolle einer begriffsorientierten Terminologiedatenbank bei der Übersetzung siehe Sandrini, P., op. cit., S. 225.

37 Zur Ausbildung in Terminologie und terminologischer Lexikographie an ausländischen Universitäten siehe Picht, H. & Schmitz, K.D., *Terminologie und Wissensordnung*, Wien, TermNet Publisher, 2001, S. 375-378.

Übersetzungsdienst im Oktober 2006 mit den Grundarbeiten zur Erstellung einer terminologischen Datenbank, was allerdings im Vergleich zu Lettland, Ungarn und Tschechien als relativ spät anzusehen ist. Heute ist der zweisprachige „Euroterm“ (kroatisch/englisch) zwar in technischen Maßstäben mit IATE, der terminologischen Datenbank der EU, kompatibel, jedoch bestehen ernsthafte Mängel in Bezug sowohl auf die Qualität als auch auf die Quantität der darin gespeicherten Terminologie. Seitdem „Euroterm“ während zwei in Kroatien im Herbst 2008 abgehaltenen Konferenzen zum Gegenstand positiv gemeinter Kritik gemacht worden ist, ist der Online-Service der Öffentlichkeit nicht mehr zugänglich³⁸.

Obwohl die Arbeiten an „Euroterm“ offensichtlich eingestellt worden sind, vertreten wir den Standpunkt, dass er jedoch als Grundlage für eine zukünftige terminologische Zentraldatenbank für europäische Begriffe dienen könnte. Es sei denn, eine allumfassende und zuverlässige terminologische Zentraldatenbank ist für den Erfolg der vorstehenden Schlussrevidierung der Übersetzungen des Acquis unerlässlich, wie auch für die Zukunft der kroatischen Sprache auf allen Gebieten der europäischen Integration. Um ein solches interdisziplinäres Projekt in die Tat umzusetzen, benötigt der Selbstständige Übersetzungsdienst qualifizierte Arbeitskräfte, vor allem Terminologen und IT-Experten wie auch die Unterstützung externer Mitarbeiter (Linguisten, Juristen, Volkswirtschaftler und anderer Fachexperten) an den Universitäten, Fachhochschulen und anderen Instituten. Als weitere Voraussetzung müsste eine langfristige Zusammenarbeit zwischen dem Übersetzungsdienst und allen Ministerien, Instituten, Büros und Agenturen, die sich mit terminologischen Fragen im Bereich der europäischen Integration befassen, hergestellt werden. In diesem Zusammenhang verweisen wir noch auf das Beispiel der Übersetzungsabteilung der Regierung der Republik Slowenien für die Europäischen Gemeinschaften, die sehr früh die Terminologieausbildung einer angestellten Linguistin unterstützt und einen IT-Experten aus dem Regierungszentrum für Informatik engagiert hatte. Die slowenische terminologische Datenbank „Evroterm“ ist ein Teil der Zentraldatenbank der Regierung der Republik Slowenien (<http://gov.si/evroterm/index.php?jezik=angl>)³⁹.

Als erster Schritt zur Zentralisierung der Terminologie in Kroatien sollte die Informationsverbreitung institutionalisiert und eine entsprechende

38 Die internationale Konferenz „Curriculum, Language and the Law“, die im Rahmen des Tempus Programms „Foreign Languages in the Field of Law“ durch Lelija Sočanac, Susan Šarčević, Ludger Kremer und Peter Sandrini organisiert worden ist, fand vom 18. bis 20. September 2008 in Dubrovnik statt. Siehe die Kritik an den kroatischen „Euroterm“ in Bratanić, M., Ilijevski V. & Ostroški Anić, A. op. cit., S. 239-256. Die zweite Konferenz, die der Terminologiarbeit in Kroatien gewidmet war, hat Maja Bratanić im Rahmen ihres Forschungsprojekts „Kroatische Benennungen für europäische Begriffe: terminologische und terminographische Aspekte“ organisiert. Die vorliegende Arbeit ist eine abgeänderte Fassung des Konferenzvortrags, der von Susan Šarčević am 6. Dezember 2008 in kroatischer Sprache abgehalten wurde.

39 Siehe Krstić Sedej, A., Slovenska terminologija prevodov pravnih aktov Evropskih skupnosti, in Humar, M. (Hrsg.) *Terminologija v času globalizacije / Terminology at the Time of Globalization*, Ljubljana, ZRC SAZU, 2004, S. 159.

Kommunikationsvernetzung angelegt werden, um die Konsolidierung der neuen kroatischen Benennungen in den amtlichen EU-Übersetzungen mit der in allen Ministerien, Instituten, Agenturen und anderen Behörden gebrauchten Terminologie ermöglichen zu können. Zu der in die Zentraldatenbank aufzunehmenden Terminologie gehören an erster Stelle die neuen kroatischen Termini, die im Laufe des Harmonisierungsprozesses in den neu angepassten Gesetzen und Gesetzesänderungen angenommen worden sind. Mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt erlangen die darin enthaltenen Termini „Gesetzeskraft“ und sind damit für alle Benutzer, einschließlich aller Übersetzer und Redakteure der EU-Rechtsvorschriften auf Kroatisch verbindlich. Auf diese Weise spielt der kroatische Gesetzgeber eine entscheidende Rolle bei der Normung der kroatischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe⁴⁰. Außerdem sind die neuen kroatischen Termini für europäische Begriffe, die in der Praxis einzelner Fachgebiete angenommen worden sind, ebenfalls in die terminologische Zentraldatenbank einzutragen. Diesbezüglich könnten die vom Kroatischen Normungsamt herausgegebenen technischen Wörterbücher und Glossare, die noch nicht im Internet zugänglich sind, von großer Hilfe sein⁴¹.

Zur Lösung der wichtigsten terminologischen Probleme ist die Ernennung eines neuen interdisziplinären Expertenausschusses erforderlich, der nicht nur für die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der neuen kroatischen Termini zu sorgen hätte, sondern sie auch für verbindlich erklären würde. Auf Grund des Sprachreinigungsprozesses, der seit der Unabhängigkeit Kroatiens im Lande stattfindet, fällt es den Kroatischen manchmal schwer, sich über eine geeignete Lösung für neue kroatische Benennungen zu einigen. Trotzdem darf man bei der Bildung von Fachausdrücken sich nicht nur auf sprachliche Kriterien verlassen, denn nur Fachexperten mit den erforderlichen Fachkenntnissen können zuverlässige Fachtermini auf einzelnen Fachgebieten schaffen⁴². Das gilt auch für das im Februar 2005 gegründete Regierungsredaktionsbüro, dessen Aufgabe darin besteht, die Gesetzesentwürfe sowie die verabschiedeten Gesetzestexte und andere Vorschriften im Hinblick auf die Rechtschreibung, Grammatik und Lexik der kroatischen Standardsprache zu redigieren⁴³. Offensichtlich hat das Redaktionsbüro keinen einzigen Juristen aus dem Gesetzgebungsbüro konsultiert, als es kurz nach seiner Gründung den Terminus *bankarska garancija* (Bankgarantie) im Obligationengesetz auf eigene Faust durch den Terminus *bankarsko jamstvo* (Bankbürgschaft) ersetzte, ohne zu wissen, dass

40 Ausführlich darüber siehe Šarčević, S. & Čikara, E., *European vs. National Terminology in Croatian Legislation Transposing EU Directives*, in Šarčević, S. (Hrsg.) *Legal Language Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Zagreb, Globus, 2009, S. 199-208.

41 Siehe die Liste im Anzeigenblatt für normative Unterlagen, abrufbar unter <http://www.hzn.hr>.

42 Wright, S.E., *Terminology Standardization Management Strategies*, in Wright, S.E. & Budin, G. (Hrsg.) *Handbook of Terminology Management* (Bd.1), Amsterdam, Benjamins, 1997, S. 198.

43 Verordnung vom 17 Februar 2005 über die Gründung des Regierungsredaktionsbüros, Amtsblatt der RK 26/05.

es sich um zwei verschiedene Begriffe handelt⁴⁴. Dieser grobe Fehler musste von Amtswegen durch das Änderungsgesetz zum Obligationengesetz von 2008⁴⁵ behoben werden. An diesem Beispiel kommt die Wichtigkeit einer engen Zusammenarbeit zwischen Linguisten, Juristen, Volkswirtschaftlern und anderen Fachexperten für die erfolgreiche Normung neuer kroatischer Benennungen deutlich zum Ausdruck.

Bei der Organisation der Schlussrevidierung sollte man darauf achten, dass nur hoch qualifizierte Kroatisten und Juristen engagiert werden. Jedenfalls wäre es sehr wichtig, eine Sonderausbildung zur EU-Gesetzestechnik für sie zu organisieren. Dies ist umso wichtiger angesichts der großen Zahl von externen Mitarbeitern, die die meisten Übersetzungen der EU-Rechtsvorschriften gemacht haben, ohne jegliche Sonderausbildung dafür gehabt zu haben. Wie oben erwähnt, haben das tschechische und das ungarische Übersetzungsamt die Wichtigkeit des Revidierungsprozesses rechtzeitig erkannt und sich entschlossen, die Revidierung durch ein interdisziplinäres Team von internen Angestellten machen zu lassen, damit sie die Schlussrevidierung koordinieren und streng kontrollieren konnten. Der kroatische Übersetzungsdienst hat interne Experten weder für die sprachliche noch für die juristische Revidierung, obwohl eine Juristin nun in der Abteilung für das Übersetzen des Acquis angestellt ist. Aus diesem Grund sollte man ein externes Redaktionsteam von Kroatisten und Juristen möglichst bald zusammensetzen und eine entsprechende Schulung für sie organisieren. So könnte man z.B. Workshops für Juristen im Rahmen unseres Forschungsprojekts⁴⁶ an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rijeka in Zusammenarbeit mit dem zuständigen Juristischen Dienst des Rates der EU organisieren.

6. Aufruf zur Zusammenarbeit

In Zusammenhang mit der Analyse der Terminologiearbeit und des Übersetzens des Acquis in Kroatien sollte erwähnt werden, dass im Unterschied zu den ehemaligen Beitrittsländern der Erweiterungswellen von 2004 und 2007 Kroatien bis jetzt kaum oder nur wenig Unterstützung von TAIEX⁴⁷ erhalten hat. Beispielsweise erhielten die ehemaligen Beitrittsländer Unterstützung von TAIEX bei der Gründung ihrer Übersetzungsämter und bei der Organisation von Seminaren für die Schulung der Angestellten der einzelnen Ämter. Außerdem bekamen sie Computer und Softw

44 Über die Kriterien zur Wahl zwischen einem Internationalismus und einem kroatischen Termin bei der Bildung kroatischer Benennungen für EU-Rechtsbegriffe siehe Šarčević, S., *Creating EU Legal Terms: Internationalisms vs. Localisms*, in Humar, M. (Hrsg.), *Terminologija v času globalizacije / Terminology at the Time of Globalization*, Ljubljana, ZRC SAZU, 2004, S.132-137.

45 Amtsblatt der RK Nr. 41/08.

46 Siehe oben, S. 2, Anm. 2.

47 Das Instrument für Informationsaustausch und technische Hilfe der Europäischen Kommission (TAIEX) ist eine Abteilung der Generaldirektion für Erweiterung bei der Europäischen Kommission, die den Beitrittsländern technische Unterstützung leistet.

areübersetzungsprogramme geschenkt und erhalten Ratschläge bei der Lösung terminologischer Probleme⁴⁸. Infolge der Abschaffung derartiger Unterstützung durch TAIEX ist der Selbstständige Übersetzungsdienst völlig auf sich selbst gestellt. Wie zu erwarten ist, verfügt der Übersetzungsdienst über nur geringe finanzielle Mittel.

Angesichts der Wichtigkeit der oben geschilderten Probleme im Bereich der Terminologiearbeit plädieren wir für dringendes Handeln und rufen alle interessierten Linguisten, Juristen, Volkswirtschaftler und andere Fachexperten zur Zusammenarbeit auf. Am Tag des Beitritts Kroatiens zur EU werden die kroatischen Übersetzungen des Acquis Gesetzeskraft erlangen. Deswegen sollten die vorgeschlagenen Maßnahmen des systematischen Terminologiemanagements für die Normung der Terminologie sofort eingesetzt werden, um den einheitlichen Gebrauch der neuen kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe im gängigen Revidierungsverfahren ermöglichen zu können. Nur durch eine gründliche Schlussrevidierung aller Übersetzungen auf Grund einer genormten Terminologie, die allen Beteiligten in einer terminologischen Zentraldatenbank zugänglich ist, kann der einheitliche Gebrauch der neuen kroatischen Terminologie in allen Übersetzungen sichergestellt werden. Andernfalls wird die terminologische Inkohärenz weitgehende Folgen für die zukünftige Rechtsprechung in Kroatien haben, weil die Texte nach deren Veröffentlichung im Amtsblatt der EG nicht mehr geändert werden können. Das heißt also, dass die darin gebrauchte Terminologie sozusagen „versteinert“ und infolgedessen unverändert in den aktiven Wortschatz der kroatischen Sprache aufgenommen wird.

48 Ausführliche darüber siehe Gozzi, P., *Translation of the acquis communautaire: Recent Experiences in Countries Preparing for Membership*, in Šarčević, S. (Hrsg.) *Legal Translation – Preparation for Accession to the European Union*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001, S. 27.

Summary

THE NEED TO CREATE A UNIFORM CROATIAN TERMINOLOGY FOR EU LEGAL CONCEPTS

The main objective of the Government of the Republic of Croatia is to accede to the European Union as soon as possible. However, the need to create a uniform Croatian terminology for EU legal concepts has been sorely neglected, although the use of uniform terminology is a *conditio sine qua non* for the legal reliability of the Croatian translations of the Community *acquis*. In light of the great importance of this problem for the accession process and for the future of the Croatian legal language in general, the present article opens the discussion on concrete measures which need to be implemented immediately in order to create order in the immense disorder in terminology work in Croatia. Drawing on the experiences of the former candidate countries Latvia, the Czech Republic and Hungary, the authors propose measures of systematic terminology management, such as the centralization of terminology work, the formation of a new interdisciplinary terminology committee and the creation of a central terminological database, with the ultimate goal of standardizing Croatian terms for EU legal concepts. Urgent and efficient action is necessary to ensure the success of the linguistic and legal revision of all Croatian translations of the *acquis*.

Key words: *standardization of terminology, Croatian terms for EU legal concepts, translation of the Community acquis, systematic terminology management.*

Zusammenfassung

Das größte Anliegen der Regierung der Republik Kroatien ist es, der EU so bald wie möglich beizutreten. Dennoch wird viel zu wenig Sorge für die Erarbeitung einer einheitlichen kroatischen Terminologie für EU-Rechtsbegriffe getragen, obwohl sie als Voraussetzung für die Rechtssicherheit der kroatischen Übersetzungen des Gemeinschaftlichen Besitzstandes (des Acquis) gilt. Angesichts der erheblichen Bedeutung dieses Problems für den Beitrittsprozess, wie auch für die zukünftige kroatische Rechtssprache überhaupt, eröffnet die vorliegende Arbeit eine Diskussion über konkrete Maßnahmen, die sofort getroffen werden sollten, um Ordnung in der großen Unordnung auf dem Gebiet der Terminologearbeit zu schaffen. In Erwägung der von den ehemaligen Beitrittsländern Lettland, Tschechien und Ungarn gemachten Erfahrungen schlagen die Autorinnen Maßnahmen des systematischen Terminologiemanagements, vor wie z.B. die Zentralisierung der Terminologearbeit, die Ernennung eines neuen interdisziplinären Terminologieausschusses sowie die Erstellung einer terminologischen Zentraldatenbank mit dem Ziel der Normung von kroatischen Benennungen für EU-Rechtsbegriffe. Dringendes und wirksames Handeln ist zur erfolgreichen Durchführung der sprachlichen und juristischen Revidierung aller kroatischen Übersetzungen des Acquis erforderlich.

Schlüsselwörter: *Terminologienormung, kroatische Benennungen für EU-Rechtsbegriffe, Übersetzen des Gemeinschaftlichen Besitzstandes, systematisches Terminologiemanagement.*

PER LIBERAM PERSONAM POSSESSIO ADQUIRITUR

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

UDK: 347.232.4::34(37)
Ur.: 23. veljače 2009.
Pr.: 8. rujna 2009.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Premda je u rimskom pravu vrijedilo načelo prema kojem je bilo zabranjeno stjecanje putem slobodnih osoba: per extraneam personam nobis adquiri non posse, ta je zabrana zbog zahtjeva pravnog prometa ublažena u oblasti stjecanja posjeda i vlasništva. Rimsko je pravo upravo kod stjecanja posjeda počelo odstupati od stava o nemogućnosti neposrednog zastupanja, vjerojatno zbog toga što se kod posjeda ne radi o pravu nego o faktičnom odnosu. Već je u klasičnom razdoblju dopušteno stjecanje posjeda putem prokuratora kao stalnim upraviteljem imovine. Procurator omnium bonorum stječe posjed za gospodara utilitatis causa. Neracije, istaknuti predstavnik Prokulijanske škole, bio je prvi pravnik po čijem je mišljenju bilo dopušteno stjecanje posjeda putem prokuratora. Gajeve Institucije pokazuju da Neracijevo mišljenje nije bilo općeprihvaćeno u klasičnom razdoblju budući da su pristaše Sabinijanske škole bili protiv mogućnosti stjecanja posjeda per liberam personam. Septimije i Karakala su konstitucijom C.7.32.1 omogućili po prvi put neograničeno stjecanje posjeda per procuratorem, što je nedvojbeno dopušteno tek u Paulovim Sentencijama. Dioklecijanove konstitucije ponavljaju klasično stanje. Tek je približavanje instituta mandata i prokure omogućilo Justinijanovim kompilatorima dopustiti stjecanje posjeda za drugoga putem svake slobodne osobe i to, kako u slučaju da je zastupani bio upoznat s time, tako i u slučaju kada je on kod stjecanja posjeda nastupao kao ignorans, uz pozivanje na utilitatis causa.

Ključne riječi: rimsko pravo, posjed, stjecanje posjeda, slobodna osoba, prokurator.

I. Uvod

Stjecanje posjeda posredstvom zastupnika iznimno je važno pitanje u rimskom pravu, posebice kada se ima u vidu jedno od temeljnih načela rimskog prava *per extraneam personam nihil adquiri potest*.¹ Cilj je rada analizirati razvitak pravnog shvaćanja stjecanja posjeda putem *liberae personae*, prvenstveno putem prokuratora,² počev od republikanskog razdoblja pa sve do konačnog rješenja tog

1 Gajeve Institucije (u daljnjem tekstu G.)2.95; 3.103; 4.153; Paulove Sentencije (u daljnjem tekstu P.S.)5.2.2; D.45.1.126.2; C.4.27.1, I.2.9.5; Theoph.2.9.5; D.44.7.11; D.45.1.38.17; D.50.17.73.4; I.3.19.4; 3.19.19.

2 Osnovni izvori i literatura o stjecanju posjeda putem prokuratora: G.2.95; P.S.5.2.2; D.41.3.41; D.41.1.13pr.; D.41.2.1.20; C.7.32.8; C.7.32.1; C.4.27.1; D.41.2.34.1; D.41.2.49.2; D.41.3.47; I.2.9.5; Theoph.2.9.5; D.47.2.14.17; D.41.2.42.1; D.43.26.6.1. Schloßmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht*, Leipzig 1881; Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, St. Schupfer I (1898), 3 (= *Scritti giuridici varii III*, Torino 1926, 250); Last, *Fragen der Besitzlehre*, Jher. Jahrb. 62 (1913), 53; Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, ND 1962, 11, 52; Meylan, *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*, FS Hans Lewald, Basel 1953, 105; Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile I*, Milano/Napoli 1913, 184; Albertario, *Procurator unius rei*, u: *Studi dell'Ist. giur. dell'Università di Pavia* 6 (1921), 87 (= *Studi di diritto romano III*, Milano 1936, 497; isti, *Ancora del „verus“ e „falsus procurator“*, SDHI 2 (1936), 167 (= *Studi di diritto romano VI*, Milano 1953, 447.); Donatuti, *Studi sul procurator. II, Verus et falsus procurator*, AUPE 33 (1921), 673; isti, *Studi sul procurator. II, Dell'obbligo di dare la „cautio ratam rem dominum habiturum“*, AG 89 (1923), 190; Angelini, *Il „procurator“*, Milano 1971; Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950; isti, *Sul „procurator“* (a proposito del volume di Piero Angelini), SDHI 37 (1971), 307; Le Bras, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au IIIe siècle*, Paris 1922; Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962; isti, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956; Morelli, *Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht*, Berlin/Leipzig 1935; Nicosia, *Studi sulla deiectio*, Milano 1965; Pugliese, *Il processo civile romano II: Il processo formulare I*, Milano 1963; Serrao, *Il procurator*, Milano 1947; Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I*, Napoli 1935; isti, *Scritti di diritto romano I*, Napoli 1955, *II Napoli 1957*, *III Napoli 1960*, *IV Napoli 1963*; isti, *La definizione del procuratore*, RIL 56 (1923), 141. (= *Scritti II*, 557.); isti, *Le facoltà del „procurator bonorum“ nel diritto romano-ellenico*, Aegyptus 5 (1924), 1 (= *Scritti II*, 579.); isti, *Ancora procuratori senza mandato*, RIL 57 (1924), 302 (= *Scritti II*, 609.); isti, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, Atti Napoli 58 (1937), 19 (= *Scritti III*, 601.); isti, *Il procurator ad litem*, Atti Napoli 62 (1949), 162; isti, C.8.15.1 e le facoltà del procurator omnium bonorum, SDHI 23 (1957), 297; isti, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, Atti Acc. Modena 3. 1 (1911), 33; Luzzatto, *Procedura civile romana II*, Bologna 1948, 274; Bretone, *„Adquisitio per procuratorem“?*, Labeo 1 (1955), 280; Levy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 122; Mecke, *Die Entwicklung des „procurator ad litem“*, SDHI 28 (1962), 100; Frese, *Procurator und negotiorum gestio im römischen Recht*, Mélanges Cornil I, Gent-Paris 1926, 327; isti, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, Studi Bonfante IV, Milano 1930, 399; isti, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, Studi Riccobono IV, Palermo 1936, 399; De Robertis, *„Invitus procurator“*, A. Bari 1 (1934), 188; Erdmann, *Ein römischer procurator omnium bonorum in Iudäa zur Zeit Christi?*, ZSS 64 (1944), 370; Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952; Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949; Weiss, *„Procurator ex testamento“*, Studi Arangio-Ruiz IV, Napoli 1953, 61; Watson, *Contract of Mandate in Roman*

pitanja u postklasičnom i Justinijanovom pravu. Prokurator³ se spominje po prvi put u Plautovim (250. – 184.) komedijama⁴ iz kojih se mogu izvesti podaci o počecima i podrijetlu tog instituta.⁵ Vjerojatno nije pretjerano pretpostaviti da je prokurator postojao već u 4. st. pr. K., te da je tim terminom označavana osoba koja se brine za poslove drugoga. Problem koji se tu postavlja je, djeluje li on samostalno ili po nalogu. Odgovor ovisi o činjenici, je li prokurator slobodna ili podčinjena osoba. Budući da je rob mogao stjecati za gospodara, prevladava mišljenje da je prokurator u početku bio *libertus* koji je u socijalnom aspektu još uvijek smatran članom obitelji gospodara koji ga je oslobodio,⁶ što je imalo za posljedicu da je u mnogim slučajevima

Law, Oxford 1961; isti, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965; isti, *Acquisition of possession per extraneam personam*, TR 29 (1961), 22; *Quadrato*, Dal procurator al mandatario, estr. A. Bari 19 (1963); isti, *Rappresentanza* (dir. rom.), ED. 38 (1987), 419; Milella, *Il libertus procurator*, A. Bari II (1966-67), 377; Thomas, A note on „falsus procurator“, Studi Grosso II, Torino 1968, 409; Michel, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, Études offertes à J. Macqueron, Aix-en-Provence, 1970, 515; Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973; Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 16; Paperi, *Considerazioni sull'origine del „procurator ad litem“*, Labeo 48 (2002) 1, 37; Klinck, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, Berlin 2004; isti, *Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts*, ZSS 124 (2007), 26.

3 D.3.3.1 (*Ulp. 9 ad ed.*): *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat.* (Prokurator je onaj koji obavlja tuđe poslove po nalogu gospodara posla.) D.3.3.1.1 (*Ulp. 9 ad ed.*): *Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur: sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.* (Prokurator može biti postavljen za sve poslove ili za samo jedan u prisustvu gospodara posla ili putem glasnika ili pismom premda neki, kao što Pomponije u 24. knjizi piše, ne prihvaćaju da je prokurator onaj koji je preuzeo nalog za samo jedan posao, kao što se prokuratorom ne može zvati ni onaj koji je prihvatio prenijeti stvar, pismo ili očitovanje. Ali je ipak prikladnije da je prokurator i onaj koji je postavljen za samo jedan posao.) *Cic., Pro Caecina: . . . is qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius . . .*

4 *Plautus, Curculio* 346, 420, 432, 547; isti, *Pseudolus*, 55, 647, 986.

5 Düll, *Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen Recht*, ZSS 67 (1950), 162. smatra da se iz Plautovih komedija može izvesti zaključak o postojanju neposrednog zastupanja, već u ranom republikanskom pravu pretpostavljajući da se materija tih djela odnosi na rimsko društvo i rimske običaje i moral. U Plautovom prokuratoru Düll, nav. dj., 165, 166. vidi neposrednog zastupnika. Suprotnog su mišljenja Mitteis, *Trapezitika*, ZSS 19 (1898), 200; Watson, *The law of obligations in the later Roman republic*, 46; isti, *Contract of mandate*, 11; Paoli, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962, 68; Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, *Nouvelles Etudes d'histoire du droit*, Paris 1902, 149; Pringsheim, *The Greek law of sale*, Weimar 1950, 415-416; Claus, nav. dj., 45-47. koji upozoravaju na dvojbenost korištenja nepravničkih vrela u analizi pravnih instituta, posebice kod Plauta koji je slijedio grčke uzore i grčko pravo i često pogrešno interpretirao rimsko pravo. Zbog toga se njegova djela ne mogu uzeti kao dokaz o postojanju neposrednog zastupanja u rimskom pravu niti da je prokurator neposredni zastupnik.

6 Servije Sulpicije u Paulovom tekstu D.34.2.4 (*54 ad ed.*) govori o stjecanju posjeda, odnosno vlasništva putem oslobođenika. *Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas et testamento uxori suae lanam purpuream legasset, pertinere ad eam, si quam purpuram*

radije uspoređivan i izjednačavan s robom nego sa slobodnim.⁷ Najvjerojatnije je da

vivo eo libertus emisset, Servius respondit. (Netko je poslao svog oslobođenika u Aziju da kupi purpurnu tkaninu i ostavio ju je oporukom svojoj ženi. Servije je odgovorio da purpur koji je kupljen za ostaviteljeva života, pripada njoj.) Patron je poslao svog oslobođenika u Aziju s nalogom da kupi purpurnu tkaninu koju je oporukom ostavio svojoj ženi (Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 196. i Astolfi, *Studi sull' oggetto dei legati in diritto romano II*, Padova 1969, 233. ističu da su purpur i njime obojena tkanina tipični primjeri za stvari koje su bile predmetom legata *id quod uxoris causa paratum emptumve est*. Suprotnog je mišljenja Watson, *Acquisition of ownership by „traditio“ to an „extraneus“*, SDHI 33 [1967], 190. koji smatra da Paulov tekst ne upućuje na to da je purpur bio predmetom legata.). Servije smatra da je *libertus* stekao pravo vlasništva za svog nalogodavca ako je taj još bio živ u vrijeme zaključenja kupoprodaje. Premda postoje sumnje da je tekst interpoliran (vidi: Watson, *Acquisition of ownership by „traditio“ to an „extraneus“*, 190; Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 195.), vidimo da je u razdoblju pred kraj Republike Servije bio sklon mišljenju da *patronus* može steći vlasništvo na stvari koju je kupio njegov oslobođenik premda nije bio upoznat sa svim pojedinostima kupnje. Pravnik očito u ovom slučaju nije poštivao zabranu da se ništa ne može steći putem slobodne osobe jer je vjerojatno oslobođenika zbog njegove još uvijek velike socijalne vezanosti za patrona smatrao članom obitelji, faktički ga uvrštavajući u krug podčinjenih osoba zbog čega može, kao i drugi podčinjeni, stjecati za gospodara. Oslobođenika u ovom slučaju ne možemo smatrati prokuratorom *omnium bonorum* jer je radio temeljem patronove specijalne upute. Budući da Servije u tekstu podrazumijeva stjecanje posjeda, postavlja se pitanje je li već u njegovo vrijeme (stoljeće i pol prije Neracija) bilo dopušteno stjecanje posjeda putem slobodnih osoba. Je li moguće da je Servije podrazumijevao da je stjecanje posjeda moguće *per libertum*? Vjerojatnije je, na što upozorava Watson, nav. dj., 191. da se radi o pojedinačnom rješenju koje ne daje temelja za uopćavanje, te da je patron stekao vlasništvo na stvari putem tradicije koju je treći izvršio oslobođeniku, bez istodobnog stjecanja posjeda. Oslobođenik nije stekao vlasništvo na stvari jer je platio patronovim novcem. Watson također ukazuje na činjenicu da je u zadnjem stoljeću Republike vladala puno veća otvorenost prema dopustivosti stjecanja posjeda putem slobodnih nego u razdoblju Principata i kasnije (posebice kada se ima u vidu koliko je klasično pravo otežavalo stjecanje posjeda *per procuratorem*). Claus, nav. dj., 130. smatra da je *libertus* bio gospodarev neposredni zastupnik razvijajući tezu da je već u Servijevo vrijeme bilo dopušteno neposredno zastupanje putem oslobođenika jer se oni nalaze u odnosu bliskom ropskom, te zaključuje da se iz zastupanja u stjecanju posjeda putem podčinjenih razvio generalno shvaćanje o dopuštenosti stjecanja posjeda putem prokuratora *omnium bonorum*. Ne bismo se mogli složiti s tim mišljenjem jer se navedeni tekst ipak ne može uzeti kao dokaz da je u razdoblju pred kraj Republike svaki *libertus* koji je nešto kupio patronovim novcem mogao za gospodara steći posjed i vlasništvo. Takvom bi se zaključku suprotstavljao i sam tekst, kao i cjelokupni kasniji razvitak koji će još jasnije pokazati koliko su se Rimljani pridržavali svojih strogih načela. Trebao je proći još dug put do priznanja prokuratora kao prvog posrednika koji je kao slobodna osoba, mogao nešto steći za gospodara, a to je posjed.

⁷ Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969; Watson, *Contract of mandate*, 6; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, 264. Postoje mišljenja da je podrijetlo prokureture u prijateljskoj usluzi koja se sastojala u brizi za imovinu odsutnog prijatelja jednakog društvenog položaja, o čemu govori Ciceron u *pro Caecina* 20, 57: *Is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius*. Vidi: Le Bras, nav. dj., 58; Watson, *The Law of obligations*, 193; Michel, nav. dj., 519. U zadnjem stoljeću Republike taj je prokurator jednako tretiran kao i prokurator – oslobođenik. Politički i gospodarski uspon Rima imao je za posljedicu da prijateljski krug više nije dovoljan zbog čega su prijatelji zamijenjeni sposobnim i povjerljivim oslobođenikima koji kao prokurator preovladaju u 2. stoljeću, o čemu govori već *lex agraria*, st. 66. iz 111. god. pr. K. Opširnije vidi: Claus, nav. dj., 51; Lambert, *Les operae liberti*. Contribution à l'histoire des

prokurator u Plautovo vrijeme još nije dobio zakonsko priznanje.⁸ S vremenom se prokurator emancipirao od obiteljskog okruženja, ali u socijalnom pogledu nikada nije postigao punu neovisnost. Temeljem jednostranog *tubere* postao je upravitelj dijela imovine ili cjelokupne imovine bogatih slojeva, što je dovelo do porasta njegovog ugleda. Justinijan je učinio prokuratora posebnim tipom *libera persona* sposobne za neposredno zastupanje u stjecanju posjeda. U Justinijanovom pravu prokurator stječe ovlast za zastupanje temeljem ugovora o nalogu koji ga veže uz gospodara. Ako nema mandata, onda se ne radi o pravom prokuratoru, što može postati bilo podjeljivanjem specijalnog mandata (*procurator unius rei*) bilo generalnim mandatom (*procurator omnium bonorum*). Radeći u ime gospodara, prokurator stječe stvar *a domino, ex iusta causa*, što će gospodaru omogućiti stjecanje vlasništva. Ovakva rješenja Justinijanovog prava ipak se bitno razlikuju od rješenja klasičnog prava. Na temelju manjkavog teksta Gajevih Institucija 2.95 dugo se smatralo da je već u 2. stoljeću bilo moguće neposredno stjecati posjed putem svake slobodne osobe. Ipak, puno je vjerojatnije da je u tom razdoblju stjecanje posjeda bilo moguće samo putem prokuratora. Već počev od Schloßmanna⁹ uvriježilo se mišljenje da je prokurator upravitelj, slobodna osoba kojoj su Rimljani povjeravali upravljanje imovinom, kada bi bili spriječeni osobno upravljati, zbog čega su smatrani njihovim zamjenicima. Prokurator Justinijanovog prava prvenstveno je mandatar, potpuno različit od klasičnog upravitelja. Na tu je činjenicu posebice ukazivao Bonfante¹⁰ ističući da je prokurator, koji zastupa gospodara prilikom stjecanja posjeda po definiciji u klasičnom pravu *procurator omnium bonorum*, a njegova ovlast na zastupanje postoji sama po sebi, neovisno o bilo kakvom mandatu, generalnom ili specijalnom.

Bitno je odgovoriti na pitanje, je li posjed stečen za gospodara animo suo i corpore alieno ili animo et corpore alieno. Ipak, brojni su tekstovi klasičnog podrijetla

droits de patronat, Paris 1934; Kaser, Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene, ZSS 58 (1938), 88; Duff, Freedmen in the early Roman Empire, Cambridge 1958; Watson, The Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford 1967; Eisenstadt/Roniger, Patrons, clients and friends: Interpersonal relations and the structure of trust in society, Cambridge 1984; Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, München 1934, 158; isti, History of Roman Legal Science, Oxford 1946, 9, 108; Visky, Le „operae“ dei liberti, Index I (1970), 221; isti, Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano, IURA 15 (1964), 25; isti, Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts, Budapest 1977, 54; Saller, Personal patronage under the early Empire, Cambridge 1982; De Robertis, I rapporti di lavoro, Bari 1946, 189; isti, Lavoro e lavoratori nel mondo romano, Bari 1963, Kierdorf, Freundschaft und Freundschaftskündigung von der Republik zum Prinzipat, u: Binder, „Saeculum Augustum“ I, Herrschaft und Gesellschaft, Darmstadt 1987, 223; Wallace/Hadrill (izd.), Patronage in ancient society, London/New York 1989; Rainer, Humanität und Arbeit im römischen Recht, ZSS 105 (1988), 745; Bretone, Geschichte des römischen Rechts, München 1992, 117; David, Le patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine, Roma 1992; Nörr, Mandatum, fides, amicitia, u: Nörr/Nishimura, Mandatum und Verwandtes, Berlin/Heidelberg/New York 1993, 13; Masi Doria, Inpudicitia, officium e operae libertorum, ZSS 110 (1993), 77; Bürge, Rechtsgeschäfte im römischen Alltag, u: Einblicke in die Antike, München 2006, 203.

8 Watson, The law of obligations, 197.

9 Schloßmann, nav. dj., 104.

10 Bonfante, Scritti III, 250.

koji govore o stjecanju posjeda putem prokuratora ne čineći ga izričito ovisnim o mandatu ili gospodarevoj ratifikaciji (D.41.2.1.20; D.41.2.34.1; D.41.3.41; D.41.3.47; D.47.2.14.17; C.7.32.8; I.2.9.5). Mitteis¹¹ je podrazumijevao takvu situaciju. Međutim, Lenel¹² je ukazao na vrlo važnu razliku koja se čini presudnom, u režimu kada je zastupanje putem prokuratora ograničeno na stjecanje posjeda. Izvori prave razliku s obzirom na činjenicu je li pravni odnos koji je kauza tradicije ustanovljen od gospodara ili nije. U prvom će slučaju gospodar putem prokuratora steći posjed stvari, dok će u drugom biti potrebno njegovo odobrenje.

U romanističkoj znanosti, kako starijoj, tako i suvremenoj, ne postoji jedinstveno stajalište s obzirom na pitanje kada je dopušteno stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe. Polazeći od mišljenja da su Neracijevi tekstovi D.41.1.13 i D.41.3.41 izvorni, Savigny¹³ je zaključio da je stjecanje posjeda putem slobodnih bilo dopušteno počev od Neracijeva doba, a da je već Labeo priznavao stjecanje posjeda putem prokuratora. Odlučno je protiv tog mišljenja Schloßmann¹⁴ koji ističe da ni Justinijanovo pravo nije poznavalo općenito stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe nego samo putem prokuratora. Krüger¹⁵ i Mitteis¹⁶ prigovaraju Schloßmannu da je njegovo mišljenje u suprotnosti s izvorima, posebice s C.7.32.1. Mišljenja romanista suprotstavljena su i u novijoj doktrini. Dok Watson¹⁷ smatra da je stjecanje posjeda *per liberam personam* dopušteno već u kasnom klasičnom pravu, a Klinck¹⁸ da se prokurator, po mogućnosti stjecanja posjeda za drugoga, u kasnom klasičnom pravu nije razlikovao od ostalih osoba, Kaser/Knütel¹⁹ i Claus²⁰ tu mogućnost nalaze tek u Justinijanovom pravu tvrdeći da su tekstovi kasnih klasičnih pravnika i konstitucije iz razdoblja kasnog klasičnog prava interpolirani. Sličnog su mišljenja i Kniep,²¹ Schulz,²² Albertario,²³ Mitteis,²⁴ Nicosia,²⁵ Burdese,²⁶ Leptien,²⁷ Ankum,²⁸

11 Mitteis, *Römisches Privatrecht I*, 1908, 213, n. 30.

12 Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht*, *Jahrb. für die Dogmatik* 36 (1896), 55.

13 Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Nachdruck der ersten Ausgabe, Gießen 1803, Keip 1997, 253.

14 Schloßmann, nav. dj., 86.

15 Krüger, *Rezension Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht*, *AcP* 66 (1883), 159.

16 Mitteis, *Stellvertretung*, § 5, 53.

17 Watson, *Acquisition of ownership*, 206; isti, *Acquisition of possession*, 39-41.

18 Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 219.

19 Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 2005, § 20; Kaser, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, *Romanitas* 9 (1970), 349, n. 44.

20 Claus, nav. dj., 328.

21 Kniep, *vacua possessio*, Jena 1886, 220.

22 Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 75.

23 Albertario, *Corso di diritto romano: Il possesso*, Milano 1939, 318.

24 Mitteis, *RP I*, 211.

25 Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i „potestati subiecti“*, Milano 1960, 108, n. 40.

26 Burdese, *Sull' acquisto del possesso per intermediario*, *Labeo* 8 (1962), 411.

27 Leptien, *Utilitatis causa – Zweckmäßigeitsentscheidungen im römischen Recht*, *SDHI* 35 (1969), 51.

28 Ankum, *Un cas de traditio dotis dans un texte de Julian (D.23.3.46pr.)?*, *RIDA* 23 (1976), 98.

Vacca²⁹ i Flume³⁰ koji smatraju da tek Justinijanovo pravo poznaje stjecanje posjeda putem bilo koje slobodne osobe. Berneisen³¹ izričito tvrdi da su svi tekstovi u kojima se govori o stjecanju posjeda i vlasništva putem slobodnih osoba interpolirani u predjustinijanskom razdoblju te ne potječu iz klasičnog prava. Takvo mišljenje dijele Bonfante³² i Pringsheim.³³ Suprotnog je mišljenja Lambrini³⁴ koja smatra da je teza po kojoj je samo *procurator omnium bonorum* kao slobodan čovjek mogao sjećati posjed za drugoga, ali ne i bilo koja *extranea persona*, nedokazana i neprovjerena. Klinck zaključuje da je Justinijan morao izmijeniti odgovarajući tekst Gajevih Institucija da bi iznio stav kasnog klasičnog prava, izražen u konstituciji C.7.32.1,³⁵ kojom je definitivno riješeno sporno pitanje.

II. Rješenja ranog klasičnog prava

Razvitak pravnog i gospodarskog prometa razdoblja ranog klasičnog prava (od Augusta do Hadrijana) obilježen je sve većom potrebom za priznavanjem i usavršavanjem instituta zastupanja, što je našlo odgovarajućeg odraza i u oblasti stjecanja posjeda i vlasništva putem trećih osoba.

Analizu relevantnih izvora započeti ćemo Labeovim tekstom D.41.1.65.

U tekstu D.41.1.65pr. Labeo i Paul iznose kontradiktorna mišljenja o pretpostavkama za stjecanje posjeda putem trećih.

D.41.1.65pr. (*Labeo 6 pith. a Paulo epit.*): *Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit. Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient. idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras.*³⁶

Pravnici raspravljaju o pitanju kada se stječe vlasništvo na pismu. Paul navodi Labeovo mišljenje s kojim se ne slaže, da pismo koje sam ti poslao, postaje tvoje vlasništvo tek kada ti bude predano. Svakako da je mjerodavan akt tradicije, samo što je teško ustvrditi što je *causa traditionis* kada se radi o pismu poslanom na uobičajen

29 Vacca, Ancora sul problema del *procurator* e della rappresentanza nell' acquisto del possesso a proposito di alcuni studi recenti, RISG 17 (1973), 280.

30 Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis – Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn/München/Wien/Zürich 1990, 85.

31 Berneisen, Per liberam personam, RIDA 6 (1959), 254.

32 Bonfante, Corso III, 285.

33 Pringsheim, Gesammelte Abhandlungen I, Heidelberg 1961, 356.

34 Lambrini, L' elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico, Padova 1998, 90.

35 Klinck, Erwerb durch Übergabe, 210, 216.

36 D.41.1.65pr.: Ako ti pošaljem pismo, neće prije postati tvoje dok ti ne bude predano. Paul: potpuno suprotno. Ako si mi poslao svog pismošu i ja pošaljem tebi pismo kao odgovor, ono će postati tvoje čim ga predam donositelju. Isto vrijedi za svako pismo koje ti pošaljem isključivo za tvoje potrebe, recimo, ako si tražio da te nekome preporučim i ja ti pošaljem preporuku.

način. Labeo u svakom slučaju pretpostavlja da postoji *causa traditionis*, mora doći do predaje pisma od vlasnika na adresata. Problem se javlja kada se pismo šalje putem posrednika. Labeo podrazumijeva da je prenositelj pisma rob ili glasnik pošiljatelja pisma. U tom će slučaju adresat postati vlasnik jer se prenositelj smatra samo običnim oruđem koji ne očituje nikakvu volju. Paul uvodi novi aspekt: prenositelj pisma dolazi s primateljve strane. U se tom slučaju radi o zastupanju. Odlučujuće je pitanje, kada je pismo predano u Labeovom smislu. Ako je primatelj poslao roba ili kućno dijete preuzeti pismo, ono će odmah postati njegovo. Takav slučaj predaje pisma primateljvom posredniku Labeo nije imao u vidu. Paul je odlučio da ti postaješ vlasnik povratnog pisma u trenutku kada sam ga predao tvom *tabellariusu*. Pri tomu je sigurno pretpostavljao da je *tabellarius*, ako se radilo o slobodnoj osobi, bio tijesno vezan uz *dominusa*, slično kao prokurator.

U tekstu D.41.2.1.21 Paul govori o stjecanju posjeda, odnosno vlasništva, putem prokuratora pozivajući se najvjerojatnije na mišljenje Javolena Priska³⁷ (možda i Neracija Priska³⁸).

D.41.2.1.21 (*Paul. 54 ad ed.*): *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.*³⁹

Pravnici analiziraju pitanje, mora li kupcu kupljena stvar uvijek i u svakom slučaju biti predana na očit način. Javolen Prisko, pravnik ranog klasičnog razdoblja, smatra da nije nužno materijalno stjecanje posjeda te da je dovoljno više simbolično dodirivanje stvari. Tako npr., ako se radi o stvarima koje je teško transportirati, onda je dovoljna i takva predaja kada kupac po zaključenju kupoprodajnog ugovora u prisustvu stvari naloži prodavatelju da određenoj trećoj osobi (u ovom slučaju kupčevom prokuratoru) preda stvar. Kupčev nalog (*iussum*) prodavatelju da tako u budućnosti postupa sa stvari, bit će tumačen kao da je prodavatelj kupcu stvar valjano tradirao. Faktičnu vlast na stvari steći će osoba koja je imenovana u *iussumu*, tj. kojoj stvar bude stvarno predana. Prokurator će preuzeti stvar za gospodara koji je već postao vlasnik jer je do stjecanja vlasništva došlo izravno između prodavatelja i kupca. Ista situacija postoji u slučaju kada vjerovnik naloži dužniku da novac koji je ponuđen na isplatu, preda trećoj osobi. Vjerovnik će putem *iussuma* koji je upravljen

37 Schulz, Einführung, 69; Voci, nav. dj., 77; Bonfante, nav. dj., 298; Eckardt, Iavoleni epistulae, Berlin 1978, 214, n. 66; Lambrini, L elemento soggettivo, 128.

38 Nicosia, nav. dj., 194, n. 24; Lenel, Palingenesia I, 786.

39 D.41.2.1.21: Ako naložim prodavatelju da preda stvar prokuratoru i ako se ona tu nalazi, onda se smatra, kaže Prisko, da je ona meni predana; isto je i kada naložim dužniku da novac preda drugome. Jer nije nužno fizički i neposredno zahvatiti posjed, što se može učiniti očima i namjerom, a dokaz za to su stvari koje se zbog velike težine ne mogu pomjerati kao što su stupovi. Oni se smatraju predanim ako se tu nalaze i vide se. Isto tako se i vino smatra predanim kada se kupcu predaju ključevi vinarskog podruma.

na dužnika, postati vlasnik te sume, premda je nije stvarno preuzeo od dužnika.⁴⁰

Sljedeći tekst D.41.2.51 sadrži Javolenovo i Labeovo mišljenje glede problema stjecanja posjeda.

D.41.2.51 (*Iav. 5 ex post. Lab.*): *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*⁴¹

Navedeni Labeov tekst zanimljiv je u dvostrukom smislu: govori o stjecanju vlasništva na stvari pomoću posrednika i pojašnjava značenje *animusa* kod stjecanja posjeda. Vidjeli smo da su se već pravници u republikansko doba počeli baviti pitanjem, može li slobodna osoba steći posjed za drugoga. Labeo se u ovom tekstu na indirektan način dotiče i tog problema govoreći po prvi put o stjecanju posjeda *animo*. *Animus* je posebice značajan kod stjecanja posjeda *per procuratorem*. Bitno je odgovoriti na pitanje čiji je *animus* relevantan u ovom slučaju, posebice kada se uzme u obzir da je *animus* bio nužan element posjeda⁴² jer je klasično pravo nužno zahtijevalo da se posjed stječe *corpore et animo*. Labeo spominje *animus* u svezi sa stjecanjem posjeda koji se u okviru tradicije sučeljava s pitanjem stjecanja posjeda *animo*. To je polazna točka Prokulijanske škole i njihovih sljednika Marcela i Ulpijana koji u nizu slučajeva dopuštaju stjecanje posjeda samo aktom volje. Sabinijanska škola, naprotiv, zastupa mišljenje da sam *animus* nije dovoljan, nego za stjecanje posjeda u svakom slučaju traži akt fizičkog zahvaćanja. Zbog tih se razlika slučaj u kojem govori Labeo različito tumači. U tekstu se raspravlja o pitanju, može li kupac kamare drva i vrčeva s vinom steći vlasništvo tradicijom ako prodavatelj te stvari nije prenio na kupca, nego je kupac, nakon što mu je prodavatelj naložio (*iubere*) da ih

40 Opširnije vidi: Watson, *Acquisition of ownership*, 195; Endemann, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg 1959, 66; Claus, nav. dj., 117-118; Draganesco, *Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem und bürgerlichem Recht*, Berlin 1916, 14; Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 197-198.

41 D.41.2.51: Labeo kaže da se na određenim stvarima posjed može stjecati *animo*. Tako ako kupim kamaru drva i prodavatelj mi naloži da ih odnesem, smatrat će mi se predanim čim postavim čuvara. Isto je i s prodanim vinom ako su svi vrčevi istodobno na istom mjestu. Ipak, provjerimo, rekao je, nije li stvarna materijalna predaja izvršena u tim slučajevima budući da se ne pravi razlika je li meni osobno ili nekome kome sam naložio, predano čuvanje. Vjerujem da je problem u tome, smatraju li se kamaru drva i vrčevi s vinom prenesenim premda nisu materijalno zahvaćeni. Ja ne vidim nikakvu razliku, čuvam li ja osobno kamaru drva ili netko drugi po mom nalogu. U oba slučaja pretpostavlja se stjecanje posjeda *animo*.

42 Mac Cormack, *The role of animus in the late classical law of possession*, ZSS 86 (1969), 107; Watson, *Acquisition of ownership*, 192; isti, *The Law of obligations*, 60; Nicosia, nav. dj., 104, n. 30; Schulz, *Einführung*, 72; Cannata, L' „*animus possidere*“ nel diritto romano classico, SDHI 26 (1960), 72.

odnese, postavio bilo koju osobu pokraj njih kao čuvara, što možemo protumačiti kao *animo possessionem apisci*. Labeo se koristi izrazom *iubere* kojim je kupac postavio neku osobu za čuvara kupljenih stvari, dok je Javolen rekao da je kupac dao mandat (*mandare*) osobi koja je preuzela čuvanje stvari. Vjerojatno je tim terminom *mandare* htio ublažiti prejaku asocijaciju na zapovijed podređenom koju izaziva glagol *iubere*. Status tog čuvara nije ni na koji način određen. Pravnici su mišljenja da preuzimanje čuvanja kupljenih stvari od bilo koje osobe nadomješta tradiciju kao znak stjecanja posjeda, što je imalo za posljedicu prijenos vlasništva. Stječući faktičnu vlast na stvari čuvar je vršio posjed za kupca. Imajući u vidu razlike između Prokulijanske i Sabinijanske škole jasna je razlika u mišljenjima dvojice pravnika. Dok Labeo stavlja težište na posjed u okviru tradicije, za Javolena je tradicija još uvijek upitna. Prvi smatra da je došlo do stvarnog prijenosa, dok drugi u to sumnja jer ne zna sa sigurnošću je li stjecanje *animo* dovoljno da kupac postavi nekoga uz kupljene stvari. Treba imati u vidu da je izraz *corpore et animo* kasno dobio općenitu važnost, te da je do tog vremena značenje termina *animus* variralo.⁴³

Lucije Neracije Prisko, predstojnik Prokulijanske škole, nakon Celza oca i savjetnik Trajana i Hadrijana, također se očituje o pitanju stjecanja posjeda u 7. knjizi „Pravničkih skica“.

D.41.3.41 (*Ner. 7 membr.*): *Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.*⁴⁴

Za razliku od Javolena koji je odbijao mogućnost stjecanja posjeda putem slobodne osobe, njegov suvremenik Neracije⁴⁵ u navedenom tekstu, u kojem se govori o primjeni *lex Atinia*, oprezno zagovara mogućnost stjecanja posjeda putem prokuratora. Posebice je važna rečenica *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat* u kojoj Neracije potvrđuje da se putem prokuratora može steći posjed. Iz pravnikovih riječi ipak se može razabrati da u njegovo vrijeme to još nije bilo jednoglasno mišljenje.⁴⁶ Budući da je Neracije bio istaknuti pristaša Prokulijanske škole, može se pretpostaviti da suprotna mišljenja potječu iz Sabinijanske škole.⁴⁷ Dalje, treba uzeti u obzir i sumnju na moguću interpolaciju premda u literaturi prevladava mišljenje da je tekst izvoran.⁴⁸ Stjecanje posjeda putem prokuratora Neracije

43 Seidl, *Römisches Privatrecht*, Köln/Berlin 1963, 59, 161.

44 D.41.3.41: Ako je moj prokurator dobio natrag stvar koja mi je oduzeta iz posjeda, kako je sada skoro već općenito prihvaćeno da stječemo posjed putem prokuratora, ipak se ne može zastupati mišljenje da je stvar vraćena pod moju vlast i da može biti uzukapirana jer bi suprotno rješenje bilo štetno.

45 Javolen i Neracije živjeli su na prijelazu iz prvog u drugo stoljeće. Vidi Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz/Wien/Köln 1967, 138, 144.

46 Meylan, nav. dj., 111; Ferrini, *Opere di C. Ferrini. Studi vari di diritto romano e moderno II*, Milano 1929, 532; Kaser, *RPR I*, 393; Claus, nav. dj., 125.

47 Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 50 i Nicosia, *Acquisto del possesso „per procuratorem“ e „reversio in potestatem domini“ delle „res furtivae“*, IURA 11 (1960), 189. pozivaju se na G.2.95 gdje je kod pitanja stjecanja posjeda *per procuratorem* znakovito *quaeritur*.

48 Nicosia, nav. dj., 190, n. 6; Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1949, 101,

obrazlaže pozivanjem na *utilitas*. *Procurator omnium bonorum* nije trebao obavijestiti gospodara o stjecanju posjeda. Bilo je dovoljno prenijeti stvar pod principalovu stvarnu vlast tako što bi je uvrstio u principalovu imovinu kojom je upravljao.

Svakako je zanimljivo analizirati kada se po prvi put u pravničkoj diskusiji pojavila ideja da *dominus* može stjecati posjed putem svog prokuratora. Pri tomu treba imati na umu da je krajem republikanskog doba Kvint Mucije Scevola smatrao da pravno nije moguće obrazložiti stjecanje za drugoga, premda je već u to vrijeme zabrana stjecanja za drugoga držana represivnom.⁴⁹ Kako nema sačuvanih vrela, koja bi dala sigurne podatke o našem problemu, vjerojatno nije suviše smiono pretpostaviti da je već u kasno republikansko doba dat poticaj za ublažavanje te zabrane, doduše, samo kod prokuratora i to u oblasti posjeda (jer je posjed shvaćan kao *res facti*⁵⁰). Pristaše Sabinijanske škole, kao zagovornici konzervativnijih pravnih shvaćanja, bili su protiv otvaranja mogućnosti stjecanja posjeda putem slobodnih, za razliku od Prokulovaca koji su se zalagali za dopuštenje stjecanja posjeda *per liberam personam*.⁵¹ Za stjecanje posjeda bio je važan akt stjecanja faktične vlasti, dok se posebni *animus* (kakav će se tražiti u kasnom klasičnom pravu) još uvijek nije tražio.⁵² Da bi se opravdalo stjecanje posjeda putem prokuratora, ono je moralo biti

n. 4; Berneisen, nav. dj., 256; Voci, nav. dj., 71; Mayer-Maly, *Das Putativproblem bei der usucapio*, Köln 1962, 42; Watson, *Acquisition of possession per extraneam personam*, 23. Suprotnog su mišljenja Perozzi, *Istituzioni di diritto romano I*, Firenze 1928, 858, n. 2. koji svoju sumnju zasniva na izvornosti G.2.95 ukazujući na činjenicu da još kod Gaja koji je djelovao nakon Neracije, pitanje stjecanja posjeda putem prokuratora nije bilo konačno pozitivno riješeno; te Bretone, *Adquisitio per procuratorem*, *Labeo* 1 (1955), 280. koji svoj argument zasniva na *potestas* i uzakupiji tvrdeći da *dominus* mora ponovno steći punu kontrolu nad stvari kakvu je imao prije krađe, Neracije ne govori o *adprehensio* putem prokuratora niti je jednokratno dopustio stjecanje posjeda putem prokuratora. Njemu je posjed praktički značio isto što i *potestas*. Takvo mišljenje kritiziraju Watson, nav. dj., 24; Nicosia, nav. dj., 191 i Berneisen, nav. dj., 255, n. 10. koji ne nalaze nikakve prigovore činjeničnom stanju naglašavajući da su *possessio* i *potestas* različiti pojmovi, te da je Neracije bio mišljenja da prokurator općenito ipak stječe posjed, ali ne istodobno i *potestas* na stvari u smislu *lex Atinia*. Slično mišljenje iznosi i Paul u D.41.3.47. Kasnije približavanje tih instituta ne može se prenijeti na bitno ranije Neracijevo vrijeme.

49 Claus, nav. dj., 127.

50 D.41.2.1.3 (*Paul. 54 ad ed.*): *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingent, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.* (Duševno bolesni i pupila ne mogu započeti posjedovati bez tutorova odobrenja jer im nedostaje posjedovna volja pa čak ako stvar faktički drže: slično kao kad netko osobi koja spava nešto stavi u ruku. Ali, pupila može uz tutorovu *auctoritas* započeti posjedovati. Međutim, Ofilije i Nerva sin misle da pupila može i bez tutorova odobrenja započeti posjed. Radi se, naime, o faktičnom, a ne o pravnom pitanju. To se mišljenje može prihvatiti ako je šticećenik dostigao takvu starost da je sposoban za rasuđivanje.)

51 Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 208-213; isti, *Zur Bedeutung des Wortes procurator*, 42, n. 66; Krenz, *Besitzerwerb „per procuratorem“*, *Labeo* 42 (1997), 346; Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 50.

52 Kada se govori o razvitku subjektivnog elementa kod stjecanja posjeda *per procuratorem*, mora se imati u vidu da je već Neracije poznao *animus* u smislu kako se spominje u G.4.153. (Vidi

korisno. Preko *utilitas* bilo je moguće istodobno ignorirati u praktičnim ciljevima zabranu neposrednog zastupanja. Treba napomenuti da je prokuratorov položaj sličan onome depozitara, najamnika ili zakupnika stvari. Prokurator nije imao pravo na interdiktnu zaštitu. Njegov *dominus* ima *possessio ad interdictum* i *possessio ad usucapionem*.⁵³ Pozivajući se na potrebe pravnog prometa koje su zahtijevale da se u puno većoj mjeri uzmu u obzir gospodarevi interesi nego interesi postavljenog prokuratora, rimski su pravници otklonili pitanje, može li prokurator zastupati gospodara u *animusu possidendi*. To pitanje nisu nikada pojmovno razriješili nego su iz praktičnih razloga pretpostavili da principal ima *animus possidendi* pa samim time može postati posjednik.⁵⁴ Ono što je prokurator htio steći za principala, najprije je stjecao za sebe temeljem zaključenog posla s otudivateljem. *Dominus* je mogao steći posjed na stvari samo tako da bi mu prokurator predao stvar i na taj način mu omogućio njeno faktično zahvaćanje. Na to je prokurator bio obvezan internim odnosom koji je u starije vrijeme još uvijek počivao na odnosu vlasti i zapovijedi (jer je upravljanje imovinom uglavnom na početku povjeravano samo oslobođenicima), onda i temeljem prokuratorove *negotiorum gestio*, da bi krajem klasičnog razdoblja tu obvezu preuzimao specijalnim mandatom.⁵⁵ Gospodar nije uvijek bio upoznat sa stjecanjem stvari putem prokuratora. Zato bi se moglo reći da se njegov *animus possidendi* pretpostavlja već iz same činjenice postavljanja prokuratora u smislu da stvari koje prokurator stječe, principal hoće uzeti u posjed. Taj opći *animus* na konkludentan se način izvodi iz povjeravanja imovine na upravljanje *procuratoru omnium bonorum*. Ipak, strogo dogmatski gledajući taj opći posjedovni *animus* ne može se smatrati dovoljnim za stjecanje posjeda. Stjecanje posjeda zahtijeva konkretni *animus* usmjeren na stvar koja se stječe, a koji prije gospodara ima prokurator koji poznaje stvar. Prema tomu, da bi gospodar mogao steći posjed putem prokuratora, prokurator ga je morao zastupati ne samo u faktičnom zahvaćanju stvari nego i očitovanju posjedovne volje. Međutim rimski pravници nisu bili raspoloženi opravdati takvu konstrukciju. U P.S.5.2.1 jasno se kaže da se za stjecanje posjeda traži *animo nostro*, tj. stjecanje posjeda bilo je moguće samo temeljem principalove posjedovne volje. Doduše, već u Paulovo vrijeme nedvojbeno je dopušteno stjecanje posjeda

D.41.2.3.3 [*Paul.54 ad ed.*]), međutim Neracije ne govori koji je pokretački uzrok tog razvitka. Kako se može zaključiti iz kasnijih izvora, posebice iz P.S.5.2.2 nije bilo pojmovno razrađenih rješenja koja bi uzimala kao mjerodavnu gospodarevu ili prokuratorovu volju. Pravници su izbjegavali zauzeti određeni stav o tom pitanju pozivajući se najčešće na *utilitas (utilitatis causa receptum est)*. Kreller, Das Rechtsinstitut der Stellvertretung. Historische und theoretische Gedanken, Juristische Blätter 70 (1948), 223 i Bonfante, Istituzioni di diritto romano, Torino 1957, 78. smatraju da su potrebe pravnog i gospodarskog prometa uvjetovale ublažavanje zabrane, dok Voci, Istituzioni di diritto romano, Milano 1954, 97. pored faktične naravi posjeda ističe razloge praktične naravi. Ankum, „Utilitatis causa receptum est“, On the pragmatism of the Roman lawyers, Symbolae M. David I, Leiden 1968, 1 i Watson, Narrow, rigid and literal interpretation, TR 37 (1969), 367. se pozivaju na *utilitas* kao dogmatski kriterij.

53 Seidl, nav. dj., 93.

54 Claus, nav. dj., 134.

55 Arangio-Ruiz, Il mandato, 49; Watson, Contract of mandate, 36.

putem prokuratora. Takva rješenja moguće je objasniti činjenicom da prokurator praktički sam stječe posjed, ali učinke stjecanja posjeda prenosi na principala. Principal preuzima prokuratorov posao na sebe preko prema vani očitovane ovlasti i nakon preuzimanja posjeda, stječe stvar. Na taj su način rimski pravnici zaobišli zabranu neposrednog zastupanja. Ovlast je data u principalovom aktu postavljenja prokuratora (*iubere, praepone, constituere*) i može istodobno sadržavati očitovanje trećima da će principal poslove zaključene s njegovim prokuratorom, smatrati svojim. Pravnici su dopustili takvo rješenje.⁵⁶

Sljedeći tekst je iz Neracijeve 6. knjige Regula.

D.41.1.13pr. (Nerat. 6 reg.): *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiretur etiam ignoranti.*⁵⁷

Tekst se smatra interpoliranim, na što posebice ukazuje čudni pleonazam *dominium mihi, id est proprietas, adquiretur* gdje su kompilatori dodali *id est proprietas* i zamijenili *possessio* iz originala s *dominium*.⁵⁸ Tekst je uvršten u Digesta u rubriku *De acquirendo rerum dominio* jer za Justinijana stjecanje posjeda posredstvom prokuratora povlači stjecanje vlasništva ako je tradicija izvršena *ex iusta causa* (I.2.9.5; D.41.1.20.1; C.7.32.8). Za razliku od fragmenta D.41.3.41, u tekstu D.41.1.13pr. govori se o stjecanju vlasništva i to putem prokuratora koji je dobio mandat od principala. Neracije kaže da će principal steći pravo vlasništva čak i u slučaju kada nije ništa znao o stjecanju stvari od prokuratora. U tom bi se slučaju moglo reći da je tekst kontradiktoran jer je nalog koji je dao *dominus (mandato meo)* u suprotnosti s njegovim neznanjem o stjecanju (*etiam ignoranti*). Takav se prigovor može odbiti s obrazloženjem da *dominus* nije dao nalog za stjecanjem određene stvari nego je stvar samo opisao, pri čemu Neracije očito razlikuje generalnu od konkretne volje za stjecanjem. Neracije je izgleda prvi pravnik koji govori o stjecanju posjeda posredstvom prokuratora i zahvaljujući njemu (D.41.3.41) znamo da u njegovo vrijeme nije postojala jednoglasnost oko iznimke iz razloga korisnosti od načela *per liberam personam adquiri nobis nihil potest*. Zbog toga je iznenađujuće kada kaže da stvar koju je kupio prokurator temeljem gospodarevog mandata i koja je tradirana prokuratoru, postaje gospodarevo vlasništvo.⁵⁹ Druga je specifičnost teksta u tomu što Neracije kaže da će gospodar steći vlasništvo čak i onda kada ništa ne zna o prokuratorovom stjecanju. Te su tvrdnje u očitoj suprotnosti.⁶⁰ Teško je usuglasiti

56 Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians – Die sogenannte actio quasi institoria, u: FS Zitelmann, München/Leipzig 1913, 10.

57 D.41.1.13pr.: Ako moj prokurator po mom nalogu kupi nešto i to mu bude isporučeno u moje ime, vlast na stvari, tj. vlasništvo stječem ja premda nisam bio upoznat s predajom.

58 Opširnije vidi: Meylan, nav. dj., 110-111; Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV, Tübingen 1920, 51; Watson, Acquisition of ownership, 193, n. 14; Nicosia, Acquisto del possesso „per procuratorem“ e „reversio in potestatem domini“ delle „res furtivae“, 194, n. 25; Klinck, Erwerb durch Übergabe, 206, n. 67; Voci, Modi di acquisto, 71.

59 Siber, Römisches Recht II, 142. prihvaća da je do toga došlo već kod Neracija; suprotno već Schloßmann, nav. dj., 137.

60 Voci, Modi di acquisto della proprietà, 71. vidi u spomenutom mandatu generalni mandat

tvrdnje o gospodarevom znanju koje je pokazao podjeljivanjem naloga i njegovom neznanju o stjecanju stvari putem prokuratora. To izgleda utoliko nepouzdanije jer Paul u D.3.5.23 podčinjava stjecanje vlasništva novca vraćenog prokuratoru ratifikaciji gospodara – vjerovnika. Neracije kaže da je prokurator kupio stvar za principala i prodavatelj mu je tradirao stvar u principalovo ime (*meo nomine*). Pri tomu je jasno da prokurator nije postao vlasnik stvari jer kod takvog činjeničnog stanja nije mogao imati *animus possidendi* niti je namjeravao steći vlasništvo na stvari. S druge strane, principal nije imao *iusta causa* koja bi bila nužna za obrazloženje njegovog stjecanja vlasništva, a s obzirom na tradiciju izvršenu prokuratoru, nema ni konkretan *animus possidendi* koji se odnosi na stvar. Glavni je problem, koji se javlja je kako principal može steći *iusta causa*. Watson⁶¹ smatra da je u ovom slučaju prokurator predstavljao samo sredstvo, odnosno glasnika koji je prodavatelju trebao prenijeti principalovu suglasnost za kupnju. Tako zaključena kupoprodaja ostvaruje se između prodavatelja i principala koji kao ugovorna strana preuzima ulogu kupca. Prodavatelj predaje stvar prokuratoru za principala. To su razlozi zbog kojih se podrazumijeva da će principal postati vlasnik stvari koja je predana prokuratoru i zbog čega nije bitno, je li principal znao za predaju stvari prokuratoru. Njegova posjedovna volja postoji s obzirom na stvar koja mu je prethodno označena. Očito je da je mandat koji je gospodar dao u svrhu kupnje dobio prednost u rimskom poimanju pred unaprijed očitovanom voljom za stjecanjem vlasništva. Iz tog razloga Beseler⁶² smatra da u tekstovima treba zadržati riječi *ex mandato meo* koje Bonfante i njegovi sljedbenici izbacuju. To je mišljenje sporno jer je nespojivo s drugim dijelom teksta u kojem se navodi da se vlasništvo stječe, čak i u slučaju gospodarevog neznanja (*etiam ignorantibus*). Ta formulacija, koja se odnosi na gospodarevu *ignorantia* o aktu stjecanja putem prokuratora nalazi se i drugim tekstovima (*Pap.* D.41.2.49.2; *Paul.* D.41.3.47; *Ulp.* D.21.4.34.1; C.7.32.1; I.2.9.5) kada se radi o prijenosu posjeda, tj. materijalnom aktu gdje *accipiens* mora imati *animus possidendi*. To je dokaz da je Neracije govorio o stjecanju posjeda i teško je složiti se s mišljenjem da o tomu nije ništa rečeno u navedenom tekstu. Neracije je razlikovao posjed, koji je stečen za gospodara već samim aktom tradicije ako je stvar kupio *ex mandato domini* i preuzeo je *nomine domini*, ili čak i bez njegovog znanja, od vlasništva koje ima potpuno drugi režim. Kako bi napravio preciznu razliku u odnosu prema posjedu, koristio se tehničkim terminom *proprietas*.⁶³ Kompilatori su zamijenili Neracijevu riječ *possessio* riječju

principala na prokuratora koji je sadržan u njegovom postavljenju, zbog čega bi on izostavio riječ *ignorans*; Schloßmann, nav. dj., 135. bi također eliminirao riječ *ignorans*, ali ne vidi nikakav generalni mandat, dok Pugliese, *L'acquisition de la propriété et de la possession par l'intermédiaire du procurator*, RIDA 5 (1958), 646; Meylan, nav. dj., 105 i Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 213. smatraju da se radi o specijalnom mandatu.

61 Watson, *Acquisition of ownership*, 193.

62 Beseler, *Beiträge IV*, 55.

63 U tekstu D.41.1.13.1 (*Ner. 6 reg.*) Neracije kaže da tutor može steći za pupilu vlasništvo čak i ako šticićenik o tome ništa ne zna. *Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus*. (Na sličan način tutor pupile kupujući stvar u šticićenikovo ime, stječe vlasništvo za njega ili nju premda on ili ona ništa ne zna

dominium da bi prilagodili taj tekst titulu D.41.1. Za njih je sigurno da je stjecanje vlasništva putem prokuratora posljedica stjecanja posjeda *ex causa emptiois*. Oni to kažu u drugom tekstu smještenom pod istim naslovom u kojem su morali primijeniti analognu interpolaciju (*Ulp.* D.41.1.20.2).

III. Stjecanje posjeda *per procuratorem* u kasnom klasičnom pravu

Za pravnike kasnog klasičnog razdoblja koje počinje s Julijanom, a završava s Modestinom sredinom 3. stoljeća, ostalo je otvoreno pitanje stjecanja posjeda putem prokuratora. Vidjeli smo da je to pitanje kod Neracija još uvijek bilo pod malim znakom pitanja. Neracije još nije bio oslobođen sumnje, može li se putem prokuratora konstituirati *possessio ad usucapionem*. U tekstu D.41.1.53 Modestin, odnosno Pomponije, govori o osobama putem kojih je moguće steći posjed.

D.41.1.53 (*Pomp.* 14 *ad Quintum Mucium*): *Ea qui civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere procuratorem adquirimus.*⁶⁴

Tekst, čija je izvornost sporna, najvjerojatnije potječe od Seksta Pomponija.⁶⁵ Pravnik u prvi plan stavlja posjedovnu volju stjecatelja naglašavajući da samo kada postoji vlastita posjedovna volja može doći do stjecanja posjeda putem svake slobodne osobe. Tekst je dokaz da je već Pomponije priznao pravilo *per liberam personam possessio quaeri potest*. Očito je da je prihvaćao mogućnost stjecanja posjeda putem slobodnih, ali ne i zastupanje u posjedovnoj volji. U drugoj rečenici teksta pravnik govori putem kojih osoba je moguće steći posjed. Zbog toga je vjerojatno umetnuto *per procuratorem*.⁶⁶ Pravnik govori o suprotnosti između starog i novog prava. Ono što se stječe po pravilima civilnog prava, stječemo putem naših podčinjenih, ali ono što se stječe *naturaliter* i kao primjer se navodi stjecanje posjeda, doduše ne možemo steći putem bilo koje slobodne osobe, ali možemo putem prokuratora. Očito je da je Pomponije krenuo korak dalje od Neracija i Gaja. Navedeni tekst značajan je za razvitak rimskog shvaćanja o stjecanju posjeda putem prokuratora. Ipak, u tekstu je

o stjecanju.) Tekst se smatra interpoliranim (vidi: Watson, *Acquisition of ownership*, 194, n. 18; Claus, nav. dj., 139) i teško se može reći da sadrži analogiju s *principiumom*, te da može poslužiti kao dokaz da je tutor, kao prokurator, mogao stjecati posjed za pupilu. Ideje očitovane u ovom tekstu su iz kasnijeg vremena. Osim toga, nejasno je, može li *pupillus* uopće stjecati posjed putem tutora. O tome vidi Jörs/ Kunkel/Wenger, *Römisches Privatrecht*, 101, n. 5.

64 D.41.1.53: Ono što je stečeno *civiliter* kao što je stipulacija, putem onih koji su pod našom vlašću, stečeno je za nas. Ono što se stječe *naturaliter*, kao što je na primjer posjed, stječemo putem bilo koga ako želimo posjedovati.

65 Berneisen, nav. dj., 278, n. 79; Watson, *Acquisition of ownership*, 198; Claus, nav. dj., 172; Beseler, *Beiträge* IV, 56; suprotnog je mišljenja Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 214 koji navedeni tekst drži izvornim. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* II, Berlin 1853, 47. ga pripisuje Modestinu i smatra kasnoklasičnom-justinijanskom podlogom za opće dopuštenje neposrednog zastupanja kod svih necivilnih pravnih poslova.

66 Watson, *Acquisition of possession*, 26-27.

jasno rečeno da u Pomponijevo vrijeme nije bilo moguće steći nikakvo pravo putem slobodnih pa ni putem prokuratora; stjecanje prava bilo je moguće samo putem podčinjenih.

Za analizu problema bitno je navesti Gajevo mišljenje iz G.2.95 koje zorno pokazuje da ni u Gajevo vrijeme, dakle pola stoljeća poslije Neracija, još uvijek nije bio razriješen spor oko stjecanja posjeda putem slobodnih.

G.2.95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis adquiratur.*⁶⁷

Gaj ponavlja da se ni po kojoj osnovi ne može nešto steći putem slobodnih osoba koje nisu pod našom vlašću, niti ih posjedujemo u dobroj vjeri, jednako kao ni putem tuđih robova koje ne posjedujemo i koji nisu predmetom plodouživanja. Jedino je diskutabilno pitanje može li se steći posjed (putem slobodne osobe, nepodčinjene osobe ili prokuratora?). Budući da je zadnji dio rečenice u Veronskom rukopisu bio nečitak, u literaturi se formiralo mišljenje da ga treba popuniti s *per procuratorem: an <per procuratorem> nobis adquiratur.*⁶⁸ To se mišljenje oslanja na činjenicu da je već Neracije s izvjesnom rezervom odobrio stjecanje posjeda preko prokuratora, te da je sljedeći korak ka priznanju stjecanja posjeda *per liberam personam* odnosno *per extraneam personam* trebalo očekivati od Gaja (koji ga ipak dovodi u pitanje). Slično je i Pomponijevo mišljenje iz D.41.1.53 (uz sumnju na moguću interpolaciju koja je uklonila njegovo oklijevanje) koji je vremenski bliži Gaju. Dalji će razvitak pokazati da je ipak relativno kasno došlo do dopuštenja stjecanja posjeda putem svake slobodne osobe, što je očito iz Teofilove Parafraze.⁶⁹ Postavlja se pitanje zašto je Gaj

67 G.2.95: Iz toga slijedi da putem slobodnih osoba koje, niti su podčinjene našoj vlasti, niti ih posjedujemo u dobroj vjeri, isto tako putem tuđih robova na kojima nemamo, ni plodouživanje, ni *iusta possessio*, ne može se temeljem bilo kakvog razloga za nas stjecati. I na to se misli kada se obično kaže da se putem trećih osoba ne može ništa stjecati. Samo je s obzirom na posjed upitno, može li se za nas steći putem prokuratora.

68 Da bi prazninu u Veronskom rukopisu trebalo popuniti s *per procuratorem* smatraju: David/Nelson, *Gai institutionum commentarii IV*, Kommentar, 2. Lieferung, Leiden 1960, 310; Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 50, n. 2; Kaser, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, *Romanitas* 9 (1970), 349, n. 43; Mitteis, *Römisches Privatrecht I*, Leipzig 1908, 212, n. 24; Beseler, *Beiträge IV*, 51; Knip, *Vacua possessio*, Jena 1886, 212; Albertario, *Il possesso*, 310; Kreller, *Das Rechtsinstitut der Stellvertretung*, *JurBl* 70 (1948), 222; Lauria, *possessiones*, I – *Età repubblicana*, Napoli 1953, 114. i Last, *Fragen der Besitzlehre*, *JherJahrB* 62 (1913), 56, n. 3. Za razliku od njih Böcking, *Gaii institutionum commentarii quattuor*, Leipzig 1855; Seckel/Kübler, *Gai Institutionum Commentarii quatuor*, Lipsiae 1908; Draganesco, nav. dj., 18, n. 59 pretpostavljaju *per liberam personam*, dok bi *per extraneam personam* umetnuli Krüger/Studemund, *Gai Institutiones ad codicis veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum*, Berlin 1912; Arangio-Ruiz/Guarino, *Breviarum Iuris Romani*, Milano 1989; Berneisen, nav. dj., 256, n. 15; Solazzi, *Acquisto del possesso*, 162.; Claus, nav. dj., 174; s izvjesnim oklijevanjem Bretone, nav. dj., 287. Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 206-207, n. 67. zaključuje da je predmetno pitanje irelevantno jer je u Gajevo vrijeme terminom *procurator* označavana slobodna osoba koja je radila u tuđem interesu.

69 Watson, nav. dj., 27, n. 14; Berneisen, nav. dj., 256.

očitovao veću rezervu s obzirom na stjecanje posjeda *per procuratorem* od Neracija. Gajevo *de possessione quaeritur* . . . izgleda kao da dopušta manje od Neracijevog *iam fere conveniat*. Je li moguće da Gaj nije bio upoznat s Neracijevim mišljenjem?⁷⁰ Ako odbacimo takvu pretpostavku, onda bi se proturječja između njihovih stavova mogla objasniti time da Neracije daje osobno mišljenje u konkretnom slučaju, dok Gaj piše udžbenik u kojem naglašava ono što više nije sporno, a s određenom rezervom govori o onomu što nije u potpunosti riješeno, čak ako u praksi o tomu jedva da još postoji sumnja. Radi se o različitim situacijama zbog čega se Neracijevu mišljenje čini progresivnijim od moguće opreznog Gajevog stava. Možda se razlike u njihovim stavovima mogu objasniti pripadnošću različitim školama čijim se mišljenjima na određeni način rukovode.⁷¹ U svakom slučaju, u biti se ne radi o velikoj razlici u mišljenjima. Vjerojatno je u Gajevo vrijeme bilo još suprotnih mišljenja zbog čega je stavio *quaeritur*: Gaj ponavlja klasično pravilo *per liberos homines nulla ex causa nobis adquiri posse* nabrajajući osobe koje mogu stjecati za druge: podčinjene osobe, *bona fide serviens*, tuđi robovi na kojima imamo *ususfructus* ili koje s pravom posjedujemo. Ovo klasično formuliranje u puno je većoj mjeri apstraktno od kazuističkog očitovanja o stjecanju prava putem slobodnih Kvinta Mucija Scevole.⁷² Da je Gajevo mišljenje odražavalo pravno stanje njegovog vremena, govore i riječi koje prethode ponavljanju spomenutog pravila *et hoc est, quod vulgo dicitur*: radi se o ukorijenjenom općeprihvaćenom shvaćanju. Očito je da se u vremenu od Kvinta Mucija Scevole do Gaja uobličilo apstraktno pravilo koje nije sadržavalo novo pravno viđenje. Vjerojatno se i Neracije pridržavao spomenute zabrane ističući, kao još uvijek spornu, mogućnost stjecanja posjeda putem prokuratora. Može se pretpostaviti da je zabrana stjecanja putem slobodnih apstraktno formulirana u ranom klasičnom razdoblju, a možda čak i krajem Republike.

Jedan od najvažnijih tekstova koji govore o ovoj problematici je iz Paulovih Sentencija 5.2.2.

P.S.5.2.2: *Per liberam personam, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem utilitatis causa receptum est. absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.*⁷³

Paul kaže da, preko slobodnih osoba koje nisu pod našom vlašću ne možemo za sebe ništa stjecati. Ipak, iz razloga korisnosti (*utilitatis causa receptum*) iznimno je dopušteno da se preko prokuratora može steći posjed. Time je rečeno isto što i u prvoj

70 Samter, Zu Gaius II, 82, ZSS 28 (1907), 16. smatra da Gaj nije znao za Neracijevu mišljenje.

71 Arangio-Ruiz, Il mandato, 50. smatra da je Prokulijanska škola zastupala progresivniji stav, dok je Sabinijanska škola zauzela konzervativniji s obzirom na ovo pitanje. Opširnije vidi Klaus, nav. dj., 175.

72 D.50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* (Za drugoga se ne može steći neko pravo, ni ugovaranjem, niti uvođenjem nekog sporednog ugovora, ni stipulacijom.)

73 P.S.5.2.2: Preko slobodnih osoba, koje nisu pod našom vlašću, ne možemo ništa stjecati. Ipak, da prokurator može za nas stjecati posjed, priznato je iz razloga svrsishodnosti. Posjed stečen u odsutnosti *dominusa*, smatrat će se stečenim za njega, samo onda ako on to odobri.

rečenici teksta D.41.2.1.20, bez obzira što se sada ne spominju tutor i kurator koji su u ovoj situaciji od manjeg značaja. Specifičnost teksta predstavlja kratko obrazloženje kojim se stjecanje posjeda opravdava s *utilitatis causa receptum*. Moguće je da se pod tim misli na zahtjeve svakodnevnog života, a možda i političke interese, ali je najvjerojatnije da je pitanje interesa kod stjecanja posjeda vezano uz *dominusa* (slično kao kod Neracija u D.41.3.41). Svakako da je primarni interes *dominusa* biti u položaju koji mu osigurava mogućnost ostvarivanja zaštite faktične vlasti na stvari. Pozivajući se na *utilitas* jurisprudencija je pronašla dogmatsko rješenje kako bi omogućila postizanje praktičnih rezultata i svrha. Naime, još uvijek se nije moglo dopustiti da prokurator zastupa gospodara u posjedovnoj volji; s druge strane, *dominus* je imao samo opću volju uzeti u posjed stvari koje je prokurator stekao u okviru povjerenog mu upravljanja. *Dominus* nije imao konkretni *animus possidendi*, a često ga nije ni mogao imati jer nije uvijek bio upoznat s prokuratorovim stjecanjem stvari. Paulova očitovanja iz prve rečenice predstavljaju čisti izričaj klasičnog prava.⁷⁴ Za razliku od njih, zadnja rečenica je vrlo dvojbena i nejasna zbog čega daje osnovu sumnji da nije klasičnog podrijetla.⁷⁵ U toj se rečenici spominje *procurator absentis*; stjecanje posjeda za odsutnog gospodara predstavlja se kao izniman slučaj u klasičnom pravu. Zahtijevajući ratifikaciju u slučaju kada je gospodar odsutan, podrazumijeva se postojanje mandata kod prisutnog gospodara, ali se ujedno na neugodan način ograničava opseg i važnost iznimke iz druge rečenice u njenom klasičnom smislu.⁷⁶ Budući da je zastupanje u osnovi bilo isključeno, u toj se rečenici želi reći da prokurator, tj. osoba koja je od prisutnog gospodara dobila mandat, može steći za gospodara vlasništvo određene stvari da bi se u trećoj rečenici dodalo da prokurator (*voluntarius procurator* u smislu P.S.1.3.3), koji je kupio nešto za nekoga

74 Ostaje otvoreno pitanje, je li navedeni tekst uopće Paulov, posebice kada se imaju u vidu nedoumice oko prirode i vremena u kojem su nastale Sentencije. Claus, nav. dj., 199-200. smatra da su Sentencije zbirno djelo nekolicine autora, među kojima je i Paul. Opširnije vidi: Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 213-217; David/Nelson, *Das neue Leidener Paulus-Fragment*, TR 23 (1955), 75-82; Klinck, *Erwerb durch Übergabe*, 212; Schloßmann, nav. dj., 86; Draganesco, nav. dj., 24; Berneisen, nav. dj., 257; Meylan, nav. dj., 108; Savigny, nav. dj., 255; Solazzi, *Acquisto del possesso*, 165; Leptien, nav. dj., 21.

75 Gramatički *comparata* ima za subjekt *possessio*, kao i *rata*. Može se onda postaviti pitanje što za jednog klasičara znači *possessio comparata* i *rata*, te u kakvom je značenju *comparare* ovdje upotrijebljeno. Znači li *comparare* nešto kupiti, steći, dobiti? Beseler, nav. dj., 51 predlaže sljedeću rekonstrukciju: *absente autem domino <res> comparata, non aliter ei, quam si <emptio> rata sit <habita>, quaeritur*. Slično i Ankum, nav. dj., 12, n. 4; Berneisen, nav. dj., 258, n. 21-24.

76 Cjelina teksta može se shvatiti samo u svjetlu *Interpretatio* na sljedeći način: *Per liberam personam, quae nobis nulla conditione obligatae sunt, acquirere nihil possumus. Sed per procuratores acquiri nobis possessionem certum est. Nam si aliquid absente domino fuerit comparatum, non aliter ei acquiritur, nisi hanc ipsam venditionem sibi acceptam dominus esse consenserit*. Ovdje se *acquirere possessionem* izjednačava s *aliquid comparare*, a *possessio* se izjednačava s *res*. Opširnije vidi Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 67. gdje autor pojašnjava da za *Interpretatio*, *possessio* znači vlasništvo. S druge strane, prokurator iz Sentencija je mandatar (*Interpretatio*, 1.3.2) obvezan prisutnom gospodaru (P.S.1.3.1) za jednu ili više točno određenih stvari. Opširnije o ovom vidi Levy, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca, N.Y., 1945, 79.

koji ga na to nije obvezao i koji je odsutan, može tu osobu učiniti vlasnikom samo ratifikacijom. Levy⁷⁷ smatra da izjednačenje odsutnosti *dominusa* s izostankom njegove suglasnosti za preuzimanje stvari u posjedovne svrhe, ima ideju koja ne odgovara klasičnom *procuratoru omnium bonorum*. Osim toga, u toj se kratkoj rečenici po prvi put spominje *ratihabitio* u vezi s posjedom. Tom se rečenicom, koja nije klasičnog podrijetla i u kojoj ništa novo nije rečeno, ograničavaju prokuratorove ovlasti. Sve je navedeno jasno i nedvojbeno, ali je očito da ne spada u klasično pravo⁷⁸ zbog čega navedeni tekst nije relevantan za naše istraživanje.

Osobitu pozornost treba posvetiti tekstovima D.3.5.23(24), D.41.2.42.1 i D.43.26.6.1. koji se odnose na stjecanje posjeda posredstvom prokuratora podvrgavajući ga učincima specijalnog mandata ili ratifikaciji gospodara.

D.3.5.23(24) (*Paul. 24 ad ed.*): *Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiretur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.*⁷⁹

Paul govori o slučaju kada je dužnik platio vjerovnikovom prokuratoru⁸⁰ s namjerom da novac uđe u vjerovnikovo vlasništvo. Vjerovnik nije znao da je platež izvršen prokuratoru. Poslovođa nije dobio mandat inače ne bi bila tražena *ratihabitio* prihvata novca. Tekst se smatra interpoliranim, posebice u drugom dijelu.⁸¹ Dvije zadnje rečenice očito kvare Paulovo razmišljanje. Na početku teksta Paul jasno navodi da je dužnik dugovanu sumu predao prokuratoru svog vjerovnika s ciljem da na vjerovnika prenese vlasništvo tog novca. Pravnik prešutno dopušta da je vjerovnik stekao posjed, ali ustvrđuje da vjerovnik ne može steći pravo vlasništva putem prokuratora, osim ratifikacijom. Tek nakon izvršene *ratihabitio dominus* postaje vlasnik novca, a dužnik se oslobađa obveze.⁸² Zbog toga koristeći riječ *proprietas*, kojom tehnički suprotstavlja posjedu pravo vlasništva, ističe da tradicijom nije preneseno vlasništvo na vjerovnika (*proprietas quidem per procuratorem non*

77 Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 66, 74, n. 275.

78 Meylan, nav. dj., 108; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano I*, Firenze 1928, 859, n. 1; Bonfante, *Corso III*, 289; Frese, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, *Studi Riccobono IV*, Palermo 1936, 408, n. 49; Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 51, n. 2.

79 D.3.5.23(24): Ako vjerovnikovom prokuratoru predam novac s namjerom da taj novac postane vjerovnikovo vlasništvo, premda se putem prokuratora ne može steći vlasništvo, ipak sada vjerovnik može bez moje volje putem odobrenja učiniti novac svojim. Zato što je prokurator prihvatom novca vodio vjerovnikov posao. I otuda se vjerovnikovim odobrenjem oslobađam.

80 Sporno je, je li primatelj novca vjerovnikov prokurator i dužnikov glasnik (Kniep, *Der Besitz*, 219), ili dužnikov prokurator (Last, nav. dj., 76). Klinck, nav. dj., 230, n. 68 to pitanje smatra nepotrebnim jer je očito da je za Paula odlučujuće samo postojanje mandata ili *ratihabitio*.

81 Beseler, *Beiträge IV*, 53; isti, *Miscellanea – Postliminium und Cornelia*, *ZSS 45* (1925), 192.

82 Watson, *Acquisition of ownership*, 201 smatra da je *dominus* morao znati da je dužnik platio njegovom prokuratoru da bi postao vlasnik novca. Drukčije Claus, nav. dj., 202 koji ističe da se ovdje radi o odluci kojom se ograničavaju ovlasti *procuratora omnium bonorum*, te da pravnik tretira prokuratora kao mandatara.

adquiritur), ali da vjerovnik može ratifikacijom, čak i protiv prokuratorove volje, postati vlasnikom plaćene sume (*pecuniam suam facere*). Bonfante smatra da je navedeni tekst u kojem se *ratihabitio* zahtijeva, kako za stjecanje posjeda, tako i za stjecanje vlasništva, uvršten u Digesta samo zahvaljujući nepažnji kompilatora. On ne smatra da su klasični pravници razlikovali dvije hipoteze, te da se radi samo o tradiciji izvršenoj prokuratoru temeljem već postojećeg gospodarevog potraživanja.

Sljedeći tekst, koji se odnosi na stjecanje posjeda putem prokuratora je iz Ulpijanovih Regula, uvršten u D.41.2.42.1.

D.41.2.42.1 (*Ulp. 4 reg.*): *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.*⁸³

Ulpijan pravi razliku između stjecanja izvršenog temeljem gospodarevog mandata i stjecanja bez naloga. U prvom slučaju *dominus* stječe posjed, a u drugom će ga steći tek kada odobri kupnju. Pravnik potvrđuje da prokurator zastupa gospodara u stjecanju posjeda.⁸⁴ *Procurator omnium bonorum* koji je djelovao u okviru upravljanja imovinom, ne treba za stjecanje posjeda nikakav poseban mandat od gospodara. Na početku teksta govori se o generalnom mandatu poduzeti sve što je potrebno. Levy smatra da su kompilatori iskrvarili tekst kako bi smanjili prokuratorove ovlasti.⁸⁵ Ulpijan je htio reći da *dominus* odmah postaje posjednik stvari, čim je njegov prokurator kupi. Pravni odnos temeljem kojeg je izvršena tradicija, ustanovio je prokurator, a ne gospodar. Zbog toga je potrebno da gospodar odobri kupnju. Ako je dao nalog za kupnju, ili ako je odobrio kupnju prije tradicije, steći će posjed već samom tradicijom. U suprotnom slučaju tradicijom neće steći posjed, sve dok ne odobri ugovor o kupoprodaji. *Quod si* rečenica govori o situaciji kada je prokurator kupio nešto što je izvan okvira povjerenog mu upravljanja, što će *dominus* putem *ratihabitio* uvrstiti u krug prokuratorovih dužnosti. Na taj način stječe onda i posjed.

Ulpijan u svom komentaru pretorova edikta *de precario* govori o sličnoj problematici.

D.43.26.6.1 (*Ulp. 71 ad ed.*): *Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.*⁸⁶

Pravnik se bavi pitanjem, može li se i pod kojim uvjetima gospodar smatrati imateljem prekarija stvari koju je njegov prokurator tražio i primio u prekarij za njega. Dok rob i slobodna podčinjena osoba mogu stjecati prekarij za svog imatelja

83 D.41.2.42.1: Ako je prokurator nešto kupio temeljem principalova naloga, on neposredno stječe posjed za njega; ali ako to kupi svojevoljno, samo ako gospodar odobri kupnju.

84 Tekst D.41.2.42.1 podvrgnut je sumnjama na mnogobrojne interpolacije. Vidi: Bonfante, nav. dj., 289; Albertario, nav. dj., 88, n. 2; Frese, nav. dj., 409; Serrao, nav. dj., 39, 162. Rezervirani su Rabel, ZSS 46 (1926), 473 i Beseler, Beiträge IV, 58. koji smatra da Ulpijan nije govorio o stjecanju posjeda nego vlasništva, pri čemu ne uvida da se suprotno slučaju iz D.3.5.23 ratifikacija odnosi na kupoprodaju, a ne na akt stjecanja.

85 Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, 87, 61; usp. Arangio-Ruiz, Il mandato, 77.

86 D.43.26.6.1: Ako je moj prokurator s mojim nalogom ili odobrenjem zahtijevao nešto temeljem prekarija, rekao sam da je to stečeno za mene.

vlasti, prokurator može steći samo posjed. Pravni odnos koji ovdje kvalificira posjed, tj. prekarij, podrazumijeva postojanje gospodarevog pristanka, čija se očitovana volja pojavljuje kao nužna za valjano odobrenje.

U tekstu D.5.3.13.12 Ulpijan govori o stjecanju posjeda na nasljedstvu za odsutnoga.

D.5.3.13.12 (*Ulp. 15 ad ed.*): *Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest.*⁸⁷

Ulpijan govori o *ratihabitio* koja za predmet ima *pro herede gestio*. Odsutni *dominus* stječe posjed tako da odmah kao *possessor pro possessore* može biti tužen temeljem *hereditatis petitio*. Tekst pokazuje da prokurator kod stjecanja posjeda za gospodara jednako kao i rob zastupa *corpore et animo*.⁸⁸

U sljedećem tekstu Ulpijan analizira slučaj kada su stvar kupila dvojica kupaca, a jednome od njih bude predana.

D.41.1.20.2 (*Ulp. 29 ad Sab.*): *Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*⁸⁹

Ticije i ja smo zajedno kupili određenu stvar. Ticije je nakon zaključenja kupoprodajnog ugovora imenovan prokuratorom (*quasi meus procurator*)⁹⁰ i u tom

87 D.5.3.13.12: Ako netko uzme u posjed nasljedstvo u ime odsutnoga, mislim da se tužba iz nasljedstva mora podići protiv odsutnoga, čak i onda kada je dvojbena je li taj odobrio, protiv posjednika ni u kojem slučaju; treba pretpostaviti da ne posjeduje kao nasljednik nego kao obični posjednik; tko posjeduje u tuđe ime i taj ne odobri, onda je prokurator na određeni način otimač i može u svoje ime biti tužen.

88 Opširnije o tekstu D.5.3.13.12 vidi: Klinck, nav. dj., 291-293; Kaser, „pro herede vel pro possessore“, Studi Biscardi III, Milano 1982, 221; Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio – Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln/Weimar/Wien 1998, 4.

89 D.41.1.20.2: Ako ja i Ticije nešto kupimo i to bude predano Ticiju kao mom prokuratoru, mislim da tako stječem vlasništvo jer je prihvaćeno da posjed i putem posjeda vlasništvo na bilo kojoj stvari, može biti stečeno putem slobodne osobe.

90 Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 212, n. 29 i Beseler, *Beiträge IV*, 55 smatraju da Ticije nije moj prokurator nego samo specijalni opunomoćenik kojem je stvar prenesena dijelom i u moje ime; slično Voci, nav. dj., 74 i Solazzi, nav. dj., 197. Betti, *L'attuazione di due rapporti attraverso un unico atto di tradizione*, Bull. 41 (1933), 183, n. 2 smatra da je izvorno u tekstu stajalo „*iussu meo quasi procuratori*“, dok Buckland, *Bulletin de la classe des lettres et de sciences morales et politiques*, Acad. Royale de Belgique, Bruxelles 1939, 197. vidi u Ticiju samo sredstvo putem kojeg je preuzeta kupljena stvar i tako mi dijelom priskrbljeno vlasništvo na toj stvari. Claus, nav. dj., 193. zaključuje da iz iznimnog karaktera Ulpijanove odluke proizilazi da pravnik nije namjeravao svakoj slobodnoj osobi otvoriti mogućnost stjecanja vlasništva za drugoga, ali u svakom slučaju na indirektan način se pretpostavlja stjecanje posjeda za drugoga. Klinck, nav. dj., 221 ističe da glavni problem slučaja leži u Ticijevoj podijeljenoj volji jer želi steći i za mene i za sebe. Putem Ticija-mandatara stječem suposjed, a putem posjeda i temeljem *iusta causa* stječem suvlasništvo.

je svojstvu primio zajednički kupljenu stvar.⁹¹ Ulpijan je odlučio da je i suugovaratelj tim aktom stekao pravo vlasništva. Ovdje su vjerojatno kompilatori Ulpijanove riječi *quaesitum possessionem* zamijenili s *quaesitum dominium* uz jednostavno objašnjenje da se stjecanjem posjeda stječe pravo vlasništva. Posjed je stečen za gospodara pri čemu se ne traži ni prethodno postojanje mandata, niti gospodarevo naknadno odobrenje, već samom predajom stvari prokuratoru od *tradensa*. Ali, ipak je to slučaj kod kojeg odnos temeljem kojeg je došlo do tradicije, postoji na strani gospodara, slično kao u Paulovom tekstu D.3.5.23 gdje je novac koji je isplaćen prokuratoru, bio dugovan gospodaru.⁹² Ulpijan iznosi slično mišljenje u tekstu D.6.2.7.10 u kojem govori o Publicijanskoj tužbi.

D.6.2.7.10 (*Ulp. 16 ad ed.*): *Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit.*⁹³

Tekst se odnosi na kupoprodaju, odnosno na pitanje može li se putem trećega steći *iusta causa* potrebna za Publicijansku tužbu. Preciznije: može li kupnja koju je izvršio treći predstavljati *iusta causa* za gospodara. Komentirajući formulu Publicijanske tužbe Ulpijan navodi da je kupnju mogao učiniti tužiteljev rob, prokurator, tutor, skrbnik ili bilo koja druga osoba koja vodi gospodareve poslove. Pravnici ne govore detaljnije o uvjetima o kojima ovisi stjecanje posjeda i vlasništva posredstvom prokuratora.

Ulpijanov tekst D.47.2.14.17 također je važan za pitanje stjecanja posjeda putem slobodne osobe.

D.47.2.14.17 (*Ulp. 29 ad Sab.*): *Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aequae (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium . . .*⁹⁴

Ulpijan govori o slučaju krađe pisma i pita se tko ima pravo podići *actio furti*.

91 O različitim tumačenjima teksta vidi: Beseler, Beiträge IV, 55; Schulz, Einführung, 77, n. 2; isti, Classical Roman Law, 440; Meylan, nav. dj., 112; Watson, Acquisition of possession, 39; isti, Contract of mandate, 49, n. 1; isti, Acquisition of ownership, 202; Klinck, Erwerb durch Übergabe, 219-221.

92 Usp. D.41.1.37.6 (*Iul. 44 dig.*) i D.39.5.13 (*Ulp. 7 disp.*) gdje se odsustvo mandata i ratifikacije podrazumijeva u slučajevima kada je tradicija izvršena prokuratoru u svrhu darovanja koje je gospodar prihvatio; sl. D.41.3.41 (*Ner. 7 membr.*) u kojem Neracije govori o prokuratoru koji je oduzeo stvar od kradljivca koji ju je ukrao gospodaru.

93 D.6.2.7.10: Ako nisam kupio ja nego moj rob, imat ću Publicijansku tužbu. Isto vrijedi ako je kupio moj prokurator, tutor ili skrbnik ili bilo tko drugi koji vodi moje poslove.

94 D.47.2.14.17: Ako pismo, koje sam ti poslao, bude ukradeno, postavlja se pitanje tko ima pravo na *actio furti*. I najprije treba ustanoviti čije je vlasništvo na pismu: pošiljatelja ili namjeravanog primatelja. Ako sam ga predao primateljevom robu, primatelj je odmah stekao vlasništvo. Ako sam ga pak dao njegovom prokuratoru, stekao je odmah vlasništvo (jer se putem slobodnih može steći posjed), posebice ako je u njegovom interesu da ima pismo. Ako sam pak pismo tako poslao da mi bude vraćeno, zadržavam vlasništvo jer ga se nisam htio lišiti ili prenijeti . . .

Pri tomu najprije treba ustvrditi, u čijem je vlasništvu pismo. Ako je pismo predano primateljevom robu ili prokuratoru, primatelj odmah postaje vlasnik pisma, posebice u slučaju kada mu je u interesu steći ga. Za nas je osobito važna rečenica *quia per liberam personam possessio quaeri potest* iz koje se mogu izvesti različiti zaključci. Ako pođemo od pretpostavke da u Ulpijanovo vrijeme još uvijek nije bilo dopušteno stjecanje posjeda *per liberam personam*, onda se takav umetak ne može prihvatiti kao Ulpijanovo očitovanje. Vjerojatno je umjesto *libera persona* stajalo *procurator* ili je kasnije umetnuta cijela rečenica.⁹⁵ Watson⁹⁶ nudi dva razloga za prokuratora. Kod dopuštenja stjecanja posjeda putem slobodne osobe uvijek se ima u vidu blizak odnos između primatelja pisma i onoga koji služi kao posrednik. Za to je prokurator posebno pogodan jer se podrazumijevalo da može stjecati posjed za *dominusa*. Osim toga, radi se o slučaju gdje je u središtu problema stjecanje vlasništva, a ono je bilo moguće samo putem prokuratora. Stjecanje posjeda samo je usputno obrađivano u mjeri u kojoj je to bilo potrebno za stjecanje vlasništva.⁹⁷

Sljedeći tekst je D.41.2.1.20 u kojem Paul govori putem kojih osoba možemo steći posjed.

D.41.2.1.20 (*Paul. 54 ad ed.*): *Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiretur: cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*⁹⁸

Pravnik najprije ponavlja načelo da *procurator*, *curator* i *tutor* mogu steći posjed. Koristeći u tekstu⁹⁹ *argumentum ad absurdum*, kako bi potkrijepio ispravnost svoje odluke, Paul pokazuje da je suprotno stajalište ili alternativa, apsurdna i neodrživa. Rečenica u kojoj se govori da možemo steći posjed putem prokuratora, smatra se izvornom. Cilj je teksta pokazati pod kojim se pretpostavkama stječe posjed. Na

95 O mogućim interpolacijama u tekstu vidi: Beseler, Beiträge IV, 59; Schulz, Einführung, 75; Bonfante, Corso III, 366; suprotno Klinck, nav. dj., 222.

96 Watson, Acquisition of ownership, 204, n. 55; isti, Acquisition of possession, 33, n. 32.

97 Berneisen, nav. dj., 289. smatra da je umetnuta rečenica djelo postklasičnog pravnika koji je htio naglasiti uopćavanje u području zastupanja. Ulpijan nije trebao takvu rečenicu jer stjecanje posjeda *per liberam personam* još uvijek nije bilo priznato. Albertario, Possesso e quasi possesso, 123. također smatra da se u tekstu govori o prokuratoru, a Beseler, nav. dj., 59. naslučuje nijekanje mogućnosti stjecanja vlasništva putem prokuratora.

98 D.41.2.1.20: Putem prokuratora, tutora ili kuratora stječe se za nas posjed. Ako su pak oni stekli posjed u svoje ime, bez namjere da svoje usluge stave na raspolaganje, ne mogu za nas stjecati. Naime, kada bi odlučili da ne stječemo posjed putem onih koji su ga stekli u naše ime, iz toga bi slijedilo da niti posjeduje onaj kojem je stvar predana, jer on nema posjedovnu volju, niti onaj koji ga je prenio jer je napustio posjed.

99 Premda postoje sumnje na interpolacije, tekst se u osnovi smatra izvornim. Vidi: Claus, nav. dj., 198; Watson, Acquisition of possession, 30; Lambrini, nav. dj., 68; Klinck, nav. dj., 229; drukčije vidi: Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, Berlin 1887, 221; Kniep, nav. dj., 199.

početku teksta se kaže da prokurator, tutor ili kurator stječu posjed za nas samo onda kada su ga u naše ime preuzeli od trećega. Prihvaćaju li stvar u svoje ime, onda za nas ne stječu posjed, pa čak ni ako bi imali volju stjecati za nas. Iz toga slijedi da uvijek kada nastupaju u naše ime, stječu za nas posjed. Uopćenost teksta pokazuje da Paul daje opću sliku razvitka na području stjecanja posjeda putem druge osobe, a ne radi se o podčinjenome. Time postaje jasna interpolacija iz konstitucije C.7.32.1 jer nema velike vremenske razlike između Paulovog teksta i konstitucije.

U sljedećem tekstu D.41.3.47 Paul potvrđuje mogućnost stjecanja posjeda putem prokuratora i u slučaju kada *dominus* nije bio upoznat s tim stjecanjem.

D.41.3.47 (Paul. 3 ad Ner.): *Si emptam rem mihi procurator ignorante meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus in peculiaribus tantum rebus receptum est.*¹⁰⁰

Paul i Neracije su mišljenja da gospodar ne može dosjesti stvar koju je njegov prokurator kupio i preuzeo bez njegovog znanja.¹⁰¹ Pri tomu pravnici ne određuju uvjete pod kojima je posjed stečen za gospodara koji nije bio upoznat s tradicijom izvršenom prokuratoru. Oni prvenstveno nastoje naglasiti da ni gospodarev posjed nije dovoljan da bi se dopustila dosjelost.

O mogućnosti dosijedanja stvari s čijim posjedom *usucapiens* nije bio upoznat govori konstitucija C.7.32.1 iz 196. godine.

C.7.32.1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Attico. Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. u. d. C. Fuscus u. Dexter*¹⁰²

U konstituciji se naglašava da će započeti teći rok dosjelosti i u slučaju stjecanja posjeda putem slobodne osobe, čak i onda kada *usucapiens* nije bio upoznat s činjenicom stjecanja posjeda ako je za to kasnije saznao, što je dopušteno iz razloga korisnosti i temeljem osnovnih pravnih načela (*ratione utilitatis quam iuris pridem receptum*). Ipak, smatra se da je konstitucija interpolirana na mjestu gdje se govori da je dopušteno stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe.¹⁰³ Klasičnim se smatra stjecanje posjeda putem prokuratora, na što ukazuje usporedba s Justinijanovim

100 D.41.3.47: Ako je prokurator bez mog znanja preuzeo u mom interesu stvar koju sam kupio, neću je dosjesti premda je posjedujem, jer je dosjelost bez znanja priznata samo kod stvari u pekuliju.

101 Frese, nav. dj., 410, n. 55; Beseler, nav. dj., 59; Lenel, Paling. I, 778, n. 1; Schulz, Classical Roman Law, 440, 771; Meylan, nav. dj., 113; Rotondi, Possesso quae animo retinetur, BIDR 30 (1920), 8. = Scritti giuridici 3 (1922), 211; Klinck, nav. dj., 229-230.

102 C.7.32.1. Da se putem slobodne osobe može steći posjed i nakon što se za to saznalo, da može započeti teći dosjelost, već je ranije prihvaćeno iz razloga korisnosti i temeljnih pravnih načela.

103 Berneisen, nav. dj., 255; Watson, Acquisition of possession, 32, n. 29; Albertario, Possesso e quasi possesso, Milano 1946, 120. Klinck, Zur Bedeutung des Wortes Procurator, 42 smatra da je navedenom konstitucijom riješeno sporno pitanje stjecanja posjeda, te da stjecanje posjeda *per liberam personam* više nije ograničeno samo na prokuratora, pri čemu upozorava da se termin prokurator u vrijeme donošenja konstitucije koristio u puno širem značenju od prvobitnog. Opširnije vidi isti, Erwerb durch Übergabe, 206-213.

Institucijama 2.9.5 u kojima se navodi prokurator kao primjer za stjecanje posjeda putem slobodne osobe. Taj je primjer preuzet iz navedene konstitucije, pa je jasno da se izvorno i u njoj govorilo samo o prokuratoru. Može se zaključiti da je Septimijevom i Karakalinom konstitucijom bez ikakvih rezervi i ograda priznato stjecanje posjeda *per procuratorem*, dok je stjecanje posjeda *per liberam personam* tek kasnije dopušteno. Pitanje je kada je došlo do promjene *per procuratorem* u *per liberam personam* i zašto je car bez ikakvih ograničenja dopustio da od sada vrijedi stjecanje posjeda putem prokuratora. U zadnjoj se rečenici konstitucije poziva na *ratione utilitatis* i *ratione iuris* kako bi se dopustila dosjelost onome za koga je stečen posjed, uz pretpostavku da je kasnije saznao za stjecanje. Sličnom se problematikom bavio Neracije u D.41.3.41 pa je vrlo moguće da je njegovo rješenje bilo osnova za carevu odluku u konstituciji. U svakom slučaju *utilitas* ostaje temeljnim razlogom u obrazloženju dopustivosti stjecanja posjeda putem prokuratora. Zaključni dio konstitucije *pridem receptum est* može se protumačiti kao careva konačna odluka dugotrajnog spornog pitanja stjecanja posjeda *per procuratorem*.

U tekstu D.13.7.11.6 Ulpijan se poziva na konstituciju C.7.32.1, pa se može pretpostaviti da je i njegov tekst prerađen na sličan način kao i konstitucija.

D.13.7.11.6 (*Ulp.* 28 *ad ed.*): *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur; adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.*¹⁰⁴

Tekst je nastao nešto kasnije nakon izdavanja konstitucije C.7.32.1. Radi se o stjecanju založnopravne tužbe putem trećega. Ulpijan kaže da prokurator može stjecati posjed za svog *dominusa*. Ne iznosi obrazloženje tog očitovanja jer je htio reći da slobodna osoba ne može za drugoga steći založno pravo tako da taj drugi bude tužen s *actio pigneraticia*. Čak ni prokurator koji za svog *dominusa* može stjecati posjed, ne može ga obvezati na takav način, a kamoli neka druga slobodna osoba. Stjecanje za drugoga bit će valjano samo onda ako je *dominus* već postao založni vjerovnik, a prokurator mu osigura posjed založene stvari. Pravnik se poziva na carsku konstituciju (najvjerojatnije C.7.32.1) kojom je dopušteno stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe,¹⁰⁵ kako bi obrazložio mogućnost stjecanja posjeda založene stvari za založnog vjerovnika putem prokuratora ili tutora.

104 D.13.7.11.6: Putem slobodne osobe ne možemo steći zalog, kao što ne možemo preko prokuratora ili tutora. Zbog toga moramo osobno biti tuženi tužbom iz zaloga. Tu ne mijenja ništa, ni što je naš car konstitucijom odredio da slobodna osoba za drugoga može stjecati posjed; to se u našem slučaju odnosi na to da možemo steći posjed nama založene stvari putem prokuratora ili tutora dok samo založno pravo samo iznimno možemo steći putem slobodne osobe.

105 Knip, *vacua possessio*, 228; isti, *Gai Institutiones*, 282 tvrdi da je izvorno u Ulpijanovom tekstu, kao i u konstituciji C.7.32.1 umjesto *per liberam personam* stajalo *per procuratorem vel tutorem*.

IV. Postklasično pravo: Dioklecijanove konstitucije

Dioklecijan se i dalje čvrsto pridržavao temeljnog načela *alteri stipulari nemo potest*, zbog čega u osnovi nije postojala mogućnost stjecanja za drugoga. Ipak, u konstituciji C.7.32.8 iz 294. godine naglašava da se *utilitatis causa* putem prokuratora dopušta stjecanje posjeda, a time i stjecanje vlasništva kada je ono od njega neodvojivo.

C.7.32.8 *Imp. Diocletianus et Maximianus Cyrillo. Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietatis ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit. PP. XVIII k. Mart. Sirmi, Caess. Conss.*¹⁰⁶

Tekst govori o dopustivosti stjecanja posjeda putem prokuratora *utilitatis causa*, tj. ponavlja pravno stanje u smislu kako ga je poznao Paul. Nema govora o tome da je dopušteno stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe. Može se postaviti pitanje, u koju je svrhu donesena konstitucija kada ponavlja pravno stanje koje je već duže vrijedilo. Vjerojatno su pritisci da se dopusti stjecanje posjeda putem svake slobodne osobe u Dioklecijanovo vrijeme postajali sve jači, što je cara navelo da u konstituciji C.7.32.8 pojasni da ne namjerava tako daleko ići. Ipak, treba istaknuti i jednu novinu, a to je da *dominus* putem prokuratora može steći vlasništvo u slučajevima kada se vlasništvo ne može odvojiti od posjeda. Međutim, kada se zadnji dio ove konstitucije usporedi s Dioklecijanovom konstitucijom C.4.27.1, onda bi se moglo zaključiti da su u proturječju. U konstituciji C.4.27.1 navodi se da je stjecanje posjeda putem prokuratora jedina mogućnost stjecanja putem slobodne osobe. Najvjerojatnije je da je Dioklecijan u konstituciji C.7.32.8 htio ukazati na posljedice koje za sobom povlači stjecanje posjeda putem prokuratora. Npr. ako *dominus* zaključi s trećim kupoprodajni ugovor, pa onda stvar od prodavatelja preuzme prokurator, na taj način steče posjed za *dominusa*, ali istovremeno i vlasništvo jer već postoji *causa traditionis* i nedostaje još samo stjecanje posjeda. U takvom su slučaju posjed i vlasništvo neodvojivi, pa je moguće da je Dioklecijan imao u vidu takvu situaciju kada je izdavao konstituciju.¹⁰⁷

Za analizu našeg problema važna je Dioklecijanova konstitucija C.4.27.1 iz 290. godine.

C.4.27.1: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Marcello. Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquire posse indubii iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est. servis autem res traditae dominis acquiruntur. PP. Kal. Iul. ipsis IV. et III. AA. Conss.*¹⁰⁸

106 C.7.32.8: Iz razloga korisnosti prihvaćeno je da se putem prokuratora može steći posjed, a i vlasništvo kada je od njega neodvojivo.

107 Klinck, nav. dj., 254.

108 C.4.27.1: Nedvojbeno je ispravno da se, uz iznimku posjeda, putem slobodnih ljudi, koji nisu podčinjeni vlasti drugoga, ništa ne može steći. Dakle, ako je prokurator zaključio sporazum o povratu stvari i tom paktu bude pridodana i stipulacija, za gospodara iz toga nije nastala nikakva tražbina. Naprotiv, stvari koje su predane robovima, stečene su za njihove gospodare.

U navedenoj konstituciji¹⁰⁹ carevi ponavljaju da se putem slobodnih osoba može steći samo posjed. Pitanje je, jesu li pod tim mislili da samo prokurator može stjecati za svog gospodara ili da svaka slobodna osoba može stjecati posjed za drugoga.¹¹⁰ Na osnovi istovremeno donesene konstitucije C.7.32.8 može se zaključiti da se radi o interpolaciji. Klasično pravo još nije bilo došlo do stajališta da je moguće stjecati posjed *per liberam personam*. S tim u skladu je druga rečenica konstitucije u kojoj se jasno navodi da se radi o prokuratoru i u kojoj se htjelo primjerom pojasniti sadržaj prvog dijela. Iz ovoga se može zaključiti da se u prvoj rečenici mislilo da samo prokurator može stjecati posjed za drugoga, te da Dioklecijan nije općenito dopustio stjecati posjed *per liberam personam*. Carevi nisu imali namjeru ovom konstitucijom inicirati mogućnost stjecanja posjeda putem slobodne osobe. Povod za donošenje navedene konstitucije bio je razrješenje specifične situacije. *Procurator omnium bonorum* sklopio je s trećim *pactum* o povratu stvari za *dominusa*. Nakon pakta zaključili su i stipulaciju istog sadržaja. Postavilo se pitanje, je li *dominus* stekao ikakvu tražbinu prema trećemu. Rješenje je glasilo: *nulla domino obligatio adquisita est*. Takva je odluka u skladu sa zabranom stjecanja tražbine za drugoga.¹¹¹ Prema tomu, konstitucija ne nudi nikakvu novinu, ali ipak treba primijetiti da se Dioklecijan ponovno bavio pitanjem može li treći paktom ili stipulacijom steći neko pravo, ili može li pravo za njega biti zasnovano. Učestalost tih pitanja ukazuje na zaključak da su u praktičnom životu neprestano rasli zahtjevi za novim rješenjima u ovoj oblasti kojima se car stalno opirao vođen svojim klasicističkim pravnim nazorima.

V. Justinijanovo pravo: stjecanje posjeda *per liberam personam*

Premda se i u Justinijanovom pravu ponavljaju klasični pravni stavovi, preuzeti iz Gajevih Institucija, prema kojima je stjecanje prava putem slobodnih osoba isključeno, ipak su predviđene određene iznimke u oblasti stjecanja posjeda i vlasništva, što je očito iz teksta I.2.9.5. Justinijanovi kompilatori u I.2.9.5 općenito govore o stjecanju prava za drugoga.

I.2.9.5: *Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque iure vestro subiectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per*

109 Opširnije o konstituciji vidi: Berneisen, nav. dj., 276; Pringsheim, nav. dj., 357; Klinck, nav. dj., 255.

110 Watson, Acquisition of ownership, 206; isti, Acquisition of possession, 39-41. smatra da je u Kodeksu odlučeno da svaka slobodna osoba može stjecati za druge; suprotno Claus, nav. dj., 328. koji drži da Dioklecijan nije dopustio stjecanje posjeda *per liberam personam*.

111 D.50.17.73.4; D.12.1.9.8; D.21.1.51; D.26.7.9pr; G.3.103; G.3.163; D.14.3.1; D.14.3.2; C.8.37.3; C.8.38(39).3pr; C.4.50.6.3; C.5.12.26; C.5.12.19; C.5.14.7; D.45.1.38.17; D.43.24.3pr; D.14.1.1.18; D.44.7.11; D.45.1.126.2; D.22.1.24.2; D.46.5.5; D.18.1.34.7; I.3.19.4.

*hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.*¹¹²

U navedenom tekstu Justinijanovih Institucija ne radi se samo o stjecanju posjeda i vlasništva putem drugoga, nego se općenito govori o stjecanju prava za drugoga. U prvoj rečenici se izlaže gledište klasičnog prava uz oslanjanje na Gajeve Institucije 2.95. Ponavlja se da putem slobodnih osoba, koje nisu pod našom vlašću, ne možemo ni iz kojeg razloga ništa stjecati. Jednako vrijedi i za tuđe robove na kojima nemamo plodouživanje niti zakonit posjed. U nastavku teksta¹¹³ ističe se postojanje iznimke koja se odnosi na stjecanje posjeda i vlasništva putem drugih osoba. Pozivajući se na Severovu konstituciju C.7.32.1 dopušta se stjecanje posjeda ne samo putem prokuratora nego i putem svake slobodne osobe. Kompilatori su očito u tekstu Institucija ispred riječi *per procuratorem* umetnuli *per liberam personam veluti*. Pri tomu su naglasili da se posjed može steći putem svake slobodne osobe, bez obzira je li zastupani s tim bio upoznat ili nije (*non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem*). Premda se ne daje konkretno obrazloženje, može se zaključiti da je navedeno rješenje doneseno *utilitatis causa* jer je principalov primarni interes zaštita faktične vlasti na stvari. Ipak, može se postaviti pitanje što je još navelo kompilatore na donošenje novog rješenja: jesu li ponovno razmotrili tu problematiku i zaključili da je svrsishodno donijeti takvu odluku, ili je približavanje prokuratora i mandatara dovelo do proširenja mogućnosti stjecanja posjeda za drugoga. Najvjerojatnije je da je na mogućnost proširenja stjecanja posjeda *per liberam personam* utjecala činjenica da se posjed mogao steći putem slobodne osobe kojoj je to bilo naloženo u bilo kojoj formi. Približavanje mandata i prokure do kojeg je došlo u kasnom klasičnom pravu, nastavljeno je i u Justinijanovom pravu, što je omogućilo stjecanje posjeda *per liberam personam*. Svakako da je u uskoj vezi sa stjecanjem posjeda i stjecanje vlasništva, o čemu se govori u završnom dijelu teksta. Stjecanje vlasništva sada je dopušteno putem svake slobodne osobe pri čemu se zahtijeva da je vlasnik, a ne netko drugi, prenio stvar. Stjecanjem posjeda istodobno se *ratione utilitatis* stječe vlasništvo. Ovakvo je rješenje sigurno posljedica činjenice što je mancipacija nestala iz upotrebe i svugdje zamijenjena tradicijom. Osim toga, *iusta causa* koja je u klasičnom pravu morala postojati uz tradiciju ako se htjelo prenijeti vlasništvo, više se ne traži. U zadnjoj se rečenici govori o slučaju kada je nevlasnik tradirao stvar posredniku. U takvoj će

112 I.2.9.5: Dakle, iz toga proizilazi da putem slobodnih osoba, koje nisu podčinjene vašoj vlasti, i koje ne posjedujete u dobroj vjeri ili putem tuđih robova na kojima nemate, ni plodouživanje, niti zakonit posjed, ni iz kojeg razloga ne možete stjecati. I na to se misli kada se kaže da se putem tuđih osoba ne može ništa stjecati. Ipak, s iznimkom da, kako je priznato i konstitucijom božanskog Severa potvrđeno, putem slobodne osobe, npr. putem prokuratora, stječete posjed, ne samo kada to znate, nego također kada za to ne znate, i da putem tog posjeda stječete čak vlasništvo, ako je otuđivatelj bio vlasnik, ili uzukapioni posjed, ili prigovor dugotrajnog posjeda ako taj nije bio vlasnik.

113 Opširnije o tekstu vidi; Pringsheim, *Acquisition of ownership through servus fugitivus*, *Gesammelte Abhandlungen I*, Heidelberg 1961, 356; Berneisen, nav. dj., 259; Claus, nav. dj., 337-340; Klinck, nav. dj., 207.

situaciji principal, pri čemu posrednik ponovno može biti bilo koja slobodna osoba, steći vlasništvo institutom *usucapio* ili *longi temporis praescriptio*. Bitno je naglasiti da će joj *libera persona* omogućiti takvu poziciju. Ovakvo razmišljanje provlači se kroz sve interpolirane tekstove u kojima su riječi *per procuratorem* zamijenjene s *per liberam personam*.¹¹⁴

114 Claus, nav. dj., 340.

VI. Zaključak

U razdoblju ranog klasičnog prava nastavljen je proces omogućavanja stjecanja posjeda putem prokuratora, započet u republikanskom razdoblju. Može se reći da je u Neracijevu vrijeme taj proces već gotovo završen. Pri tomu je ostavljeno po strani pitanje čiji je *animus possidendi* relevantan. Na temelju tekstova, u kojima se potvrđuje da posjed može biti stečen *per procuratorem* (P.S.5.2.2; I.2.9.5; *Nerat.* D.41.3.41; *Pap.* D.41.2.49.2; *Paul.* D.41.2.1.20; *Ulp.* D.41.2.34.1; C.4.27.1; C.7.32.1.8), kao i onih koji govore o posjedu stečenom bez znanja gospodara (I.2.9.5; D.41.2.34.1; D.41.2.49.2; C.7.32.8) može se zaključiti da su njihova svjedočanstva u potpunom suglasju sa zahtjevom za postojanjem specijalnog mandata ili ratifikacije u slučajevima kada gospodar nije odredio kauzu stjecanja. Ideja da bi taj specijalni mandat mogao sadržavati gospodarev *animus possidendi* nije u suglasju s tekstovima budući da počiva na zbrci između *animusa* koji zahtijeva svijest o tradiciji i volje da se tradicija izvrši. Na temelju navedenoga moglo bi se zaključiti da je posjed stečen za gospodara *animo et corpore alieno*.

Odlučujuće je ipak dogmatsko stajalište o korisnosti – *utilitas* koje djeluje u prilog dopustivosti stjecanja posjeda *per procuratorem* u smislu procjene primarnih interesa *dominusa* za zaštitu stvarne vlasti, zasnovanom na specijalnoj dogmatski ponešto iskrivljenoj konstrukciji posjeda rimskih pravnika. Paulovo *utilitatis causa receptum est* (P.S.5.2.2) u povijesnom razvitku može se usporediti s Gajevim *quaeritur* (G.2.95) i Neracijevim (D.41.3.41) *iam fere conveniat*. Premda u razdoblju kasnog klasičnog prava u načelu nije dopušteno stjecanje za drugoga, Septimije Sever je konačno dopustio stjecanje posjeda *per procuratorem*. Ishodišna točka obrazloženja je pozivanje na *utilitas*, što je poznato već iz ranog klasičnog prava. Dioklecijan je kao jedinu iznimku od zabrane stjecanja za drugoga, dopustio stjecanje posjeda *per procuratorem*.

U Justinijanovom pravu došlo je do izjednačavanja instituta mandata i prokure u oblasti stjecanja prava. Zbog prokuratorove blizine gospodarevoj imovini kojom je upravljao, dopušteno je stjecanje posjeda putem prokuratora, ali prokurator nije mogao očitovati umjesto gospodara *animus possidendi* koji je u vrijeme Severa postao bitna pretpostavka za stjecanje posjeda. *Procurator omnium bonorum* stječe posjed za *dominusa utilitatis causa*. Prokurator nije mogao stjecati vlasništvo za gospodara jer zbog zabrane *stipulari alteri*, nije mogao steći za gospodara *iusta causa traditionis*. Pozivajući se na Severovu konstituciju C.7.32.1 Justinijanovi kompilatori su dopustili stjecanje posjeda ne samo putem prokuratora nego i putem svake slobodne osobe.

Summary

PER LIBERAM PERSONAM POSSESSIO ADQUIRITUR

Although in the Roman law was in force the principle according to which was forbidden the acquisition by free persons: *per extraneam personam nobis adquiri non posse*, that prohibition was moderated in the domain of acquisition of possession and ownership because of the necessity of judicial trade. As regards the acquisition of possession the Roman Law started to retreat from the position of the impossibility of immediate representation probably because the possession doesn't have anything to see with the law but with the real (effective, material) relation.

Already in the classical period was allowed the acquisition of possession through the procurator as the permanent administrator of property. *Procurator omnium bonorum* acquires the possession for the master *utilitatis causa*. Neracius, the prominent representative of the Proculian school, was the first lawyer that allowed the acquisition of possession through the procurator. Gaius' *Institutiones* shows that Neracio's opinion wasn't completely accepted in the Classical period because the followers of the Sabinian school were against the possibility of acquisition of possession *per liberam personam*. Septimius and Caracala, by the constitution C.7.32.1., for the first time made possible the unlimited acquisition of possession *per procuratorem*, that undoubtedly was allowed only in Paul's Sententions. Diocletian's Constitutions confirm the positions of the Classical period. Only the approaching of the institution of mandate and procuratory enabled the Giustinian compilers to allow the acquisition of possession for the other through any free person: that was valid whether the represented was acquainted with it or in case he was represented as *ignorans*, appealing on *utilitatis causa*.

Key words: *Roman law, possession, acquisition of the possession, free person, procurator.*

Zusammenfassung

PER LIBERAM PERSONAM POSSESSIO ADQUIRETUR

Im römischen klassischen Recht galt der Grundsatz, nach dem ein Rechtserwerb durch einen freien Menschen ausgeschlossen ist: *per extraneam personam nobis adquiri non posse*. Aber das Verbot wurde durch eine drängende Entwicklung zur Stellvertretung, verursacht durch Bedürfnisse des Rechtsverkäufers, hervorgerufen. Aufgrund der letzten in republikanischer Zeit geprüften Quellen denkt man an eine Entwicklung auf dem Sektor Besitz- und Eigentumserwerb. Der Besitzerwerb *per procuratorem* unterlag einem langdauernden Entwicklungsprozess. Der *procurator* war der erste Mittelsmann, der als Freier seinem Herrn den Besitz erwerben konnte. In klassischer Zeit gingen die Juristen daran, die Zulassung des Besitzerwerbes durch einen anderen anzuerkennen. Dieser Entwicklungsprozess kann so verlaufen sein, dass zur Zeit des Neratius, der ein prominenter Prokulianer war, derjenige, für den ein *procurator* tätig wird, durch diesen Besitz erwerben konnte. Da die sabinianische Rechtsschule im Lager der Gegner stand, existierte diese Auffassung von der Zulässigkeit des Besitzerwerbes *per procuratorem* noch nicht als einhellig anerkannte Juristenmeinung. Die Stelle aus Gai. 2.95 weist darauf hin, dass die Frage des Besitzerwerbes *per procuratorem* noch bei diesem zeitlich späterliegenden Juristen nicht endgültig einer positiven Lösung zugeführt worden war. Die Konstitution C.7.32.1 von Septimius und Caracalla wollte erstmals uneingeschränkt den Besitzerwerb *per procuratorem* zulassen. Aber erst bei Paulus in seinen Sentenzen 5.2.2 war ein Besitzerwerb *per procuratorem* für seinen *dominus* endgültig zweifelsfrei zugelassen. Der *procurator omnium bonorum* erwirbt den Besitz für seinen Herrn *utilitatis causa*. Das Problem, das vorerst noch offenbleibt, war der Besitzerwerb *per liberam personam*. Die Konstitutionen Diokletians C.7.32.8 und C.4.27.1 wiederholen, dass der Besitzerwerb durch einen *procurator* die einzige Möglichkeit darstellt, durch einen Freien zu erwerben. Die Annäherung von Mandat und Prokuratur zur Zeit Justinians initiierte die Möglichkeit, den Besitzerwerb für einen anderen zu erweitern. Die Juristen Justinians haben den Besitzerwerb durch jede *libera persona* zugelassen, und zwar sowohl in dem Fall, dass der Vertretene davon Kenntnis hatte, als auch in dem Fall, dass er bezüglich des Besitzerwerbes als ein *ignorans* dasteht.

Schlüsselwörter: *römisches Recht, Besitz, Besitzerwerb, freie Person, procurator.*

AKADEMSKA PRAVA SVEUČILIŠNIH NASTAVNIKA I SURADNIKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Mr. sc. Andrijana Bilić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 378.4(497.5)
Ur.: 9. rujana 2009.
Pr.: 5. studeni 2009.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu autorica razmatra utjecaj globalizacije i neoliberalne ekonomije na sustav visokog obrazovanja te ispituje je li intelektualni integritet akademskih nastavnika i suradnika, s obzirom na povećanje studentske populacije uz istovremenu stagnaciju izvora financiranja sustava visokog obrazovanja, sačuvan. Drugim riječima, mogu li sveučilišta i dalje, pod utjecajem ekonomskog imperativa, biti zagovornici Humboldtovog modela visokog obrazovanja, koje podrazumijeva jedinstvo istraživanja i poučavanja. U tom smislu autorica razmatra rješenja de lege lata i predlaže rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: *akademski prava i slobode, radni odnosi.*

1. Uvod

Sadržaj **akademskih prava** sveučilišnih nastavnika i suradnika umnogom je teško pozitivno pravno odrediti. Međutim, isčitavanjem određenih teorijskih tekstova¹, kao i odredaba različitih statuta sveučilišta² te fakulteta koji propisuju prava i obveze sveučilišnih nastavnika pokušat će se u kratkim crtama odrediti što se presumira pod pojmom akademski prava.

1 COALDRAKE, P., STEDMAN, L., *Academic work in THE TWENTY-FIRST CENTURY*, Changing roles and policies, 99H, occasional Paper Series, Higher Education Division, Department of Education, Training and Youth Affairs, 1999; MARTIN, E., *Changing academic work: developing the learning university*, Society for Research into Higher Education and Open University Press; PRITCHARD, R. M. O., *Academic Freedom and Autonomy in the United Kingdom and Germany*, *Minerva*, 1998., no. 36, str. 101-124.; KAEHLER, S. A., *Wilhelm von Humboldt und der Staat*, Göttingen: Vanderhoeck & Ruprecht, 1963.; ALDERMAN, G., *Audit, Assessment and Academic Autonomy*, *Higher Education Quarterly*, 3 (1996.), str. 179-197; HUISMAN, J., WEERT de E., BARTLESE, J., *Academic Careers from European Perspective, Declining Desirability of the Faculty Position*, *Journal of Higher Education*, 73 (1), 2002, str. 141-160; ALTBACH, P. G., *Academic Freedom: international realities and challenges*, *Higher Education* 41 (1-2), str.205-219.

2 Statuti Sveučilišta u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku; Etički kodeksi Sveučilišta u Zagrebu i Rijeci; Statuti Pravnog fakulteta u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku.

Akademski prava istovremeno obuhvaćaju akademsku slobodu istraživanja značajnih i kontroverznih pitanja, što je nužan preduvjet, koji se mora ispuniti, kako bi sveučilište ostvarilo svoju misiju obrazovanja studenata i unaprjeđenja znanja, te akademsku odgovornost koja zahtijeva od nastavnika da svoje znanje i zahtjeve podredi strogim i javnim recenzijama koje provode stručnjaci iz znanstvenog polja unutar kojeg se istraživanje vrši³; da svoje argumente utemelji na što boljim dokazima, te da zajednički s drugim znanstvenicima radi na unaprjeđenju znanja. Glede znanstvenog rada, svaki član akademske zajednice ima pravo na slobodu istraživanja, govora, poučavanja i publiciranja rezultata istraživanja u sferi svoje znanstvene ekspertize i interesa. U okviru znanstvenog istraživanja valja istaknuti da je svaki znanstvenik slobodan u izboru pitanja i problema koje želi istraživati, kao i u slobodi publiciranja rezultata i zaključaka svog istraživanja. Kao zaposlenik akademske institucije, ovlašten je preispitivati postupak i politiku, ne samo institucije u kojoj je zaposlen, već i sveučilišta uopće, te predlagati i raditi na njihovim promjenama bez straha od cenzure pod uvjetom da takve radnje ne ugrožavaju prava drugih te da su u skladu s dodijeljenim mu/joj odgovornostima. Kao građani, članovi akademske zajednice, mogu izražavati svoja osobna mišljenja, pod uvjetom da ne govore u ime znanstvene ustanove u kojoj je zaposlen/a, osim ako im ta funkcija nije delegirana. Također, akademska sloboda sveučilišnih nastavnika i suradnika sastoji se u zaštiti njihove intelektualne neovisnosti i različitosti u procesu inseminacije znanja, izražavanju svojih ideja bez mješanja zakonodavca ili drugih nositelja državne vlasti, kao i autoriteta unutar same institucije u kojoj je znanstvenik zaposlen, što znači da se nikakva politička, ideološka, religijska, ortodoksna mišljenja se smiju nametati nastavnicima i istraživačima. Neprihvatanje takvih mišljenja ne smije uvjetovati njihovo zapošljavanje, imenovanje u više, ili trajno zvanje, ili predstavljati opravdan razlog za otkazivanje njihovog radnog odnosa. Sasvim je razumljivo da zakonodavac ne smije nametati ograničenja akademskih prava i sloboda članova akademske zajednice kontrolom sveučilišnog budžeta.

U okviru skraćene *policy analysis* ukazat će se na glavne teorijske i praktične izvanpravne probleme i vrijednosti, koji imaju izravan učinak na teorijski i praktički problem akademskih prava sveučilišnih nastavnika i suradnika u današnjoj Hrvatskoj. Spomenuta analiza traži veze, uzroke i posljedice donesenih odluka u svjetlu postuliranih vrijednosti i prihvaćenih javnih politika, kako bi se ukazalo na njihove nedostatke i iznašla alternativna rješenja.

Zbog vremenskog i prostornog ograničenja ovaj rad će obuhvatiti samo neke praktičke probleme vezane uz akademska prava sveučilišnih nastavnika i suradnika u današnjoj Republici Hrvatskoj:

- **održivost jedinstva poučavanja i istraživanja;**
- **izbor u znanstvena, nastavna, suradnička i stručna zvanja i na radna mjesta;**

3 DONNELLY, R., Perceived impact of peer observation of teaching in higher education, *International journal of teaching and learning in higher education*, 2007., vol. 19, no. 2, str. 117-129.

- **trajnost zvanja i zapošljavanje akademskog osoblja temeljem atipičnih ugovora o radu.**

Prije analize spomenutih teorijskih i praktičkih pravnih problema akademskih prava, valjalo bi ukazati na glavne izvanpravne probleme i vrijednosti koji, doduše nisu nastali i ne mogu biti riješeni pretežno pravnim sredstvima, ali imaju izravan učinak na spomenute pravne probleme.

2. Problemi i vrijednosti

Glavni **izvanpravni, izvansveučilišni problem** akademskih prava, kako u Europi, tako i u Hrvatskoj, je **neoliberalni kapitalizam**. Aktualni neoliberalni kapitalistički model rukovodi se samo sebi svojstvenom logikom. Jedini i temeljni princip, koji vodi ovaj sustav, je zakon tržišne primjenjivosti, koji ima akcelerirajuću tendenciju apsorpiranja svih društvenih segmenata. Uspješna formula opstanka i razvoja u društvu - aplikacija proizvoda (materijalnih i nematerijalnih) na tržište. Time znanje, kao nematerijalna vrijednost postaje atraktivna tržišna vrijednost, tj. kapital. Potvrdu podređenosti znanja tržištu rada, tj. kapitala vidi se iz njegove pravne utemeljenosti. Naime, Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, jamči se da će visoko obrazovanje biti učinjeno dostupno svima, na temelju kapaciteta, svim raspoloživim sredstvima, a osobito progresivnim uvođenjem besplatnog obrazovanja.⁴ Berlinsko priopćenje europskih ministara visokog obrazovanja djelomično citira odredbe spomenutog Međunarodnog pakta, pri tom izostavljajući dio koji se odnosi na obvezu progresivnog uvođenja besplatnog visokog obrazovanja.⁵

Znanje, kao koncept, moguće je promatrati još od doba Aristotela, koji je postavio jasnu razliku između znanja, koje je samo sebi svrha i znanja kao praktične vještine ili umijeća (*tehne*). Potonju kategoriju znanja danas se naziva primijenjenim (aplikativnim) znanjem, dakle ono koje se stavlja u funkciju napretka društva. Međutim, ovdje je važno upozoriti da postignuća društvenih znanosti, već prema konstituciji njihovog predmetnog habitusa, ne mogu na jednak način biti aplicirana na tržište kao dostignuća egzaktnih znanosti. Da je tomu tako svjedoči činjenica da su društvene znanosti zahvaljujući svojoj neprofitnoj logici djelovanja, oduvijek bile ovisne o određenim gospodarsko-političkim centrima moći (političkim tijelima, posebice odgovarajućim ministarstvima, kapitalističkim mecenama i sl.), koji su financirali njihovu nužnu egzistenciju, a zauzvrat od društvenih znanosti dobivali, tzv. konstruktivnu kritiku, odnosno vanjsko-unutrašnju refleksiju nužnu za egzistenciju samog sustava socijalne države. Upravo Bolonjski proces, kao najaktualniji primjer supsumcije institucije sveučilišta pod kapitalističku logiku djelovanja i tržišnih zakonitosti, može dovesti da se društvene znanosti, zbog neprimjenjivosti svojih dostignuća na tržištu, transformiraju ili čak nestanu.

4 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966., NN – Međunarodni ugovori, br. 12/93, čl. 3. st. 2 tč. c.

5 Održano u Berlinu 19. rujna 2003.

Glavni **unutar-sveučilišni praktični problem** je **politički pritisak na reformu sveučilišta**. Brzo širenje sustava visokog obrazovanja nosi sa sobom neke implikacije koje se većim dijelom ne uzimaju u obzir. Budući da pritisak za reformu sveučilišta dolazi i od vanjskih i od unutarnjih čimbenika, koji nerijetko imaju suprotstavljena mišljenja u svezi s načinima i zadaćama koje se moraju ostvariti reformom, proces njene implementacije predstavlja nemali problem. Akademsko zajednica traži promjene, ali samo u okviru parametara tradicionalne uloge sveučilišta, dok javna vlast nastoji što brže riješiti socijalne i tehnološke probleme u društvu, pri tom se ne obazirući na širu funkciju i tradiciju sveučilišta. Drugim riječima, institucije visokog obrazovanja prožete su, sebi svojstvenim, tenzijama između širokog kruga pojedinaca koji teže postizanju intelektualne izvrsnosti i različitih zahtjeva koje navedenim institucijama nameće društvo, koje ih, u krajnjem slučaju, financira. Pri tom, bitno je istaknuti činjenicu da su sveučilišta, u nekim pogledima, priličito anarhistički entiteti, u kojima se, nerijetko, teško postiže konsenzus o određenom pitanju, odnosno djelovanju. Ukoliko se i postigne, rezultat je kompromisa što u konačnici u velikoj mjeri utječe na implementaciju reforme, u većini slučajeva, u modificiranom obliku. Upravo nedostatak unutarnjeg konsenzusa reforme čini sveučilišta ranjiva na vanjske sile, kao što su vlada, poslovna zajednica, političke stranke, javno mnijenje i sl. Valja istaknuti da reforma sveučilišta ne ovisi samo o nacionalnim čimbenicima, već i o međunarodnoj perspektivi, budući da je znanje globalna dimenzija u čijem prenošenju i unaprjeđivanju najznačajniju ulogu imaju sveučilišta.

Pod utjecajem navedenih izvanpravnih problema, dovedena je u pitanje **temeljna vrijednost**, tj. **socijalna demokracija** koja, s jedne strane podrazumijeva slobodu izražavanja, a time i negativna akademska prava, **slobodu znanstvenog i umjetničkog stvaralaštva**, unutar kojeg jedinstvo poučavanja i istraživanja te s druge, pozitivna akademska prava, između ostalih, pravo izbora u znanstvena, suradnička i nastavna zvanja te na radna mjesta u okviru čega, između ostalog, pravo zapošljavanja akademskog osoblja temeljem atipičnih ugovora, koja se mogu supsumirati pod **temeljnu vrijednost** zajamčenu ustavom modernih građanskih društava – **pravo na rad i slobodu rada**.

Tradicionalno autonomija sveučilišta podrazumijevala je poštivanje temeljnih načela unutarnje organizacije sveučilišta, kao i njegove interakcije s društvom, u vidu **moralne i intelektualne neovisnosti** od strane političkih autoriteta i ekonomske moći, **slobodu istraživanja i poučavanja** oslobođene od svake netolerancije i intelektualnih zabrana te intelektualan integritet koji podrazumijeva **jednaku potporu istraživanju i poučavanju**.⁶

6 LAY, S., *The Interpretation of the Magna Charta Universitatum and its Principles*, Bononia University Press, Bologna, 2004.

3. Institucionalni okvir radnopravnog položaja sveučilišnih nastavnika i suradnika u RH

Na radne odnose u Republici Hrvatskoj primjenjuju se: konvencije Međunarodne organizacije rada⁷ koje je Republika Hrvatska ratificirala⁸ i koje su tim činom postale dio unutarnjeg nacionalnog zakonodavstva, Ustav RH⁹, Zakon o radu¹⁰ kao *lex generalis*, propisi posebnog radnog zakonodavstva¹¹, podzakonski tekstovi, odluke, pravilnici¹², uredbe i sl. te izvori autonomnog prava, u prvom redu kolektivni i individualni ugovori o radu.

7 O Međunarodnoj organizaciji rada, njenoj organizacijskoj strukturi, ciljevima, zadacima, metodama djelatnosti te njenoj normativnoj, tehničkoj i istraživačko-znanstvenoj djelatnosti vidi više u: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., *Međunarodno radno pravo*, Split, 2006., str. 31-62.

8 Kako bi konvencija koja je usvojena na Općoj skupštini MOR-a postala sastavni dio nacionalnog radnog zakonodavstva države članice, mora se ratificirati. Ratifikacija konvencije je formalan čin kojim država članica preuzima međunarodnu obvezu poduzimanja potrebitih mjera radi primjene njenih odredaba. Država članica, koja želi ratificirati određenu konvenciju, kada za to dobije suglasnost mjerodavne vlasti, izvješćuje generalnog direktora Međunarodne organizacije rada o ratifikaciji konvencije i obvezuje se na poduzimanje mjera za njenu primjenu. Za razliku od ratificiranja klasičnih međunarodnih ugovora, kod kojih se zahtijeva prethodni potpis te razmjena ratifikacijskih instrumenata, ratifikacija konvencije je samo formalan čin. Više o ratifikaciji i odjavljivanju konvencija Međunarodne organizacije rada u: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., o.c., str. 53.-56.

9 Ustav RH, NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01.

10 Zakon o radu, NN br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 142/03, 30/04, 137/04, 68/05.

11 Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, NN br. 32/02; 114/03; Zakon o strancima, NN br. 109/03, Zakon o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj, NN br. 33/96, 96/01, 13/02, 136/02, 112/05; Zakon o zaštiti na radu, NN br. 59/96, 94/96, 114/03; Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN br. 114/03; Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN br. 19/99; Zakon o Državnom inspektoratu, NN br. 76/99, 96/03, 151/03, 160/04, 174/04, 33/05, 48/05, 129/05; Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05; Ovršni zakon, NN br. 57/96, 29/99, 42/00173/03, 194/03, 151/04, 88/05; Stečajni zakon, NN br. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03; Kazneni zakon, NN br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04 te Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, NN br. 167/03.

12 Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara, NN br. 8/96, Pravilnik o poslovima na kojima se ne smije zaposliti malodobnik i o poslovima na kojima može raditi samo nakon prethodnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti, NN br. 59/02, Pravilnik o poslovima na kojima radnik može raditi samo nakon prethodnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti, NN br. 59/02, Pravilnik o djelatnostima koje se smatraju industrijom, NN br. 8/96, Pravilnik o poslovima na kojima ne smije raditi žena, NN br. 44/96, Pravilnik o uvjetima i postupku za stjecanje prava na dopust trudnice ili žene koja doji dijete, NN br. 103/96, Pravilnik o uvjetima i postupku ostvarivanja prava na stanku za dojenje djeteta, NN br. 103/96, Pravilnik o uvjetima i postupku stjecanja prava na rad u skraćenom radnom vremenu radi njege djeteta kojem je potrebna pojačana briga i njega, NN br. 64/98, 44/05, Pravilnik o pravima roditelja djeteta s težim smetnjama u razvoju na dopust ili rad s polovicom punog radnog vremena radi njege djeteta, NN br. 92/03, Pravilnik o potvrdi o privremenoj nesposobnosti za rad, NN br. 11/96, Pravilnik o načinu objave pravilnika o radu, NN br. 8/96, Pravilnik o provođenju izbora za radničko vijeće, NN br. 12/02, Pravilnik o registraciji udruga, NN br. 14/96, Pravilnik o vođenju evidencije i objavi kolektivnih ugovora, NN br. 14/96, 76/01, Pravilnik o radnoj knjižici, NN br. 14/96, Pravilnik o načinu izbora miritelja i provođenju postupka mirenja, NN br. 170/03.

Od institucionalnih subjekata, koji imaju veliku važnost u uređenju akademskih prava sveučilišnih nastavnika i suradnika, koja proizlaze iz njihovog radnopravnog statusa, u Republici Hrvatskoj valja istaknuti: Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa; Nacionalno vijeće za znanost; Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje; Rektorski zbor; sveučilišta; znanstveni instituti; visoke stručne škole te Nezavisni sindikat znanosti i visokog obrazovanja.

Radni odnosi sveučilišnih nastavnika i suradnika u Republici Hrvatskoj uređeni su Zakonom o znanosti i visokom obrazovanju (*lex specialis*)¹³, Kolektivnim ugovorom za znanost i visoko obrazovanje¹⁴, statutima sveučilišta¹⁵ i fakulteta, etičkim kodeksima sveučilišta, Pravilnikom Nacionalnog vijeća za znanost o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja¹⁶, Odlukama Rektorskog zbora o nužnim uvjetima za ocjenu nastavne i stručne djelatnosti u postupku izbora u znanstveno-nastavna zvanja¹⁷ te o obliku i načinu provedbe nastupnog predavanja za izbor u znanstveno-nastavna zvanja, umjetničko-nastavna zvanja i nastavna zvanja¹⁸.

4. Znanstveni rad - jedinstvo poučavanja i istraživanja

Postavlja se pitanje je li u vrijeme današnje globalizacije i utjecaja neoliberalne ekonomije, od čijeg utjecaja nije pošteđen ni sustav visokog obrazovanja, sačuvan **intelektualni integritet akademskih nastavnika i suradnika** s obzirom na povećanje studentske populacije uz istovremenu stagnaciju izvora financiranja sustava visokog obrazovanja? Drugim riječima, mogu li sveučilišta i dalje, pod utjecajem ekonomskog imperativa, biti zagovornici Humboldtovog modela visokog obrazovanja, koji podrazumijeva **jedinstvo istraživanja i poučavanja**? Na koji način društveno-ekonomske promjene utječu na temeljnu vrijednost u akademskom svijetu, akademsku slobodu i jedan od njenih vidova realizacije – **slobodu istraživanja**? Ovo su pitanja na koja bi valjalo iznaći odgovore, a za što je potrebno dugotrajno, mukotržno, komparativno, multidisciplinarno i ino istraživanje, koje, autorica se usuđuje reći, možda i ne uspije pronaći zadovoljavajuće odgovore. Zato će se u ovom radu ograničiti na praktične i pravne probleme vezane uz načelo jedinstva poučavanja

13 Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, NN br. 123/03, 105/04, 174704, 46/07.

14 Kolektivni ugovor za znanost i visoko obrazovanje, NN br. 101/02, Aneks NN br.203/03 i Dodatak III. NN br.28/06.

15 Primjerice, Statut Sveučilišta u Zagrebu, Statut Sveučilišta u Splitu, Statut Sveučilišta u Rijeci, Statut Sveučilišta u Osijeku i sl.

16 Pravilnik Nacionalnog vijeća za znanost o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, NN br. 84/05.

17 Odluka Rektorskog zbora o nužnim uvjetima za ocjenu nastavne i stručne djelatnosti u postupku izbora u znanstveno-nastavna zvanja, NN br.106/06.

18 Odluka Rektorskog zbora o obliku i načinu provedbe nastupnog predavanja za izbor u znanstveno-nastavna zvanja, umjetničko-nastavna zvanja i nastavna zvanja NN br. 129/05.

i istraživanja¹⁹.

Razvoj poduzetničke kulture utječe na provođenje primjenjenog istraživanja, kao i korištenja rezultata istog za znanstveno-tehnološki razvoj tvrtki, koja ta istraživanja financiraju, budući da javna potpora za znanstveno istraživanja, ili nije dostatna, ili nije dostupna te mora biti zamijenjena drugim izvorima.²⁰ Stoga do izražaja dolazi natjecateljski duh istraživača, ne samo što kvalitetnijim rezultatima istraživanja, što je povijesno gledano bilo uobičajeno, već i u ishođenju materijalne potpore nužne za provođenje istraživanja. Istraživači se ne natječu samo u rezultatima istraživanja, već i u idejama, hipotezama i prijedlozima istraživanja, koji se evaluiraju, temeljem ne toliko strogih kriterija, već više temeljem slobodne subjektivne prosudbe evaluatora.²¹

Pravična materijalna potpora utemeljena na kvaliteti akademskih istraživača i broju studenata, ustupila je mjesto sustavu financiranja istraživačkih projekata u kojem su specifična područja, projekti, odnosno akademski istraživači stavljeni u povoljniji položaj u odnosu na druge.²² Nije teško zaključiti da ovakva radikalna transformacija ima znatan utjecaj na određivanje tema istraživanja, kao i samo provođenje istog.²³ Time je naravno, dovedena u pitanje akademska sloboda znanstvenika-istraživača, budući da ona predmnijeva slobodu u izboru problema istraživanja, metodologiju, publiciranje zaključaka i rezultata, bez obzira na upute, utjecaje, motive i interese koji

19 HATTIE, J., MARSH, H.W, *The Relationship between research and teaching: a meta analysis*, *Review of Educational Research*, 66(4), str. 507-542.; HUGES, C., TIGHT, M., *Linking University teaching and research*, *Higer Education Review*, 28(1), str. 51-65.; BARNET, R., *Linking teaching and research*, *Journal of Higher Education*, 63(6), str. 619-636.

20 CLARK, B., *Creating Entrepreneurial Universities: Organisational Pathways of Transformation*, *Higher Education*, Springer, volume 38, no. 3, 1999; MARGINSON, S., CONSIDINE, M., *The Enterprise University: Power, Governance and Reinvention in Australia*, *Higher Education*, Springer, volume 46, no. 4, 2003.

21 Politika Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa RH tijekom proteklog natječaja za podupiranje znanstvenih projekata, iz 2006., bila je odobriti potpore za najviše 70-80% prijavljenih projekata, opravdavajući selektivnost kao normalnu metodu podizanja kvalitete istraživanja. Doduše, u nekoliko su navrata (1989., 1995. i 2007.) državne uprave znanosti priznavale da je takva selektivnost u najmanju ruku neekonomična, budući su troškovi ocjenjivanja tisuća prijava znanstvenih projekata u potpunom nesrazmjeru s ukupnim iznosom potpore koje država daje za izvedbu odobrenih projekata (5 do 10.000 kn godišnje po istraživaču). Iz tog priznanja nastala su obećanja da u budućnosti svaki istraživač koji je u prethodnom razdoblju objavio minimum znanstvenih radova u idućem razdoblju automatski stječe pravo na minimalnu potporu za znanstveni rad. Na 11. hrvatsko-njemačkom pravničkom simpoziju održanom 25.-26. travnja 2008. g. u Splitu na temu „Akademska prava između humboltovskog sveučilišta i bolonjskog procesa, prof. dr. sc. Ivan Padjen u svom izlaganju rješenju ovog problema ponudio je sljedeću alternativu: „Svatom sveučilišnom nastavniku i suradniku treba zajamčiti javnu potporu za redovita istraživanja u iznosu prosječne mjesečne potpore koju danas prima temeljem redovitih znanstveno-istraživačkih projekata te osigurati izdašnu javnu potporu za 10-30% znanstvenih istraživača temeljem natječaja s međunarodnom recenzijom.

22 CLARK, B. op.cit., str. 203.

23 MORRIS, H., *Changing Communities at Work in Academia*, *Work, Employment & Society*, vol. 17, no. 3, god. 2003. str. 557.-568.

moгу, eventualno, dolaziti iz različitih izvanjskih izvora, ili štoviše biti opterećeni provođenjem istraživanja koja su vezana uz velika materijalna sredstva. Akademska sloboda, štoviše, predmnijeva, slobodu, pa čak i obvezu istraživača napraviti otklon od predloženog smjera, odnosno plana istraživanja ukoliko se tijekom istraživanja ukaže za tim potreba. Nadalje, rizici vezani uz izvanjski utjecaj na istraživanje je određivanje teme istraživanja, čiji bi rezultati bili zaista korisni za društvo u cjelini, ali se radi o pitanjima na koja se ne može, barem u tom trenutku, doći do odgovora akademskim metodama. Naime, cilj istraživanja nije samo udovoljiti interesima i znatiželji znanstvenika, već i unaprjeđenje znanja i društvenog razvoja uz uvjet poštovanja pravila istraživačke etike.

Pitanje uspostave ravnoteže između interesa samog istraživača i „vanjskih“ korisnika je na dnevnom redu mnogih rasprava vođenih u široj akademskoj zajednici. Stoga, akademska sloboda je norma, koja istraživaču daje određena prava, ali ujedno nameće veliku odgovornost jamstava znanstvenog napretka. Ova norma ujedno institucionalizira okvir za oprečna mišljenja, ne samo u organizaciji²⁴ u kojoj je zaposlen istraživač, već i u široj akademskoj zajednici. Time, priskrbljena akademska sloboda ne obuhvaća samo osobni interes pojedinog istraživača, već institucionalizira suprotstavljena mišljenja čime se stvaraju najpovoljnije okolnosti za dinamičan razvoj znanosti. Ultimativna zadaća istraživanja je pronalaženje novih spoznaja. Pri tom, kao najveću vrijednost istraživači, ali i administratori i političari, navode originalnost kao sposobnost prevladavanja (kršenja) uhodanog načina razmišljanja, što naravno zahtijeva intelektualnu autonomiju i sposobnost izolacije istraživača od ranijih istraživanja.

Danas, većina istraživača konzultira fondove, koje nude nacionalna znanstvenoistraživačka vijeća, razne fondacije i javne agencije, kao i sredstva koja nudi Europska unija. Kakva se onda slika stječe o vrijednostima, kao što su izvornost i autonomija istraživačkog rada? Sustav financiranja istraživanja daje prednost specifičnim ciljevima što za posljedicu ima poticanje uniformnosti i konformizma. Štoviše ne primjećuju se velike razlike ni između znanstvenih disciplina u zahtjevima koji se postavljaju ispred istraživača. Time se stvaraju grupna stajališta, mišljenja, što je posljedica nedostatnih financijskih resursa za istraživanje. Nadalje, istraživački fondovi potiču istraživače da koriste svoju sposobnost „upakiranja“ rezultata svojih istraživanja ovisno o interesima onoga komu je istraživanje namijenjeno. Na taj način institucije zahtijevaju različitu prezentaciju rezultata istraživanja, jednu za vanjsku, a drugu za unutarnju uporabu.

Kao što je ranije spomenuto razlikuje se čisto od primjenjenog znanja. Čisto znanje se stječe znanstvenim istraživanjem, a studenti ga usvajaju na način na koji ga stječe sam znanstvenik. Na današnjim sveučilištima od oblika nastave koji omogućavaju takvo stjecanje znanja, u prvom redu, valja izdvojiti istraživački seminar u okviru kojeg se zajedničkim sudjelovanjem nastavnika i studenata tumače

24 Karakterizirana je striktnom hijerarhijom i, nažalost nerijetko, zavišću određenog broja kolega koji „brane“ svoja znanstvena područja, što nerijetko dovodi do reakcionarnog ponašanja unutar institucije.

razni tekstovi, uključujući tekstove sudionika seminara. Ovdje posebice valja naglasiti mogućnost kritičkog osvrta sudionika seminara (studenata) na znanstveno-istraživački rad nastavnika. Dakle, radi se o obliku nastave u kojem su svi sudionici slobodni dati svoj kritički osvrt znanstvenog rada, i jednih, i drugih.

U spomenutim uvjetima, koji su primjenjivi i na Republiku Hrvatsku te uz činjenicu da prema Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje sveučilišni nastavnik ima pravo, ali i obvezu pedeset posto radnog vremena raditi znanstveno, a faktički zbog povećanja broja upisanih studenata uz istovremenu, gotovo, stagnaciju akademskog kadra, nedostatnost opreme i prostora te povećanje administrativnih obveza, predviđen omjer vremena utrošenog na znanstveni rad kudikamo je manji. Poseban problem, prema mišljenju autorice, predstavlja aktivno, samostalno vođenje seminarske nastave od strane mlađih istraživača, koji su, osim obveza pohađanje predavanja i polaganja ispita na vlastitim poslijediplomskim studijima te izrade doktorske disertacije, preopterećeni nastavom zbog čega im nedostaje vremena za istraživački rad. Prema Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje, puno nastavno opterećenje zaposlenika izabranih u znanstveno-nastavno zvanje iznosi 300 norma sati godišnje²⁵, zaposlenika izabranih u suradničko zvanje na sveučilištu iznosi 150 norma sati godišnje²⁶, a na veleučilištu i visokoj školi iznosi 300 norma sati²⁷. Za izračun norma sati jedan sat predavanja u poslijediplomskoj nastavi vrednuje se kao tri norma sata²⁸, sat predavanja u preddiplomskoj i diplomskoj nastavi kao dva norma sata²⁹, sat seminara, kao jedan i pol norma sat³⁰, dok se sat na vježbama vrednuje kao jedan norma sat³¹. Budući da, u pravilu, osobe izabrane u niža suradnička zvanja pomažu velikim dijelom u provođenju nastavnog procesa i provjeri znanja ne ostaje im dovoljno vremena za znanstveno-istraživački rad u vidu rada i pripreme rada na projektima, znanstvenog usavršavanja i publiciranja radova, a koji je temeljni preduvjet za njihovo znanstveno napredovanje, odnosno uvjet zadržavanja vlastitog radnog mjesta.

Kao alternativu postojećem stanju autorica drži da, zbog kompleksnosti seminarske nastave, istu ne bi trebale držati osobe izabrane u suradnička zvanja, jer takav oblik nastave iziskuje više nastavničko-znanstvene umješnosti. Osim toga, kod izračuna norma sati sat seminarske nastave trebao bi se vrednovati barem kao sat predavanja, ovisno o tomu održava li se na dodiplomskoj ili poslijediplomskoj nastavi, budući da je za kvalitetnu pripravu, za takav vid kompleksnog i zahtjevnog oblika nastave, kao i provođenje istoga, nastavnik nužno mora uložiti više truda i umješnosti nego za pripremu predavanja, a posebice vježbi. Takvo normiranje može poslužiti kao modus poticanja sveučilišnih nastavnika izabranih u znanstveno-nastavno zvanje na izvođenje tog vida nastave.

25 Kolektivni ugovor za znanost i visoko obrazovanje, čl. 26, st. 1.

26 Čl. 26., st. 2.

27 Čl. 26., st. 3.

28 Čl. 26., st. 11, al. 1.

29 Čl. 26., st. 11, al. 2.

30 Čl. 26., st. 11, al. 3.

31 Čl. 26., st. 11, al. 4.

Poseban problem održivosti istraživanja i poučavanja predstavlja nedostatna potpora za redovita istraživanja (5 do 10.000 kn po istraživaču godišnje) preko projekata koje financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa uz napomenu da Ministarstvo nije dužno financirati svaki projekt koji mu je prijavljen, bez obzira što udovoljava minimalnim uvjetima, što je ono u razdoblju za akademsku godinu 2006./2007. selektivnost opravdavalo normalnom metodom za podizanje kvalitete istraživanja. Razvidno je da će daljnje održavanje postojećeg stanja dovesti do stagnacije znanstvenog istraživanja u Republici Hrvatskoj, što će posljedično utjecati na kvalitetu znanja koje nastavnici prenose svojim studentima. Jedan od modusa rješenja ovog problema bio bi povećanje iznosa javne potpore za redovita znanstvena istraživanja temeljem redovnih znanstvenoistraživačkih projekata te osigurati određen postotak posebnih potpora za znanstvene istraživače temeljem natječaja s međunarodnom recenzijom.

Uzevši u obzir činjenicu da bi funkcija sveučilišta trebala biti inseminacija znanja, i to ne samo primjenjenog, već u prvom redu čistog znanja te uz spomenuti razvoj situacije znanstvenog istraživanja, nije teško zaključiti da može doći do gašenja visokih škola i širenja stručnih studija na kojima će se poučavati primjenjeno znanje i to upitne kvalitete, što u konačnici može dovesti do slabije proizvodnosti radnika koji su svoja stručna znanja stekli na taj način. Stoga, nužno bi bilo, da bilo koje **demokratsko društvo**, budući da je kritičko mišljenje općenito, a ne karakteristično za pojedine discipline, cijeni, vrednuje i podržava obrazovni sustav koji omogućava izobrazbu građana na način koji ih priprema za kritičke rasprave o socijalnim i političkim pitanjima, građane koji mogu uspješno procijenjivati i sudjelovati u upravljanju državom. Odnosno, stvara onakve građane koji će se uspješno oduprijeti demagogijama i koji neće slijepo slijediti političke i druge ideologije čija se učenja prikazuju kao jedino znanje.

5. Izbor u zvanja i na nastavnička radna mjesta

Na ovom mjestu bitno je upozoriti da osoba, ukoliko za to ispunjava uvjete, može biti izabrana u odgovarajuće znanstveno zvanje bez zasnivanja radnog odnosa. Drugim riječima izbor u znanstveno zvanje nije u ovisnosti o postojanju radnog odnosa te osobe sa znanstvenom institucijom na kojoj se bira u određeno znanstveno zvanje.

5.1. Izbor u znanstvena zvanja

Zakon o znanosti i visokom obrazovanju definira znanstvenike kao osobe koje su izabrane u odgovarajuća znanstvena zvanja i upisana u Upisnik znanstvenika.³² Zakon navodi sljedeća znanstvena zvanja: znanstveni suradnik, viši znanstveni

32 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 31.

suradnik i znanstveni savjetnik te propisuje postupak³³ i rokove³⁴ za stjecanje zvanja.³⁵ Nužni uvjeti za izbor u znanstvena zvanja su doktorat znanosti i znanstveni radovi, dok je nadležnost donošenja pravilnika,³⁶ u kojem su propisani dodatni uvjeti za izbor u znanstvena zvanja, dana Nacionalnom vijeću za znanost.³⁷ Dodatni uvjeti odnose se na vrstu, broj i vrednovanje znanstvenih radova, na broj autora znanstvenog rada, na eventualno preklapanje sadržaja znanstvenih radova i sl. Na temelju (tih) propisanih uvjeta matični odbori i povjerenstva za ocjenu rada znanstvenika ocjenjuju sveukupnu znanstvenu djelatnost pristupnika te izdaju odluku temeljem koje se pristupnik bira u više zvanje ili ostaje u istom zvanju.³⁸ U slučaju da ni jedna znanstvena organizacija nije ovlaštena za provođenje dijela postupka izbora, a odgovarajući matični odbor nije imenovan, postupak izbora provodi odgovarajuće područno znanstveno ili umjetničko vijeće. Ako ni ono nije ovlašteno za provođenje postupka, postupak izbora provodi Nacionalno vijeće za znanost.³⁹ Znanstveno zvanje stječe se na temelju postupka koji zahtjevom za izbor pokreće osoba koja smatra da udovoljava uvjetima za izbor u određeno znanstveno zvanje. Postupak može pokrenuti i znanstvena organizacija u kojoj je pristupnik zaposlen temeljem ugovora o radu.⁴⁰ Dakle, postupak se ne pokreće i ne provodi temeljem javnog natječaja, budući da stjecanje zvanja ne ovisi o radnom mjestu, iz čega prizlazi da u znanstveno zvanje može biti izabrana i nezaposlena osoba.

Protiv odluke o zahtjevu za izbor u znanstveno zvanje pristupnik nema pravo žalbe, ali može pokrenuti upravni spor. U upravnom sporu ne može se donijeti odluka o izboru pristupnika u znanstveno zvanje, već samo ukinuti nezakonita odluka i odrediti ponovno provođenje postupka. Stoga je izbor pristupnika diskrecijsko pravo i sud u povodu upravnog spora ispituje je li odluku donijelo ovlašteno tijelo, je li se kretalo u granicama dane ovlasti i je li ostvarena svrha radi koje je dana ovlast.

Znanstveno zvanje smatra se trajnim, a prestaje prelaskom u više zvanje ili njegovim oduzimanjem (ako se pojave činjenice i dokazi iz kojih proizlazi da u trenutku izbora u znanstveno zvanje pristupnik nije ispunjavao propisane uvjete za izbor; ako se utvrdi da znanstveni radovi na temelju kojih je znanstvenik izabran u

33 Čl. 33.; 34. i 35.

34 Čl. 36.

35 Čl. 32.

36 Pravilnik se objavljuje u Narodnim novinama.

37 Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, čl. 32 st. 5.

38 Čl. 35.

39 Čl. 33. st. 4.

40 Čl. 33 st.2

znanstveno zvanje predstavljaju plagijat⁴¹ ili da su istraživanja na kojima se temelje krivotvorena te u slučajevima teških povreda etičkog kodeksa).⁴²

5.2. *Nastavnička radna mjesta*

U ovom dijelu rada ukazat će se na vrijednosti koje sa sobom nosi otvaranje nastavničkog radnog mjesta te problemi koji se pri tom susreću.

5.2.1. *Vrijednosti osnivanja nastavničkih radnih mjesta*

Osnivanje nastavničkih radnih mjesta sadrži u sebi određene vrijednosti, između ostalih, sveučilišne, nastavne, znanstvene, financijske i druge. Otvaranje novog nastavničkog mjesta na sveučilištu, osobito ukoliko to istovremeno znači osnivanje novog odjela, daje dodatnu kvalitetu nekog sveučilišta te omogućuje ravnomjerniji razvoj svih znanstvenih i nastavnih djelatnosti na sveučilištu i time veću konkurentnost te znanstvene institucije naspram drugih. Zbog postojećeg trenda povećanja broja upisanih studenata, sadašnji sustav visokog obrazovanja kakav je prisutan na sveučilištima, odnosno njihovim sastavnicama pokazuje nekakve nedostatke. U prvom redu, valja istaknuti nedostatnu brojnost nastavnog kadra. Stoga je teško očekivati ostvarivanje zasada Bolonjske deklaracije glede povećanja kvalitete studija, tj. nastave, jer je onemogućen rad nastavnika s malim grupama studenata u kojima se može postići kvaliteta studiranja. Nije nebitno istaknuti da povećanju ovog problema doprinositi i prostorni problem s kojima je u suočena velika većina fakulteta.

Otvaranje novog nastavničkog radnog mjesta ima i financijsku vrijednost u smislu da novo nastavničko radno mjesto, između ostalih modusa, može biti financirano od strane sponzora, odnosno određenih gospodarskih aktera koji imaju interesa da je određeni znanstvenik-nastavnik zaposlen u određenoj znanstvenoj instituciji na kojoj

41 U predmetu Us-7584/2001 Upravni sud je tužbu uvažio i poništio rješenje Sveučilišta u R., kojim je B. M. iz R. oduzet doktorat znanosti jer je u provedenom postupku utvrđeno da doktorska disertacija nije izvorni znanstveni rad jer je prijepis – preslika tužiteljeva magistarskog rada. Sud se nije upustio u ocjenu tužiteljevog doktorskog rada, već je utvrdio da je došlo do povrede pravila postupka jer tužitelju nije omogućeno sudjelovanje u postupku. U predmetu Us-1294/2000 Upravni sud je tužbu odbio. Upravni spor pokrenuo je A. Đ. iz Z. protiv odluke Fakultetskog vijeća Pravnog fakulteta u S. o oduzimanju magisterija, jer je u provedenom postupku utvrđeno da je u pitanju krivotvorina budući da je glavnina rada prepisana iz mentorove, već objavljene, knjige. Navedeni primjeri sudske prakse Upravnog suda su iz izlaganja mr. sc. KRILETIĆ MARIJE, sutkinje Upravnog suda, na temu „Sudska nadležnost za akademska prava u Hrvatskoj“ koje je održano u okviru 12. hrvatsko-njemačkog pravničkog simpozija „Akademska prava između humboltovskog sveučilišta i bolonjskog procesa“ u Splitu, 25.-26. travnja 2008. (rad je objavljen u Zborniku radova sa simpozija).

42 Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, čl. 37.

će provoditi istraživanje nužno za unaprjeđenje gospodarske aktivnosti sponzora. Istovremeno sama činjenica, da su određene znanstvene spoznaje, tj. rezultati istraživanja nastali u okviru znanstvene institucije daje im posebnu težinu. Također, tako sponzorirani nastavnici-znanstvenici mogu uvijek, preko svojih seminara, radionica i sl. biti aktivni u unapređenju i usavršavanju radnog kadra zaposlenog kod spomenutog sponzora.

5.2.2. Problemi osnivanja nastavničkih radnih mjesta

Kada se govori o znanstvenim problemima osnivanja nastavničkih radnih mjesta, najprije valja istaknuti kako su takvi problemi višestruko kompleksne prirode. Nerijetko su vodeća nastavna mjesta zaposjednuta od nastavnika, čija je znanstvena aktivnost, već određeno vrijeme u silaznoj putanji iz raznoraznih razloga u koje se neće ulaziti na ovom mjestu. Posljedično, takvi nastavnici nisu upoznati s najnovijim dostignućima u području svoje znanstvene djelatnosti, što ih, razumljivo, sprječava da te spoznaje prenesu svojim suradnicima i studentima. Time je kvaliteta doprinosa znanstvenom radu, ali i nastavnog procesa bitno umanjena.

Drugi problem, pravne naravi, jest nepostojanje nastavnih radnih mjesta za vrhunske znanstvenike, osobito one zaposlene na vodećim svjetskim sveučilištima. Radi unaprjeđenja nastavnog, znanstvenog i umjetničkog rada, istaknuti inozemni nastavnici, znanstvenici, umjetnici i stručnjaci mogu sudjelovati u nastavi te znanstvenim i umjetničkim projektima. Valja ukazati na ograničenost ove mogućnosti zbog ograda koje su postavljene u zakonima i statutima sveučilišta. Naime, prema Zakonu o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, uglednom inozemnom profesoru, istaknutom stručnjaku ili umjetniku, koji nije stekao znanstveno-nastavno zvanje po hrvatskim propisima, može se samo pod uvjetima predviđenim statutom sveučilišta i uz suglasnost senata, povjeriti izvođenje nastave iz određenog predmeta. Prema Statutu Sveučilišta u Zagrebu spomenute osobe mogu biti pozvane i imenovane kao gost nastavnik, znanstvenik ili stručnjak te sudjelovati u nastavi te znanstvenim i umjetničkim projektima bez izbora u znanstveno-nastavno, odnosno umjetničko-nastavno zvanje najdulje za dvije akademske godine.⁴³

Problem nepravne prirode jest i nepostojanje materijalne osnove na hrvatskim sveučilištima koja bi vrhunskim znanstvenicima omogućilo uvjete rada koji su nužni za postizanje vrhunskih znanstvenih rezultata. Kao rezultat takve situacije pojavio se sindrom odlijeva mozgova, ne samo u inozemne znanstvene institucije, već i u druge društvene djelatnosti, zbog neatraktivnosti zanimanja znanstvenika-nastavnika.

5.3. Pravna osnova i radnopravni položaj nastavničkog osoblja

Pravna osnova za otvaranje novog nastavničkog mjesta na nekoj od sastavnica sveučilišta je Pravilnik o ustroju radnih mjesta te sastavnice. Navedenim pravilnikom utvrđena su radna mjesta nastavnog, administrativnog, knjižničnog, tehničkog i

43 Statut Sveučilišta u Zagrebu, čl. 80. st. 1. i 2.

pomoćnog osoblja, kao i poslovi obuhvaćeni radnim mjestima te uvjeti koje moraju ispunjavati kandidati za obavljanje poslova određenog radnog mjesta. Za nastavno osoblje utvrđen je broj radnih mjesta u znanstveno-nastavnom, suradničkom i nastavnom zvanju za pojedini modul.

Radnopravni položaj nastavnog osoblja u pravilu je određen temeljem ugovora o radu na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Međutim, postoje iznimke, kao što je ugovor o radu na neodređeno vrijeme, ali s nepunim radnim vremenom, ukoliko to dopušta obim poslova određenog nastavničkog mjesta i ukoliko takvo radno vrijeme odgovora zaposleniku kako bi uskladio svoje poslovne i obiteljske obveze ili ukoliko je angažiran na nekim drugim projektima. Ugovor o radu na određeno vrijeme za sada je pravilo u zasnivanju radnog odnosa suradnika, odnosno osoba može biti zaposlena temeljem spomenutog ugovora do stjecanja prvog znanstveno-nastavnog zvanja, tj. statusa docenta.

Ukoliko je osoba izabrana u znanstveno, znanstveno-nastavno, umjetničko-nastavno i suradničko zvanje te ukoliko sudjeluje u izvođenju dijela ili cijele nastave, a s njom sastavnica sveučilišta nema sklopljen ugovor o radu, ta osoba će te poslove obavljati naslovnog zvanja. Poslove koji spadaju u domenu sveučilišne djelatnosti mogu obavljati i professori emeritisi⁴⁴, umirovljeni, redoviti profesori u trajnom zvanju kojima je to počasno zvanje dodijeljeno zbog posebnih zasluga za razvitak i napredak sveučilišta te zbog priznatog međunarodnog i domaćeg znanstvenog, umjetničkog, stručnog i pedagoškog doprinosa. Navedene osobe, kao i nastavnici koji su navršanjem 65 godina života ispunili uvjete za starosnu mirovinu, a nisu izabrani u redovitog profesora u trajnom zvanju, ukoliko to opravdava narav posla, a postoji deficit nastavnika na tom predmetu ili nije u pitanju deficit, ali se radi o osobama koje nisu izabrane u odgovarajuće znanstveno-nastavno zvanje, a što se smatra nužnim uvjetom da bi odnosni predmet mogla voditi samostalno, umjesto ugovora o radu može se zaključiti ugovor o djelu.

5.4. Klasifikacija i izbor u nastavnička radna mjesta

Prema načelu *lex specialis derogat legi generali* Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju derogira odredbe Zakona o radu ukoliko su u pitanju radni odnosi sveučilišnih nastavnika i suradnika. U okviru znanstvene organizacije formirana su znanstvena, suradnička (asistent i viši asistent) i stručna (stručni suradnik, viši stručni suradnik i stručni savjetnik) radna mjesta čije se popunjavanje utvrđuje statutom znanstvene organizacije, a na temelju raspisanog javnog natječaja koji se objavljuje

44 Prema čl. 89. st. 4. Statuta Sveučilišta u Zagrebu profesor emeritus može sudjelovati u znanstveno-istraživačkom ili umjetničkom radu, izvođenju dijela nastave na sveučilišnim poslijediplomskim studijima, biti član povjerenstva u postupcima izbora u znanstveno-nastavna i umjetničko-nastavna zvanja te u postupcima za stjecanje doktorata znanosti, a iznimno, temeljem posebne odluke vijeća sastavnice ili vijeća područja, može biti mentorom doktorskog rada ili završnog rada na poslijediplomskom specijalističkom studiju.

u Narodnim novinama, dnevnom tisku te mrežnoj stranici znanstvene organizacije.⁴⁵ Ukoliko ni jedan od pristupnika za znanstveno radno mjesto nema obavljen izbor u znanstveno zvanje provodi se postupak izbora u znanstveno zvanje svih pristupnika koji nemaju taj izbor. Nakon provedenog postupka izbora u znanstveno zvanje, znanstvena organizacija mora u roku od 60 dana na radno mjesto izabrati pristupnika koji najbolje udovoljava uvjetima iz natječaja.⁴⁶ O provedenom izboru, znanstvena organizacija dužna je izvijestiti pristupnike u roku od 15 dana od dana donošenja odluke o izboru.

U znanstvenim organizacijama znanstvenici se, ukoliko su ispunili opći uvjet⁴⁷ - upis u Upisnik znanstvenika u istom ili višem zvanju te posebne uvjete koje može propisati znanstvena organizacija svojim statutom, biraju na razdoblje od 5 godina.⁴⁸ Natječaj za izbor u isto ili više zvanje može se raspisati najranije tri godine od prvog izbora kandidata na radno mjesto s tim zvanjem, a najkasnije 3 mjeseca prije isteka roka.⁴⁹ Ukoliko je u natječajnom postupku izabran drugi kandidat⁵⁰, zaposleniku koji je do tada radio u toj znanstvenoj organizaciji ponudit će se drugo odgovarajuće mjesto, a u nedostatku istog, pokrenut će se postupak osobno uvjetovanog redovitog otkaza.⁵¹ Međutim, ukoliko zaposlenik u znanstveno-nastavnom, znanstvenom, nastavnom i suradničkom zvanju dobije otkaz iz razloga koji nije njegova krivnja (ako ispunjava uvjete iz natječajnog postupka, a ipak se izabere druga osoba), prema Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje, pripada mu dvostruki iznos otpremnine i dvostruki otkazni rok u odnosu na odredbe Zakona o radu prema načelu *in favorem laboratoris*.⁵² Zaposlenicima u znanstvenom zvanju kojima nije prihvaćen znanstveni program, tema, odnosno projekt, te zaposlenicima koji nisu obuhvaćeni znanstvenim programom, temom odnosno projektom, ne smije se iz tog razloga otkazati ugovor o radu prije isteka roka od godine dana.⁵³

45 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 40.

46 Čl. 40. st. 3.

47 Čl. 31. st. 2.

48 Čl. 41. st. 1.

49 Čl. 41. st. 3.

50 U predmetu br. Zpa-48/2003 dr. sc. N. S. iz Z. podnijela je zahtjev protiv odluke Prirodoslovno-matematičkog fakulteta Sveučilišta u Z. kojom je dr. sc. V. T. izabran u nastavno-znanstveno zvanje docenta budući da navedeni pristupnik nije ispunjavao uvjet održanog nastupnog predavanja, nužan za izbor u spomenuto zvanje. Osim toga tom su osporenim odlukom povrijeđena njezina ustavna prava zajamčena čl. 44. i 54. st. 2. Ustava i odredbe čl. 6 II f) Međunarodnog pakta o građanskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. te je osporena odluka u protivnosti s odredbama čl. 74. st. 1. Zakona o visokim učilištima. Sud je tužbu odbio jer nije naišao na navedne povrede. Vidi: KRILETIĆ, M., *Sudska nadležnost za akademska prava u Hrvatskoj*, o.c.

51 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 41 st. 4.

52 Kolektivni ugovor za znanost i visoko obrazovanje, čl. 35. st. 1.

53 Čl. 35. st. 2.

5.4.1. Znanstvena radna mjesta

Valja istaknuti da se s osobama izabranim na znanstvena radna mjesta zaključuje ugovor o radu⁵⁴ na neodređeno vrijeme s obvezom provođenja postupka reizbora ili unaprjeđenja svakih pet godina⁵⁵, osim kada zaposlenik bude izabran na znanstveno radno mjesto znanstvenog savjetnika u trajnom zvanju⁵⁶ (drugi put izabran⁵⁷). Ukoliko zaposlenik prilikom drugog izbora ne bude izabran zbog neispunjavanja uvjeta, pokreće se postupak redovitog, osobno uvjetovanog otkaza.⁵⁸ Natječaj koji se raspisuje za izbor u isto ili više znanstveno-nastavno zvanje i radno mjesto zbog isteka roka na koji je zaposlenik izabran u prethodnom natječaju, raspisuje se najkasnije tri mjeseca prije isteka roka. Posebnom odlukom vijeća visokog učilišta, i uz suglasnost zaposlenika, natječaj može biti raspisan i ranije od godine dana prije isteka roka na koji je zaposlenik izabran, ali ne prije nego što istekne tri godine od prethodnog izbora.⁵⁹

54 Pitanja zasnivanja radnog odnosa članova akademske zajednice, sporovi o pravima i obvezama koja iz toga proizlaze su u nadležnosti općinskih sudova.

55 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 42. st. 1.

56 Čl.42. st. 3.

57 Na radno mjesto znanstvenog suradnika ili višeg znanstvenog suradnika, zaposlenik se može birati najviše dva puta. Ograničenje u broju izbora valja računati od stupanja na snagu ZZDVO-a, a s obzirom na to da se radi o ograničenju izbora na radno mjesto nema zapreke da zaposlenik, koji je dva puta bio izabran na radno mjesto u jednoj znanstvenoj organizaciji nakon toga sklopi ugovor o radu, jasno, ako bude izabran, na istom radnom mjestu s drugom znanstvenom organizacijom. Stavkom 5. spomenutog Zakona, daje se mogućnost i da zaposlenik, koji nakon drugog izbora nije izabran na više znanstveno radno mjesto ipak sklopi ugovor o radu s dosadašnjom znanstvenom organizacijom, ali na određeno vrijeme za rok od najdulje pet godina, uz uvjet da znanstveno i upravno vijeće odlukom utvrdi potrebu za zaposlenikovim daljnjim radom.

58 Iznimno, ako zaposlenik nakon drugog izbora ne bude izabran u više zvanje i na odgovarajuće radno mjesto, a odlukom znanstvenog i upravnog vijeća se utvrdi potreba za njegovim daljnjim radom, znanstvena organizacija može s njim zaključiti ugovor o radu na određeno vrijeme u najduljem trajanju od 5 godina (čl. 42. st. 5.).

Prema odluci Upravnog suda Republike Hrvatske, Us-6711/2002 od 29. svibnja 2003. dopis Ministarstva znanosti i tehnologije od 27. lipnja 2002. godine, kojim to Ministarstvo izvješćuje dekana Pravnog fakulteta u Zagrebu da od 1. srpnja 2002. godine neće isplaćivati plaće za zaposlene u nastavi koji nisu ispunili zakonom propisane uvjete za izbor u više ili isto zvanje i kojima sukladno čl. 103. Zakona o visokim učilištima (spomenuti zakon bio je na snazi prije stupanja na snagu Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, ali je i u potonjem Zakonu zadržana istovjetna odredba iz čl. 103. Zakona o visokim učilištima), treba prestati ugovor o radu, ne predstavlja upravni akt, već akt poslovanja tuženog Ministarstva. Slijedom toga protiv navedenog Ministarstva u toj se stvari ne može pokrenuti upravni spor. Vidi: KRILETIĆ, M., *Sudska nadležnost za akademska prava u Hrvatskoj*, o.c.

59 Isčitavanjem odredbe čl. 95. st. 2. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju da se zaključiti da osoba koja je u sustavu visokog obrazovanja može od zvanja docenta napredovati u zvanje redovitog profesora za najmanje šest godina. Valja ukazati na neprimjerenost vremenskog ograničenja napredovanja osoba, koje su u sustavu visokog obrazovanja, u odnosu na osobe koje su izvan tog sustava, u prvom redu zbog kršenja ustavnih odredbi o zabrani diskriminacije, a i zbog činjenice, što osobama koje su izvan sustava visokog obrazovanja nedostaje radno iskustvo u nastavi u znanstvenim institucijama, a koje je nužno za stjecanje znanstveno-nastavne kompetencije.

Rokovi za izbor ili reizbor u znanstveno zvanje i na radno mjesto miruju i ne uračunavaju se u rok za izbor u vrijeme roditeljnog dopusta, bolovanja dužih od tri mjeseca, služenja vojne obveze, obavljanja javne dužnosti te u drugim osobito važnim slučajevima predviđenim zakonom, kolektivnim ugovorom ili općim aktom znanstvene organizacije, osim ukoliko zaposlenik izričito traži da mu u vrijeme navedenih razdoblja rokovi teku.⁶⁰ Znanstvenici odlaze u mirovinu istekom kalendarske godine u kojoj navršavaju 65 godina života.⁶¹

5.4.2. Suradnička radna mjesta

S osobama izabranim na suradničko radno mjesto zaključuje se ugovor o radu na određeno vrijeme⁶² za rad na projektu ograničenog trajanja, dok projekt traje ili njegova dionica na kojoj je ta osoba angažirana.⁶³ Izbor na suradnička radna mjesta asistenta⁶⁴ i višeg asistenta provodi se temeljem javnog natječaja.⁶⁵ U znanstvenoj organizaciji u zvanje asistenta može biti izabrana osoba koja je završila sveučilišni diplomski studij⁶⁶ te se s njom može sklopiti ugovor na određeno vrijeme za razdoblje ne duže od šest godina u kojem je dužan upisati poslijediplomski studij i doktorirati.⁶⁷ Plaća i/ili troškovi poslijediplomskog studija asistenata i viših asistenata mogu se

60 Čl. 45.

61 Prema čl. 42. st. 6. iznimno znanstveni savjetnici, koji su izabrani drugi put, mogu produžiti ugovor o radu do isteka 70 godine života, uz uvjet da postoji potreba za nastavkom njihovog rada. Općim aktom znanstvene organizacije mogu se ograničiti poslovi koje može obavljati znanstveni savjetnik nakon navršene 65 godine života. Navedeno predstavlja odredbu *lex specialisa* u odnosu na odredbu Zakona o radu (čl. 110. st. 1 toč. 3.), kao *lex generalis*, prema kojoj ugovor o radu prestaje kad zaposlenik navršši 65 godina života i 20 godina staža osiguranja, osim ako se sa svojim poslodavcem ne dogovori drugačije.

62 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju nije izrijekom propisao mogućnost da se i sa zaposlenicima na suradničkim radnim mjestima sklopi ugovor o radu na određeno vrijeme, ali bi se navedena norma mogla i na njih primjenjivati.

63 Čl. 42. st. 2.

64 U predmetu Zpa-7/2006 raspravljeno je pitanje predstavlja li rad u svojstvu i na suradničkom radnom mjestu asistenta na Pravnom fakultetu nastavničkim radom u smislu uvjeta za imenovanje suca. Odlukom Državnog sudbenog vijeća RH LJ.K. imenovana je sutkinjom Općinskog suda u V. S.M. je podnijela zahtjev za zaštitu tvrdeći da joj je povrijeđeno, u čl. 44. Ustava, zajamčeno pravo, budući da joj je onemogućeno sudjelovanje u postupku pod jednakim uvjetima. Presudom Upravnog suda uvažen je zahtjev S. M. i poništena odluka Državnog sudbenog vijeća budući da LJ. K. kao asistentica nije bila u znanstveno-nastavnom zvanju u smislu Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju te stoga nema ispunjen uvjet potrebnog radnog staža. No, u povodu ustavne tužbe, Ustavni sud je utvrdio da je osporenim presudom, budući da je utemeljena na neprihvatljivim pravnim shvaćanjima, došlo do povrede ustavnog prava zajamčenog čl. 19. st. 2. Ustava te je ukinuo presudu i predmet vratio u ponovni postupak. Vidi: KRILETIĆ, M., Sudska nadležnost za akademska prava u Hrvatskoj, o.c.

65 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 43. st. 1.

66 Ne bi trebalo biti zapreke da se u zvanje višeg asistenta izabere i osoba koja ima doktorat znanosti, pod uvjetom da prije toga nije imala ugovor o radu na radno mjesto asistenta. U tom slučaju s takvom osobom može se sklopiti ugovor o radu za razdoblje ne duže od četiri godine.

67 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 43. st. 2.

osigurati, ne samo iz sredstava državnog proračuna, već i iz vlastitih sredstava javnih znanstvenih instituta.⁶⁸ Statutom znanstvene organizacije mogu se propisati dodatni uvjeti koji trebaju biti zadovoljeni pri izboru suradnika.

Suglasnost za zaključenje ugovora daje ministar ukoliko se radi o radnom mjestu kojeg financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa.⁶⁹ S obzirom na to da je prema odluci Ustavnog suda i prema Zakonu o znanosti i visokom obrazovanju (čl. 4. st. 4.) izbor nastavnika, koji se najvećim dijelom novače iz redova suradnika, u nadležnosti sveučilišta, izbor suradnika se mora prepustiti sveučilištima, tako da država u potpore sveučilištima za redovitu znanstveno-nastavnu djelatnost i u potpore za znanstvenoistraživačke projekte uključi iznos za zapošljavanje suradnika (asistenata). U protivnom, radilo bi se o protuustavnom postupanju zbog kršenja odredbe čl. 67. Ustava o autonomiji sveučilišta.

S osobom, koja je u roku od šest godina i kraće doktorirala, znanstvena organizacija može zaključiti novi ugovor na određeno vrijeme, ali najviše do isteka razdoblja od ukupno deset godina od sklapanja inicijalnog ugovora.⁷⁰ Rad asistenta prati se i ocjenjuje na temelju pisanog izvješća mentora kojeg mu imenuje institut, a kojim se vrednuje kandidatova uspješnost u znanstvenom, umjetničkom ili nastavnom radu, kao i uspješnost na poslijediplomskom studiju.⁷¹ Ukoliko je spomenuta ocjena negativna, pokreće se postupak redovitog otkaza ugovora o radu.⁷²

5.4.3. *Stručna radna mjesta*

Osobe u stručnim zvanjima (stručni suradnik, viši stručni suradnik i stručni savjetnik⁷³) rade na odgovarajućim radnim mjestima stručne poslove vezane uz znanstvena istraživanja⁷⁴. Uvjete za njihov izbor i postupak izbora propisuje

68 Čl. 43. st. 3., 7.

69 Čl. 43. st. 3.

70 Čl. 43. st. 6.

71 Na ovaj način se poslodavac omogućava da pretežno koristi asistenta za svoje projekte i/ili nastavu te iz tog razloga smanjuje, kako mogućnosti, tako i obveze asistenta na usavršavanje, posebice uredno završavanje poslijediplomskog studija. Stoga, Zakonom treba regulirati status asistenta na način, koji će mu omogućiti da u prve dvije godine zaposlenja (u vrijeme pohađanja poslijediplomske nastave), dovrši svoje obveze s poslijediplomskog studija. Ukoliko u predviđenom roku spomenute obveze ne izvrši prestaje mu status asistenta.

72 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 43. st. 5. U Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje u čl. 39. obvezuje se voditelj projekta ili teme jednom godišnje podnijeti stručnom vijeću ustanove i Ministarstvu znanosti i tehnologije izvješće o radu znanstvenog novaka koje mora sadržavati sve elemente za ocjenu s obrazloženjem. Temeljem negativne ocjene rada znanstvenog novaka ne smije doći do automatskog prestanka financiranja znanstvenog novaka, ali negativna ocjena može biti razlog za pokretanje postupaka redovitog otkaza ugovora o radu (osobno uvjetovan otkaz ili otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem zaposlenika). Napomena: Znanstveni novaci se biraju u suradničko zvanje asistenta na određeno vrijeme od šest godina u kojem roku je dužan doktorirati. Nakon stjecanja doktorata znanosti sa znanstvenim novakom se zaključuje ugovor o radu na određeno vrijeme na suradničkom radnom mjestu višeg asistenta. Trajanje tog ugovora može biti najviše do isteka razdoblja od ukupno deset godina od zaključenja inicijalnog ugovora (čl. 37.).

73 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čl. 44. st. 1.

74 Čl. 44. st. 2.

znanstvena organizacija, u kojoj suradnik radi, statutom.⁷⁵ Budući da se još od Humboldtova sveučilišta predmnijeva neodvojivost istraživanja i poučavanja, to su za rad u visokoobrazovnim institucijama ovim Zakonom propisani uvjeti upisa te osobe u Upisnik znanstvenika, zadovoljenja uvjeta za stjecanje određenog znanstvenog zvanja te ispunjavanje uvjeta koje propisuje Nacionalno vijeće za znanost, Pravilnikom o izboru u zvanja, Rektorskog zbora obrazovnog, nastavnog i stručnog rada te potrebne psihofizičke osobine i druge uvjete koje propisuje statut sveučilišta, odnosno matične znanstvene organizacije u kojoj je kandidat zaposlen. Znanstveno-nastavna zvanja u znanstvenoj komponenti odgovaraju znanstvenim zvanjima: docent = znanstveni suradnik; izvanredni profesor = viši znanstveni savjetnik; redoviti profesor = znanstveni savjetnik.⁷⁶ Ukoliko je izbor u redovitog profesora izvršen u nekoj od sastavnica sveučilišta, senat sveučilišta, na kojem je pokrenut izbor, potvrđuje izbor.

5.5. Poslovi znanstveno-nastavnog i suradničkog radnog mjesta i nastavno opterećenje

Poslovi zaposlenika u znanstveno-nastavnom i suradničkom zvanju obavljaju se prema Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje u okviru 40-satnog tjednog radnog vremena.⁷⁷ Obuhvaćaju preddiplomsku, diplomsku i poslijediplomsku nastavu (predavanja, vježbe, seminare, terensku nastavu, konzultacije, mentorstva, korekcije programa, pregled programa, seminarskih radova, mentorstvo diplomskih radova i dnevnika prakse, ispiti, kolokvije, pripreme, usavršavanje u nastavnim vještinama, rad u fakultetskom vijeću, rad u fakultetskim povjerenstvima), znanstvenoistraživački rad i znanstveno usavršavanje (rad na projektima Ministarstva, uključujući rad na pripremi projekta, znanstveno usavršavanje i publiciranje radova).⁷⁸

Nastavna zvanja su predavač, viši predavač, profesor visoke škole, lektor, viši lektor, umjetnički suradnik i viši umjetnički suradnik.⁷⁹ U nastavno zvanje i na odgovarajuće radno mjesto može biti izabrana osoba ako ispunjava uvjete sukladno zakonu, ako fakultet izvodi stručni studij i ukoliko se radi o predmetu koji ne zahtijeva znanstveni pristup.⁸⁰ Poslovi zaposlenika u nastavnom zvanju obavljaju se također u okviru 40-satnog tjednog radnog vremena, a obuhvaćaju preddiplomsku i diplomsku nastavu⁸¹ te stručno usavršavanje i publiciranje radova uz nastavno opterećenje od

75 Čl. 44. st. 3.

76 Čl. 91. st. 2.

77 Kolektivni ugovor za znanost i visoko obrazovanje, čl. 11., st. 1.

78 Čl. 12. st. 1.

79 Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, čl. 91. st. 3.

80 Čl. 98. st. 2.

81 Prema Kolektivnom ugovoru za znanost i visoko obrazovanje, čl. 20. st. 1. al. 2. poslovi koji se smatraju sastavnim dijelom nastavnog opterećenja su: terenska nastava, konzultacije, mentorstva, korekcije programa, pregled programa, seminarskih radova i dnevnika prakse, ispiti, kolokviji, priprema, usavršavanje u nastavnim vještinama, rad u vijeću visokog učilišta te rad u povjerenstvima visokog učilišta.

450 norma sati godišnje⁸².

Nastavnici mogu iznimno izvoditi nastavu i preko punog nastavnog opterećenja, računato prosječno na punu akademsku godinu⁸³, s tim da nastavnici u znanstveno-nastavnom zvanju, nastavnom zvanju te viši asistenti nisu obvezni raditi više od trećine iznad punog nastavnog opterećenja⁸⁴. Za rad preko punog nastavnog opterećenja isplaćuje se uvećana plaća⁸⁵ koja se obračunava prema obavljenom radu na kraju akademske godine.⁸⁶ Asistenti, odnosno znanstveni novaci, u pravilu, ne smiju raditi preko punog nastavnog opterećenja, osim kada za to postoje iznimni razlozi o čemu odlučuje fakultetsko vijeće uz prethodno pribavljeno mišljenje zaposleničkog vijeća ustanove.⁸⁷ *Ratio* donošenja ove odredbe Kolektivnog ugovora leži u činjenici što su osobe izabrane u suradničko zvanje asistenta i višeg asistenta zaposlene na određeno vrijeme, a uz to uvjeti za njihov profesionalni napredak nimalo nisu jednostavni. Ukoliko zaposlenik svoje nastavno i znanstveno opterećenje ostvaruje u više visokih učilišta, obračun uvećanja plaće obavlja se kao da zaposlenik svoje opterećenje ostvaruje na jednom visokom učilištu⁸⁸, a isplatu iste vrši učilište s kojim zaposlenik ima sklopljen ugovor o radu⁸⁹.

82 Kolektivni ugovor za znanost i visoko obrazovanje, čl. 26. st. 4.

83 Čl. 27. st. 1.

84 Čl. 27. st. 2.

85 Za rad preko punog nastavnog opterećenja plaća se može uvećati najviše do 37,5% osnovne plaće, osim zaposlenika izabranih u suradničko zvanje, kojima se za rad preko punog nastavnog opterećenja plaća može uvećati najviše do 18,75% osnovne plaće (čl. 27. st. 3.). Zaposlenici za svoj rad iznad punog nastavnog opterećenja imaju pravo na uvećanje plaće kako slijedi:

- zaposlenici izabrani u znanstveno-nastavna zvanja, suradnička zvanja na sveučilištu te suradnička zvanja na veleučilištu i visokoj školi za 1 norma sat 0,104% ukupne godišnje osnovne plaće (čl. 27. st. 4. al. 1.).
- Zaposlenici izabrani u nastavna zvanja za 1 norma sat 0,069% ukupne godišnje osnovne plaće (čl. 27. st. 4. al. 2.)
- Zaposlenici izabrani u straučna zvanja, laboranata te pomoćnog nastavnog osoblja za 1 norma sat 0,104% ukupne godišnje osnovne plaće (čl. 27. st. 4. al. 3).

86 Čl. 27. st. 6.

87 Čl. 27. st. 8.

88 Čl. 27. st. 10.

89 Čl. 27. st. 11.

6. Problemi i izgledi vezani uz trajnost zvanja i atipične ugovore o radu sveučilišnih nastavnika

Trajno zvanje može se definirati kao ukazano povjerenje koje nekom od svojih profesora daje institucija visokog obrazovanja i koje će on neprestano obavljati na svom položaju sve dok mu se ne dokaže krivnja, nesposobnost ili dok mu ugovor o radu ne bude otkazan zbog financijskih poteškoća institucije u kojoj je zaposlen. Korist od izbora u akademsko trajno zvanje nema samo pojedinačni profesor, koji bude izabran u trajno zvanje, već i sveučilište, odnosno sastavnica na kojoj je ta osoba zaposlena, budući da je u poziciji braniti akademske slobode ne samo nastavnika u trajnom zvanju, već i onih koji to nisu, kao i akademsku slobodu znanstvene ustanove u kojoj su zaposleni, već i drugih znanstvenih institucija i to zajedničkim pritiskom.

Profesor izabran u trajno zvanje, posebice u europskim državama, u kojima se isti tretiraju kao državni službenici, imaju najveća jamstva sigurnosti zaposlenja sve do trenutka obvezatnog umirovljenja. Za sveučilište, trajno zvanje omogućava ostvarivanje njegovih temeljnih funkcija te energičnu izmjenu ideja u potrazi za istinom. Omogućava profesorima dovoditi ih u pitanje konvencionalna znanja bez straha od represalija. Izbor u trajno zvanje je djelotvorna politika zapošljavanja, koja omogućava angažiranje i zadržavanje kvalitetnog akademskog osoblja te uklanja obvezu pregovaranja prigodom periodičkog sklapanja novog ugovora o radu čime znanstvenici ne troše uzaludno svoje dragocjeno vrijeme, energiju, drugim riječima ne izlažu se stresu. Nadalje trajna zvanja jačaju natjecateljsku poziciju sveučilišta na slobodnom tržištu. Ukoliko sveučilište ne pridaje dužnu pozornost trajnim zvanjima slabi njegova mogućnost privlačenja pametnih, inteligentnih pojedinaca s posebnim darom za obavljanje poslova profesorskog radnog mjesta, čime riskiraju odljev takvih pojedinaca u institucije koje posebnu pozornost posvećuju trajnim zvanjima. Osim toga trajna zvanja olakšavaju administraciji planiranje budućih potreba budžeta i osoblja, sprječava rapidnu fluktuaciju radne snage čime se omogućava stabilnost te kvaliteta i izvrsnost u provedbi obrazovnih programa. Zaposlenici izabrani u trajna zvanja tvore sveučilište, odnosno fakultet karakteriziran lojalnošću, visokim moralom i kolegijalnom atmosferom pogodnom za poučavanje i učenje, posebice mlađeg akademskog osoblja.⁹⁰

O važnosti trajnih zvanja svjedoči odluka Ustavnog suda RH,⁹¹ kojom su

90 U sastavu fakultetskih vijeća, kao i ingerenciji njihovih članova nailazimo na paradoksalnu situaciju. Naime, jedna od najvažnijih zadaća redovitog profesora je ocjenjivanje kolega nižeg akademskog statusa, tj. izvanredne profesore, docente i asistente. Istovremeno, potonji sjede u sastavu fakultetskog vijeća i odlučuju o izboru pristupnika u zvanje redovitog profesora, ili o njegovom izboru u redovitog profesora u trajnom zvanju. Još veći apsurd je što o tomu odlučuju studentski predstavnici. Stoga bi valjalo pitanje izbora u zvanja urediti na način da o izboru u određeno znanstveno-nastavno zvanje mogu odlučivati samo oni članovi vijeća koji su već izabrani u zvanje za koje se izbor vrši. (Studenti bi trebali nazočiti samo onim točkama dnevnog reda sjednice fakultetskog vijeća na kojima se raspravlja o studentskim pitanjima (statusu)).

91 Odluka Ustavnog suda U-I-843/2000, od 13. rujna 2000, <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C1256A25004A262AC125695F004701C1?OpenDocument>

ukinute odredbe čl. 163., st. 2. 3. i 5. Zakona o visokim učilištima⁹² u kojoj je izraženo sljedeće stajalište: „Autonomija sveučilišta po prirodi stvari ima poseban značaj za položaj onih sveučilišnih nastavnika koji su stekli najviša, zakonom ustanovljena, znanstveno-nastavna zvanja. Ti nastavnici uživaju poseban položaj kako u odnosu prema sveučilišnim nastavnicima u svim ostalim znanstveno-nastavnim zvanjima, tako i u odnosu prema znanstvenoj zajednici u cjelini. Pravni poredak, koji svojim ustavom jamči autonomiju sveučilišta, dužan je osigurati njihov autonoman položaj u odnosu prema znanstvenoj zajednici propisivanjem zakonskih pretpostavki kojima im se omogućava da u znanstvenoj zajednici slobodno iznose svoja stajališta, bez rizika za svoje stečeno zvanje i zaposlenje. Autonomijom sveučilišta štiti se, dakle, njihov položaj, jer će samo pod ustavnom zaštitom sveučilišne autonomije oni biti spremni braniti svoja stajališta snagom argumenta i na taj način doprinosti razvoju znanosti na sveučilištu. Sloboda iznošenja vlastitih stajališta, sloboda suprotstavljanja argumenata, kritičko raspravljanje sa studentima te, općenito, sloboda znanstvene kritike nužni su za razvoj znanosti na sveučilištu. Stoga je autonoman položaj sveučilišnih nastavnika, koji su stekli najviše stupnjeve znanstveno-nastavnih zvanja, u interesu znanstvene zajednice i stoga je nužno da ti sveučilišni nastavnici uživaju trajnost stečenog znanstveno-nastavnog zvanja i stalnost zaposlenja.“

Važno je istaknuti značajne promjene u zapošljavanju akademskog osoblja.⁹³ Naime, pod utjecajem financijskih problema, s kojim je suočen sustav znanosti i visokog obrazovanja, povećanim brojem upisanih studenata te povećanjem odgovornosti u kvaliteti poučavanja došlo je do smanjenog udjela akademskog osoblja izabranog u trajno zvanje i sve većeg angažiranja nastavnika i suradnika koji nisu izabrani u trajna zvanja, koji su zaposleni na određeno vrijeme i s nepunim radnim vremenom.⁹⁴ Zapošljavanje akademskog osoblja temeljem atipičnih ugovora o radu ima svoje dobre i loše strane. U prvom redu, obično se radi o osobama koje su profesionalci, specijalizirani u praktičnim znanjima i iskustvima koje poučavaju. Korisnost njihovog

92 Odredbe članka 163, stavaka 2., 3. i 5. Zakona o visokim učilištima, NN br. (59/96).
glase:

2) Svi nastavnici izabrani prema ranije donesenim propisima podliježu ponovnom izboru prema odredbama ovog Zakona, ali ne prije isteka roka na koji su izabrani po odredbama ranije donesenih propisa, odnosno prije isteka roka za ocjenjivanje nastavnika po odredbama ranije donesenih propisa.

3) Nastavnici u znanstveno-nastavnom zvanju docenta, izvanrednog profesora ili redovitog profesora, birani u to zvanje u skladu s odredbama Zakona o usmjerenom obrazovanju, NN, br. 11/91. pročišćeni tekst, koji u ponovnom izboru ne ispune uvjete za izbor u isto ili više zvanje zadržavaju to zvanje pet godina od dana na stupanja na snagu Zakona o visokom učilištu, NN br. 96/93.

5) Nastavnici u znanstveno-nastavnom zvanju redovitog profesora koji su ponovno izabrani u znanstveno-nastavno zvanje redovitog profesora prema odredbama ovog Zakona, stječu to zvanje kao trajno.

93 ENDERS, J., *The Academic Profession in Europe: A View from the Status Perspective*, University of Kassel 1997.

94 CRANELL, A., *Graduate students, young faculty and temporary positions: a tangled issue*, *Academe*, 1998., 84(1), 36-39.

angažiranja posebice dolazi do izražaja u poučavanju studenata praktičnim znanjima od kojih mogu imati koristi u obavljanju poslova svog radnog mjesta nakon stjecanja diplome. Njihovo zapošljavanje je znatno jeftinije od zapošljavanja osoblja s punim radnim vremenom koji rade na neodređeno vrijeme, budući da su plaćeni prema satnici, nemaju drugih privilegija, a sveučilišta nakon isteka roka na koji su angažirani nemaju daljnjih obveza prema njima. Njihovim angažiranjem sveučilišta, odnosno fakulteti provode fleksibilnu politiku zapošljavanja. Negativne strane atipičnog zapošljavanja akademskog osoblja, prije svega osjećaju same osobe zbog loših uvjeta rada (često nemaju vlastite kabinete i laboratorije, lošije plaće), ne participiraju u istraživanjima, nisu uključeni u upravljanje sveučilištem, odnosno fakultetom, te su automatski manje lojalni znanstvenoj instituciji u kojoj su na takav način angažirani. Zbog nesudjelovanja u znanstvenim istraživanjima u poljima njihova interesa nerijetko im nedostaje znanja glede intelektualnih trendova te su rijetko dio, sve važnije, međunarodne akademske suradnje. Valja istaknuti da djelovanje sveučilišta, odnosno fakulteta ne može biti utemeljeno samo na angažiranju spomenutog osoblja budući da nisu u potpunosti uključeni u akademsku zajednicu niti se na njihovom djelovanju može uspostaviti osnova za znanstveno istraživanje.⁹⁵

7. Zaključak

Sustav visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj pretrpio je niz bitnih promjena u posljednjih desetak godina. Zakonom o visokom obrazovanju uvedeno je nekoliko mjera kojima su se željela osuvremeniti sveučilišta, stvoriti osnova za uspostavu sustava osiguranja kvalitete obrazovanja te inicirati razvoj binarnog sustava. Budući da se trend internacionalizacije institucija visokog obrazovanja smatra najdjelotvornijim načinom postizanja njihove kompetitivnosti, iako i on ima svoje slabosti, u prvom redu, sindrom *brain drain* (odljev mozgova), najvažniji događaj, je potpisivanje Bolonjske deklaracije. Zakonom o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, čijim je stupanjem na snagu Zakon o visokom obrazovanju stavljen izvan snage, u Hrvatskoj se u sustav visokog obrazovanja uvodi bolonjski proces⁹⁶ za akademsku godinu 2005./2006. Ovim Zakonom također je uvedeno nekoliko promjena u funkcionalnu i legalnu integraciju sveučilišta te *lump sum* sustav financiranja.

Sadašnji sustav visokog obrazovanja u Hrvatskoj pokazuje određene nedostatke koje u bitnom utječu na akademska prava i slobode sveučilišnih nastavnika i suradnika:

95 FULTON, R.D., The plight of part-timers in higher education: some ruminations and suggestions, *Change*, 32(3), 38-43.

96 Na ministarskoj konferenciji u Pragu 2001. godine Hrvatska je supotpisala Bolonjsku deklaraciju, odlučivši pri tom implementirati njene odredbe u svoj sustav visokog obrazovanja. Od tada, na razini sveučilišta, Rektorskog zbora te Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa, utemeljena su specijalizirana stručna tijela nadležna za promociju i implementaciju bolonjskog procesa te su održani brojni seminari i radionice, djelomično financirani od strane TEMPUS i CARDS projekata.

1.) Trend povećanja broja upisanih studenata nije pratilo povećanje broja akademskog osoblja. Ishodište problema su pravne odredbe donesene u razdoblju od 1990. do 2002. kojima su zabranjena zapošljavanja novog kadra u javnim djelatnostima, pa se, između ostalih ta zabrana odnosila i na akademsko osoblje u sustavu visokog obrazovanja. Spomenuta restrikcija omogućavala je zapošljavanje akademskog osoblja samo ukoliko bi se uspjela dobiti suglasnost nadležnog ministarstva, točnije Ministarstva znanosti. Zbog navedene restrikcije, današnja sveučilišta, odnosno njihove sastavnice suočene su s manjkom adekvatnog akademskog kadra. Neke od njih taj problem rješavaju dovođenjem gostujućih profesora s drugih visokoobrazovnih institucija, inozemnih predavača, pa čak i sposobnih i uglednih osoba zaposlenih u gospodarstvu. S druge strane, i to je ono što je zabrinjavajuće, dijelom spomenuti deficit je nadomješten angažiranjem mladih istraživača, znanstvenih novaka, odnosno asistenata za potrebe održavanja nastave, dok bi njihova prvotna zadaća trebala biti završavanje doktorskog studija, obrana doktorske teze te aktivno sudjelovanje u znanstvenim aktivnostima, a tek u manjem obimu uključenost u nastavnu djelatnost. Problem usložuje činjenica da hrvatska sveučilišta nemaju razvijen sustav u kojem su na primjeren način povezane aktivnosti poučavanja i istraživanja. Budući da je velika većina mladih istraživača uključena u proces poučavanja, teško je od spomenutih očekivati dovoljnu kompetitivnost na globalnom istraživačkom i inovacijskom tržištu. Ova situacija može biti jedna od glavnih prepreka razvoja Hrvatske kao društva znanja. Stoga, vrlo mali broj mladih istraživača, koji se svojevrijedno odluče za opciju poučavanja, a ne istraživanja, treba biti uključeno u nastavne aktivnosti, dok se ostali trebaju iskoristiti na što je moguće bolji i djelotvorniji način u znanstvene svrhe. Kreativnim pojedincima i skupinama treba omogućiti nesmetan znanstveni razvoj. Osim toga, iz uspostavljene neravnoteža između broja sveučilišnih profesora te docenata i asistenata, tj. znanstvenih novaka, može se vrlo lako zaključiti da je broj potonjih nedostatan da bi se održao kvalitetan temelj za istraživanje na sveučilištima, što dovodi do odvajanja aktivnosti istraživanja od poučavanja i time do stvaranja trećerazrednih sveučilišta koja su samo uključena u poučavanje, a ne i istraživanje, što naravno za posljedicu ima izobrazbu nekompetitivne radne snage.

2.) Iako sadašnji pravni propisi o zapošljavanju akademskog osoblja nalažu javni natječaj, ovi su ipak usmjereni na relativno uzak krug potencijalnih zaposlenika s lokalne razine. Stoga, u Hrvatskoj bi se trebala prihvatiti dobro znana praksa uspostavljanja natječaja za zapošljavanje na nacionalnoj razini te u skladu sa usvojenom Politikom znanstvenog i tehnološkog razvoja u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2006. do 2010. te Planom za razvoj obrazovne djelatnosti za razdoblje od 2005. do 2010. unijeti dodatne mjere koje bi olakšale regionalni razvoj visokog obrazovanja.

3.) Radi osiguranja kvalitete istraživanja i poučavanja, koje provodi akademsko osoblje nužno je njihovo uključivanje u znanstvene aktivnosti i/ili u suradnju s gospodarstvom ili lokalnom zajednicom. Budući da u Hrvatskoj ne postoje jasne i precizne odredbe o tom pitanju, znanstveno-nastavno osoblje može slobodno odlučiti hoće li, i u kojoj mjeri surađivati s gospodarstvom i lokalnom zajednicom. Također ne

postoji sustavna politika ili programi koji bi dodatno omogućili kvalitetnu izobrazbu znanstveno-nastavnog osoblja. Doduše, postoje brojne nekoordinirane inicijative na razini samih visokoobrazovnih institucija te TEMPUS projekti čija je, jedna od, uloga kvalitetno usavršavanje akademskog osoblja. Nadalje, bitno je istaknuti nužnost povećanja kvalitete rada administracije u institucijama visokog obrazovanja, kako bi administrativna tijela pružila što bolju potporu i pomoć znanstvenom radu u spomenutim institucijama. U tom smjeru situacija je još uvijek nepromijenjena, a razlog je postojeća financijska politika u visokoobrazovnom sustavu u kojem se institucije obično financiraju dijelom iz državnog proračuna, a dijelom iz temeljnih sredstava visokoobrazovne institucije.

4.) U uskoj vezi s osiguranjem kvalitete istraživanja i poučavanja pitanje je i trajnih zvanja. Ukoliko im sveučilište ne pridaje dužnu pozornost slabi njegova mogućnost privlačenja pametnih, inteligentnih pojedinaca s posebnim darom za obavljanje poslova profesorskog radnog mjesta, čime riskiraju njihov odljev u institucije koje posebnu pozornost posvećuju trajnim zvanjima. Zaposlenici izabrani u trajna zvanja tvore sveučilište, odnosno fakultet karakteriziran lojalnošću, visokim moralom i kolegijalnom atmosferom pogodnom za poučavanje i učenje, posebice mlađeg akademskog osoblja.

5.) Djelovanje sveučilišta, odnosno fakulteta ne može biti utemeljeno samo na angažiranju akademskog osoblja atipičnim ugovorima o radu, što je sastavni dio provođenja fleksibilne politike zapošljavanja, budući da takvi zaposlenici nisu u potpunosti uključeni u akademsku zajednicu, niti se na njihovom djelovanju može uspostaviti osnova za znanstveno istraživanje.

Zaključno, važno je istaknuti da se stvaranje društva znanja i autonomija institucija visokog obrazovanja ne može postići državnom administracijom, koja sama nema dovoljno kompetencija. Stoga, nužna je promjena modela vlasti, na način da država u segmentu visokog obrazovanja nema upravljačke, već nadzorom ovlasti. Nadalje, decentralizacija i primjena načela autonomije podrazumijeva više slobode, ali ujedno i odgovornosti akademskog osoblja. Država bi u tu svrhu trebala kreirati skup visoko kvalitetnih propisa, kojima bi spomenuta odgovornost i djelotvornost akademskog osoblja bila predočena poreznim obveznicima.

Summary

ACADEMIC RIGHTS OF UNIVERSITY TEACHERS AND UNIVERSITY ASSOCIATES IN THE REPUBLIC OF CROATIA

The author in the article discusses the influence of globalisation and neoliberal economy on the system of university education and examines whether the intellectual integrity of academic teachers and associates has been preserved due to increase of students population and at the same time stagnation of financial sources for university education system. In other words, is it still possible for universities while being under the influence of economic imperative to preserve their role of advocates of Humboldt model of university education which implies a unity of research and teaching? In this respect the author explores solutions *de lege lata* and proposes solutions *de lege ferenda*.

Key words: academic rights and freedoms, labour relations;

Zusammenfassung

AKADEMISCHE RECHTE DER UNIVERSITÄTSLEHRER UND UNIVERSITÄTSMITARBEITER IN DER REPUBLIK KROATIEN

In dieser Arbeit betrachtet die Autorin den Einfluss der Globalisierung und der neoliberalen Wirtschaft auf das Hochschulwesen. In Anbetracht des Zuwachses an Studierenden aber in gleicher Zeit einer Finanzierungsflaute in Bezug auf das Hochschulwesen, stellt sie in Frage, ob die intellektuelle Integrität Universitätslehrer und Universitätsmitarbeiter bewahrt ist. Mit anderen Worten, inwiefern können Universitäten unter dem Druck des Wirtschaftsimperativs auch weiterhin die Befürworter des Humboldtschen Hochschulmodells sein, welches als ein Hochschulideal Forschung und Lehre vereinigt. In diesem Sinne zieht die Autorin Lösungen *de lege lata* in Betracht und schlägt Lösungen *de lege ferenda* vor.

Schlüsselwörter: akademische Rechte und Freiheiten, Arbeitsverhältnisse.

DISPOZITIVNE PRESUDE U SPOROVIMA O UZDRŽAVANJU DJECE

Slađana Aras, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.635.3
Ur.: 5. lipnja 2009.
Pr.: 16. rujna 2009.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Zakonom o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine izvršene su određene ozbiljnije intervencije u uređenju postupka u sporovima o uzdržavanju djece. Tim je izmjenama, između ostalog, uvedena mogućnost donošenja dispozitivnih presuda - presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja u tim postupcima.

Cilj je rada analizirati novootvorenu mogućnost.

U radu se najprije pitanje dopuštenosti dispozitivnih presuda u alimentacijskim sporovima razmatra u povijesnoj perspektivi u periodu od 1945. do Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine. Razmatraju se, također, i rješenja navedenog pitanja u važećem alimentacijskom parničnom pravu postjugoslavenskih zemalja.

Pri impostaciji uređenja instituta de lege lata istražuje se općenito pravna priroda priznanja tužbenog zahtjeva i odricanja od tužbenog zahtjeva, a zatim pretpostavke za donošenje tih presuda prema važećem hrvatskom alimentacijskom parničnom pravu te specifičnosti njihova donošenja. Osobita se pozornost posvećuje mogućnosti donošenja djelomičnih presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja te "dispozitivnih" međupresuda.

U zaključnom dijelu rada naznačuju se određeni prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: *dispozitivne presude, presuda na temelju priznanja, presuda na temelju odricanja, uzdržavanje djece, alimentacijski postupak.*

1. Uvodne napomene

U Obiteljskom zakonu¹ alimentacijski postupci uređeni su primjenom dviju metoda. Najprije su izdvojena pravila koja su zajednička za sve obiteljske sudske postupke – parnične, izvanparnične i ovršne (uključujući i postupke osiguranja) (čl. 263. – 273. ObZ), da bi potom za obiteljskopravne alimentacijske postupke bila

¹ Obiteljski zakon (Narodne novine, 116/03, 17/04, 136/04, 107/07; u daljnjem tekstu: ObZ).

statuirana određena posebna pravila (čl. 300. – 305.d ObZ). Supsidijarno se u ovim obiteljskopравnim postupcima primjenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku² (nov. čl. 264. ObZ).

Zakonom o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine³ došlo je do bitne promjene u stajalištu zakonodavca prema dispozitivnim presudama u postupcima o uzdržavanju djece. U povijesnoj perspektivi mogućnost njihova donošenja, čini se, najprije nije bila isključena, što je dovelo do različitih stavova o tomu u teoriji i sudskoj praksi.⁴ "Dogma" o isključenju materijalnih dispozicija u tim postupcima preuzeta je iz procesne teorije u Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Hrvatske.⁵ ⁶ ZIDObZ 07 uvedena je, između ostalog, i mogućnost donošenja tih presuda u postupcima o uzdržavanju djece. Prema novom se uređenju u parnicama radi uzdržavanja protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb može odreći tužbenog zahtjeva, odnosno priznati tužbeni zahtjev (nov. čl. 270.a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ), dok maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti i dalje ne može poduzeti te dispozicije (nov. čl. 270.a st. 1. ObZ, *arg. ex nov.* čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ). Trebalo je, dakle dosta vremena shvatiti kako se zabranom poduzimanja materijalnih dispozicija ne postiže puno i da te dispozicije treba dopustiti u mjeri u kojoj se njima neće ugroziti interesi osoba o kojima treba posebno skrbiti.

U kontekstu novootvorene mogućnosti donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja u postupcima o uzdržavanju djece otvara se čitav niz načelno teorijskih, ali i implementacijsko-praktičnih pitanja. Između ostaloga: kakva je pravna priroda priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva; kakvog su značaja i dosega odredbe ZPP-a i ObZ-a o pojedinim posebnim pretpostavkama za njihovo donošenje (npr. kakvi su priroda i značaj zahtjeva da raspolaganja stranaka ne smiju biti u suprotnosti s prisilnim propisima, pravilima javnog morala i "dobrobiti djeteta" (čl. 331. st. 2. ZPP, čl. 331.a st. 3. ZPP, čl. 3. st. 3. ZPP; nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ); kakav je postupak u slučaju odgode donošenja presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja (čl. 331. st. 3. ZPP, čl. 331.a st. 4. ZPP); može li sud donijeti djelomičnu presudu na temelju priznanja, odnosno djelomičnu presudu na temelju odricanja; može li sud donijeti međupresudu na temelju priznanja, itd.

2 Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07, 96/08 – v. odluku USRH od 20. prosinca 2006. i 9. srpnja 2008., 84/08, 123/08; u daljnjem tekstu: ZPP).

3 Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine (Narodne novine, 107/07; u daljnjem tekstu: ZIDObZ 07).

4 *V. infra ad 2.1.*

5 Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Hrvatske iz 1978. godine (Narodne novine SRH, 11/78, 27/78 - ispravak). Zakon je noveliran 1989. godine. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o braku i porodičnim odnosima (Narodne novine SRH, 45/89). U Narodnim novinama SRH, 51/89, je objavljen pročišćeni tekst Zakona o braku i porodičnim odnosima te je 1990. godine dopunjen Zakonom o dopunama Zakona o braku i porodičnim odnosima (Narodne novine SRH, 59/90). U daljnjem tekstu: ZBPOH.

6 *V. infra ad 2.2.*

U ovom će se radu, u pokušaju da se odgovori na naznačena pitanja, razmotriti pravna priroda priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva (v. *infra ad* 4.1.1.), odredbe ZPP-a i ObZ-a o posebnim pretpostavkama za donošenje presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja (v. *infra ad* 4.2.), donošenje i odgoda donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja (v. *infra ad* 4.3. i 4.4.), mogućnost donošenja djelomičnih presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja te međupresude na temelju priznanja (v. *infra ad* 4.5.). Prethodno će biti razmotrena zakonodavna rješenja i doktrinarni stavovi o (ne)mogućnosti donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja u postupcima o uzdržavanju djece u bivšem jugoslavenskom pravu (v. *infra ad* 2.). Ukazat će se, također, na rješenja u važećem alimentacijskom parničnom pravu postjugoslavenskih zemalja (v. *infra ad* 3.).

Iako ObZ, regulirajući mogućnost donošenja presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja u sporovima o uzdržavanju, govori o maloljetnom djetetu i djetetu nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti (*arg. ex nov.* čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ, nov. čl. 305.b st. 1. ObZ, nov. čl. 305.c st. 1. ObZ, nov. čl. 305.d st. 1. ObZ), treba uzeti da se te odredbe odnose i na dijete (osobu) koje je lišeno poslovne sposobnosti, a nad kojim roditelji ne ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, već koje ima skrbnika (*arg. ex* čl. 162. ObZ, čl. 163. ObZ, čl. 267. ObZ). U skladu s time, u radu se pod pojmom djeteta podrazumijeva maloljetno dijete, dijete (osoba) nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti te dijete (osoba) nad kojim roditelji ne ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, ali koje ima skrbnika.

Ako iz konteksta ne proizlazi što drugo, pod pojmom dispozitivnih presuda⁷ u radu se podrazumijevaju presuda na temelju priznanja te presuda na temelju odricanja. Također, ono što će općenito biti rečeno o presudama na temelju priznanja i na temelju odricanja vrijedit će i za alimentacijske sporove.

Sud može doći u prigodu odlučivati o uzdržavanju djeteta povodom posebne alimentacijske tužbe (alimentacijski spor kao glavni spor) i adhezijski uz bračni, maternitetski te paternitetski spor (čl. 300. st. 1. ObZ, čl. 301. ObZ; alimentacijski spor kao adhezijski spor). Ovdje će biti obrađena samo situacija u kojoj sud o alimentacijskom sporu odlučuje kao o glavnom sporu.

7 U procesnoj teoriji koristi se izraz dispozitivne presude za presudu na temelju priznanja (čl. 331. ZPP), presudu na temelju odricanja (čl. 331.a ZPP), presudu zbog ogluhe (čl. 331.b ZPP), presudu zbog izostanka (čl. 332.) te presudu bez održavanje rasprave (čl. 332.a ZPP). U procesnoj teoriji koristi se i izraz "čisto" dispozitivne presude za označavanje presude na temelju priznanja (čl. 331. ZPP) te presude na temelju odricanja (čl. 331.a ZPP). O tomu v. ČIZMIĆ, *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku* (doktorska disertacija), Split, 2001., str. 4., 202 – 203. i sl.

2. Povijesni pregled

2.1. Razdoblje saveznog zakonodavstva od 1945. do 1971. godine

To je razdoblje karakterizirala savezna zakonodavna kompetencija na području obiteljskoga prava, pa su se o pojedinim segmentima toga prava donosili savezni propisi za cijelo područje bivše države.⁸ Tako je već 1946. godine bio donesen Osnovni zakon o braku,⁹ a odmah su zatim 1947. doneseni Osnovni zakon o starateljstvu,¹⁰ Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece¹¹ i Zakon o usvojenju.¹² Bili su to savezni zakoni, koji su se primjenjivali i u Hrvatskoj, koja je (u okvirima svoje tadašnje vrlo uske zakonodavne nadležnosti) ubrzo donijela zakone kojima je podrobnije uredila brak i imovinske odnose bračnih drugova.¹³

8 Nakon što je Hrvatska postala jednom od šest federalnih republika u okviru Federativne Narodne Republike Jugoslavije (1945.) započelo je razdoblje donošenja novih pravnih izvora na području obiteljskog prava. Donesen je Zakon o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ, 86/46; u daljnjem tekstu: Zakon o nevažnosti), čiji je čl. 2. odredio:

"Pravni propisi (zakoni, uredbe, naredbe, pravilnici i dr.) koji su bili na snazi na dan 6. aprila 1941. godine, izgubili su pravnu snagu."

Time je OGZ i Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. godine (Službene Novine, br. 179-LXXV; u daljnjem tekstu: Grpp 29) "izgubio pravnu snagu". Doduše, sudovi su na temelju Zakona o nevažnosti primjenjivali pravna pravila iz Grpp 29, ako odgovarajuća materija nije bila regulirana novim pravnim propisima i ako su ta pravna pravila bila u skladu s društvenim uređenjem tadašnje Jugoslavije. Grpp 29 je predviđao presudu na temelju priznanja (§ 491. Grpp) te presudu na temelju odricanja od tužbenog zahtjeva (§ 490. Grpp). Tako je sud donosio presudu na temelju odricanja od tužbenog zahtjeva na prijedlog tuženika kada se tužitelj izričito odrekao od tužbenog zahtjeva (§ 490. Grpp), odnosno presudu na temelju priznanja tužbenog zahtjeva na prijedlog tužitelja kada je tuženik izričito priznao tužbeni zahtjev (§ 491. Grpp). O tomu v. KAMHI, Građanski sudski postupak, Sarajevo, 1957. (u daljnjem tekstu: KAMHI, GSP), str. 359; MILUTINOVIĆ, Pravna priroda priznanja tužbenog zahteva, Pravni život, 3/77 (u daljnjem tekstu: MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva), str. 18.

9 Osnovni zakon o braku (Službeni list FNRJ, 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, Službeni list SFRJ, 12/65, 28/65 – pročišćeni tekst; u daljnjem tekstu: OZB).

10 Osnovni zakon o starateljstvu (Službeni list FNRJ, 30/47, Službeni list SFRJ, 16/65).

11 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece (Službeni list FNRJ, 104/47, Službeni list SFRJ, 10/65; u daljnjem tekstu: OZORD).

12 Zakon o usvojenju (Službeni list FNRJ, 30/47, 24/52, Službeni list SFRJ, 10/65).

13 Zakon o imovinskim odnosima bračnih drugova (Narodne novine, 23/50).

Parnični postupak bio je zakonski uređen tek 1956. godine donošenjem Zakona o parničnom postupku.^{14/15/16} Prema UZZPP 56, stupanjem na snagu ZPP 56 prestale su važiti odredbe ZUPP 55 i procesne odredbe u zakonima koji su se odnosile na institute koje je regulirao ZPP 56 ili su bile u suprotnosti s njegovim odredbama (čl. 2. UZZPP 56). Iako je ZPP 56 sadržavao niz instituta koje je poznavao i Grpp 29, njime je uvedeno i niz novih rješenja. ZPP 56 je predviđao presudu na temelju priznanja koju je sud donosio ako bi tuženik do zaključenja glavne rasprave priznao tužbeni zahtjev (čl. 320. st. 1. ZPP 56).¹⁷ ZPP 56 nije poznavao presudu na temelju odricanja od tužbenog zahtjeva, koju je sud ranije donosio na prijedlog tuženika kada se tužitelj izričito odrekao od tužbenog zahtjeva (§ 490. Grpp). Sud je u takvim slučajevima donosio presudu kojom je odbijao tužbeni zahtjev. Međutim, to što ZPP 56 nije poznavao presudu na temelju odricanja od tužbenog zahtjeva nije značilo da se tužitelj nije mogao odreći od tužbenog zahtjeva. Tužitelj se prema ZPP 56 mogao odreći od tužbenog zahtjeva do zaključenja glavne rasprave (čl. 181. st. 3. ZPP 56). U takvim se slučajevima tužba smatrala povučenom (čl. 181. st. 3. ZPP 56). Prema svojim posljedicama odricanje od tužbenog zahtjeva prema ZPP 56 imalo je isti učinak kao da je bila donesena i pravomoćna presuda na temelju odricanja, budući da tužitelj u istoj stvari nije mogao ponovno podnijeti tužbu (*res iudicata*; *arg. ex* čl. 181. st. 5. ZPP 56).¹⁸ ZPP 56 je uređivao i posebne postupke u bračnim i

14 Zakon o parničnom postupku iz 1956. godine (Službeni list FNRJ, 4/57, 52/61, Službeni list SFRJ, 12/65, 1/71, 23/72, 6/74; u daljnjem tekstu: ZPP 56).

15 Sudovi su do tada, na temelju Zakona o nevažnosti, primjenjivali pravila iz Grpp 29, ako odgovarajuća pravna materija nije bila regulirana novim pravnim propisima i ako su ta pravna pravila bila u skladu s društvenim uređenjem tadašnje Jugoslavije. V. *supra ad* bilj. 8.

16 Prije donošenja ZPP 56 bio je donesen Zakon o ubrzanju parničnog postupka pred redovnim sudovima (Službeni list FNRJ, 19/55; u daljnjem tekstu: ZUPP 55) koji je prestao važiti kada je stupio na snagu ZPP 56 (čl. 2. Uvodnog zakona za Zakon o parničnom postupku iz 1956. godine; Službeni list FNRJ, 4/57; u daljnjem tekstu: UZZPP 56). ZUPP 55 je bio prvi čisto građanski procesni zakon donijet nakon 1945. godine. Njime se htjelo privremeno riješiti brojna pitanja parnične procedure do donošenja ZPP 56.

17 Čl. 320. ZPP 56 je glasio:

- "(1) Ako tuženi do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtjev, sud će bez daljnjeg raspravljanja donijeti presudu kojom usvaja tužbeni zahtjev (presuda na osnovu priznanja).
- (2) Sud neće donijeti presudu na osnovu priznanja i kad su ispunjene potrebni uvjeti ako ustanovi da se radi o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (član 3. stav 3.).
- (3) Donošenje presude na osnovu priznanja odložiti će se ako je potrebno o okolnostima iz prethodnog stava prethodno pribaviti obavještenja od stranaka ili državnih organa.
- (4) Priznanje tužbenog zahtjeva, na ročištu ili u pismenom podnesku, tuženi može i bez pristanka tužioca opozvati do donošenja presude."

18 Na odricanje od tužbenog zahtjeva sud je bio dužan paziti po službenoj dužnosti tijekom cijelog postupka. Stoga ako bi tužitelj podnio istu tužbu, sud je bio po službenoj dužnosti odnosno po prigovoru tuženika dužan odbaciti tužbu kao i da je postojala pravomoćna presuda (*arg. ex* čl. 181. st. 6. ZPP 56).

paternitetskim sporovima¹⁹ (čl. 398. – 412. ZPP 56).

Prema ZPP 56, u odnosu na uzdržavanje djece, sud je bio dužan u bračnom sporu – ako bi donio presudu kojom brak proglašava nepostojećim, ili ga poništava, ili razvodi – odlučiti i o čuvanju, odgajanju i uzdržavanju zajedničke djece bračnih drugova, odnosno osoba za koje je utvrdio da među njima ne postoji bračni odnos (čl. 408. ZPP 56).^{20 21} Sud je također, bio, ovlašten u tijekom postupka u bračnim sporovima po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere radi davanja uzdržavanja zajedničkoj maloljetnoj djeci i radi njihova smještaja (čl. 405. st. 1. ZPP 56). Pritom se u sudskoj praksi izdiferenciralo shvaćanje prema kojemu je sud bio dužan (i ovlašten) da o tim pitanjima odluči po službenoj dužnosti u bračnom sporu i u odnosu na punoljetno dijete nad kojim je postojalo "produženo roditeljsko pravo".²² Pored citiranih odredaba ZPP 56 o oficijelnim ovlastima suda odlučiti, između ostalog, o uzdržavanju djece u bračnom sporu, ZPP 56 nije sadržavao posebne odredbe za alimentacijske postupke.²³

Budući da ZPP 56, OZORD i OZB nisu sadržavali posebne odredbe za alimentacijske postupke, mogao se izvesti zaključak da se o pitanju uzdržavanja, neovisno o tomu odlučuje li se o tom pitanju adhezijski uz bračni spor ili u samostalnoj parnici, trebalo odlučivati u redovnom parničnom postupku koji je bio normiran ZPP 56 (*arg. ex* čl. 1. ZPP 56; *arg. a simile ex* čl. 398. ZPP 56).

U kontekstu mogućnosti donošenja presude na temelju priznanja, koja je bila normirana odredbama čl. 320. ZPP 56,²⁴ treba istaknuti da je u obiteljskopравnim

19 Budući da OZORD i ZPP 56 nisu izrijekom regulirali sporove o utvrđivanju i osporavanju majčinstva, koji su u tadašnjoj sudskoj praksi bili izuzetni, u doktrini se izdiferenciralo shvaćanje da bi se paternitetskim sporovima mogli smatrati i ti sporovi (*arg. ex* čl. 29., 30. Zakona o matičnim knjigama; Službeni list SFRJ, 8/65). O tome v. TRIVA, Građansko procesno pravo I, Zagreb, 1972. (u daljnjem tekstu: TRIVA, GPP I), str. 641.

20 Isto je rješenje sadržavao OZB. Naime, OZB je određivao dužnost suda da presudom kojom se brak razvodi odluči i o čuvanju, odgoju i uzdržavanju zajedničke djece (čl. 65. st. 1. OZB). To se primjenjivalo, u odnosu na zajedničku djecu, i u slučaju poništaja braka (*arg. ex* čl. 49. st. 2. OZB, čl. 65. st. 1. OZB), odnosno proglašavanja braka nepostojećim (*arg. ex* čl. 35. st. 4. OZB, čl. 49. st. 2. OZB, čl. 65. st. 1. OZB).

21 Uz postupak u bračnim sporovima, ZPP 56 uređivao je i postupak u paternitetskim sporovima (o utvrđivanju ili osporavanju očinstva) na način da je uputio na primjenu određenih odredaba koje su se odnosile na postupak u bračnim sporovima na te postupke (čl. 412. ZPP 56). Međutim, pritom nije uputio na primjenu navedenog rješenja prema kojem je sud bio dužan odlučiti o određenim pitanjima *ex officio* u bračnom sporu (*arg. ex* čl. 412. ZPP 56). Tako se u sudskoj praksi javilo shvaćanje prema kojem sud u sporovima za utvrđivanje očinstva odluku o visini doprinosa za uzdržavanje djeteta nije donosio po službenoj dužnosti, već samo na prijedlog stranke. VS Srbije – Odjeljenje u Novom Sadu: Gž-1429/66, Glasnik, Novi Sad, 1967., br. 4 – cit. prema BAZALA, Zakon o parničnom postupku s objašnjenjima i sudskim odlukama, Zagreb, 1969. (u daljnjem tekstu: BAZALA, ZPP s objašnjenjima i sudskim odlukama), str. 306.

22 Tako VS Vojvodine: Gž-1169/61, Glasnik, Novi Sad, 1962. – cit. prema BAZALA, ZPP s objašnjenjima i sudskim odlukama, str. 306. Tako i TRIVA, GPP I, str. 639

23 Ustanova obiteljskog uzdržavanja bila je uređena odredbama OZORD-a (čl. 32. – 40. OZORD) i OZB-a (čl. 65. – 67. OZB).

24 V. *supra ad* bilj. 17.

postupcima izricanje presude na temelju priznanja bilo izrijekom isključeno u bračnim sporovima (čl. 406. st. 2. ZPP 56) i u sporovima o utvrđivanju ili osporavanju očinstva (čl. 412. ZPP 56 u vezi s čl. 406. st. 2. ZPP 56). Odricanje od tužbenog zahtjeva u tim sporovima nije imalo za posljedicu to da tužitelj više nije mogao u istoj stvari ponovno podnijeti tužbu (čl. 181. st. 5. ZPP 56), nego je učinak te parnične radnje bio kao i kada bi tužitelj samo povukao tužbu (čl. 181. st. 2. ZPP 56) (čl. 410. st. 3. ZPP 56, čl. 412. ZPP 56). Dakle, u odnosu na postupak o uzdržavanju djece ZPP 56 nije izrijekom isključio mogućnost donošenja presude na temelju priznanja, odnosno nije izrijekom propisao da je učinak odricanja od tužbenog zahtjeva isti kao i kada bi tužitelj samo povukao tužbu.

Budući da nije bilo posebnih odredaba o alimentacijskim postupcima, u doktrini su se bila javila različita shvaćanja u odnosu na mogućnost donošenja dispozitivnih presuda u tim postupcima općenito, odnosno presude na temelju priznanja posebno.

Prema jednom, koje je bilo utemeljeno prvenstveno na odredbama ZPP 56 te kasnijeg republičkog i pokrajinskog obiteljskog zakonodavstva SR Srbije i SAP Vojvodine (v. *infra ad* 2.2.), u sporovima o uzdržavanju maloljetne djece mogla se donositi presuda na temelju priznanja, svakako, ako su bili ispunjeni i ostali zakonski uvjeti za njezino donošenje.²⁵ Donošenje presude na temelju priznanja, prema Brkiću, bilo je dopušteno u postupku o sporovima o uzdržavanju djece, budući da su stranke u tim parnicama mogle slobodno disponirati tužbenim zahtjevom jer je predmet spora bilo subjektivno pravo kojim su mogle raspolagati i izvan parnice.²⁶

Prema drugom shvaćanju, u sporovima o uzdržavanju maloljetne djece nije se mogla donositi presuda na temelju priznanja. Prema Pozniću, u pitanju bi bili odnosi za čije je utvrđivanje zajednica bila zainteresirana više negoli kada je bilo riječi o drugim imovinskopravnim odnosima. U ovim bi sporovima načelo materijalne istine trebalo ostati neokrnjeno te bi sud u ovakvim sporovima trebao moći utvrđivati činjenice i kada one između stranki ne bi bile sporne, a priznanje tužbenog zahtjeva ne bi moglo dovesti do presude na temelju priznanja, niti bi stranke mogle zaključiti sudsku nagodbu o predmetu spora.²⁷

2.2. Razdoblje republičkog zakonodavstva od 1971. do 1991. godine

Ustavni amandmani XX do XLI na Ustav SFRJ²⁸ unijeli su bitne promjene u domenu zakonodavne regulacije obiteljskopravnih odnosa. Obitelj i obiteljski odnosi (brak, odnosi roditelja i djece, skrbništvo, posvojenje, uzdržavanje) više nisu bili u saveznoj, već republičkoj i pokrajinskoj zakonodavnoj kompetenciji. Kriteriji za

25 Novo jugoslavensko pravo sve do 1990. godine (Službeni list SFRJ, 27/90) nije poznavalo institut presude na temelju odricanja. V. *infra ad* 2.2.

26 Tako BRKIĆ, Presuda zbog izostanka u parnici radi dečinjeg izdržavanja, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 38, br. 6, 1989., str. 27.

27 Tako POZNIĆ, Presuda zbog izostanka, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 4, br. 3, 1956., str. 289.

28 Objavljeno u Službenom listu SFRJ, 29/71.

određivanje zakonodavne nadležnosti u oblasti procesnog prava bili su determinirani granicama republičke, odnosno pokrajinske nadležnosti u oblasti materijalnog prava.^{29/30}

Godine 1978. je donesen ZBPOH, koji je bio *sedes materiae* obiteljskog materijalnog i procesnog prava.³¹ U obiteljskopравnim postupcima na odgovarajući način primjenjivale su se odredbe Zakona o parničnom postupku,³² ako ZBPOH nije bilo drukčije određeno (čl. 305. st. 1. ZBPOH).

Tako je, prema ZBPOH, sud bio dužan *ex officio* donijeti odluku o uzdržavanju zajedničke maloljetne djece ili punoljetne djece koja su bila nesposobna za rad (čl. 238. st. 2. ZBPOH) kada bi u bračnom sporu donio presudu, kojom bi utvrdio, da brak ne postoji ili bi brak poništio ili bi brak razveo (čl. 342. st. 1. ZBPOH) te u sporu radi utvrđivanja očinstva kada bi utvrdio da je tuženik otac djeteta (čl. 343. st. 1. ZBPOH).³³

U sporovima o uzdržavanju maloljetne djece ili punoljetne djece koja nisu bila

29 U pravilu je SFRJ bila ovlaštena uređivati građanske sudske postupke, a republike i pokrajine samo posebne postupke u granicama materijalnopравnih odnosa koje su same regulirale. O tome v. BELAJEC, Suradnja suda i organa starateljstva u posebnim građanskim sudskim postupcima o bračnim i porodičnim stvarima (doktorska disertacija), Zagreb, 1985., str. 63.

30 Kako socijalističke republike i pokrajine nisu imale vlastito novo obiteljsko zakonodavstvo, koje bi u cijelosti 1. siječnja 1972. godine zamijenilo tadašnje osnovne zakone, donijele su, bez izuzetka, propise kojima su produžile važenje dotadašnjih saveznih zakona na način da su oni pod istim imenom i sadržajem postali republički zakoni (v. *supra ad 2.1.*). O tome v. ALINČIĆ, BAKARIĆ-MIHANOVIĆ, Porodično pravo; Osnove bračnog prava i odnosa roditelja i djece, Zagreb, 1978., str. 201. SR Hrvatska je 16. prosinca 1971. godine donijela Zakon o preuzimanju saveznih zakona kojima se uređuju odnosi o kojima po Ustavnim amandmanima XX do XLI na Ustav SFRJ odlučuje republika (Narodne novine, 52/71).

31 Procesne odredbe nalazile su se pretežno u Osmom dijelu Zakona (čl. 304. – 404. ZBPOH). ZBPOH je sadržavao zajedničke odredbe o svim posebnim postupcima u bračnim i obiteljskim stvarima (čl. 304. – 311. ZBPOH) i opće odredbe o sudjelovanju "organa starateljstva" u postupku pred sudom (čl. 312. – 317. ZBPOH).

32 Novi Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, 4/77; u daljnjem tekstu: ZPP 76) skupština SFRJ usvojila je na sjednici Saveznog vijeća od 24. prosinca 1976. godine, je stupio na snagu 1. srpnja 1977. godine i od tada se primjenjivao. Zakon je bio noveliran nekoliko puta. Ispravak ZPP 76 je objavljen u Službenom listu SFRJ, 36/77. Zatim su redom bili doneseni: Zakon o dopuni ZPP 76 od 25. lipnja 1980. godine (Službeni list SFRJ, 36/80); Zakon o izmjenama i dopunama ZPP 76 od 16. studenog 1982. godine (Službeni list SFRJ, 69/82); Zakon o dopuni ZPP 76 od 31. listopada 1984. godine (Službeni list SFRJ, 58/84); Zakon o izmjenama ZPP 76 od 12. studenog 1987. godine (Službeni list SFRJ, 74/87); Zakon o izmjenama ZPP 76 od 28. rujna 1989. godine (Službeni list SFRJ, 57/89); Zakon o izmjenama i dopunama ZPP 76 od 16. svibnja 1990. godine (Službeni list SFRJ, 20/90, 27/90); te Zakon o izmjenama i dopunama ZPP 76 od 26. lipnja 1991. godine (Službeni list SFRJ, 35/91). Donošenjem ZPP 76 nisu se mijenjale odredbe o presudi na temelju priznanja ZPP 56, osim određenog pomaka u broju članaka (čl. 331. umjesto čl. 320.). Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP 76 od 16. svibnja 1990. godine (Službeni list SFRJ, 27/90; ZIDZPP 90) unesene su odredbe čl. 331. a o presudi na temelju odricanja.

33 Sud je mogao, kada je to bilo potrebno, donijeti odluku o uzdržavanju zajedničke djece i kada bi u bračnom sporu donio drukčiju presudu (čl. 342. st. 2. ZBPOH), odnosno, kada je to bilo moguće i potrebno s obzirom na ishod postupka i okolnosti slučaja, i u drugim sporovima radi utvrđivanja ili osporavanja očinstva ili materinstva (čl. 343. st. 2. ZBPOH).

spособna za rad, stranke se u postupku pred sudom nisu mogle odreći svog zahtjeva, priznati zahtjev protivnika niti se nagoditi (čl. 309. st. 1. ZBPOH). Stoga se u tim sporovima nije mogla donijeti presuda na temelju priznanja (čl. 309. st. 1. ZBPOH, čl. 347. st. 2. ZBPOH u vezi s čl. 324. st. 1. ZBPOH), neovisno o tomu odlučuje li se o tom pitanju adhezijski uz bračni spor ili u samostalnoj parnici, a odricanje od tužbenog zahtjeva imalo je samo učinak povlačenja tužbe (čl. 193. ZPP 76), odnosno, nakon ZIDZPP 90, nije se mogla donijeti presuda na temelju odricanja (*arg. a cohaerentia, a completudine ex*: čl. 309. st. 1. ZBPOH, čl. 347. st. 2. ZBPOH u vezi s čl. 324. st. 1. ZBPOH; čl. 331.a ZPP 76).³⁴

Obiteljsko i procesno zakonodavstvo SR Srbije,³⁵ SR Bosne i Hercegovine,³⁶ SR Slovenije,³⁷ SR Makedonije,³⁸ SR Crne Gore,³⁹ SAP Vojvodine⁴⁰ te SAP Kosova⁴¹ također je, uređivalo postupak u sporovima o uzdržavanju djece, i kada se o uzdržavanju djeteta odlučivalo povodom posebne alimentacijske tužbe (alimentacijski spor kao glavni spor) (čl. 380. – 387. ZBPOSR; čl. 259. – 262. PZBH; čl. 77. – 80. ZBPOSL; čl. 366. – 373. ZBPOK), i kada se odlučivalo adhezijski uz bračni, maternitetki ili paternitetki spor (alimentacijski spor kao adhezijski spor) (čl. 382. st. 1. i 3. ZBPOSR; čl. 75. PZBH, čl. 259. st. 1. i 2. PZBH; čl. 40. ZPPPPSM; čl. 368. st. 1. i 3. ZBPOK). Pritom su ta zakonodavstva predviđala i mogućnost izricanja privremenih mjera radi osiguranja prava na uzdržavanje djeteta (čl. 384. st. 1. ZBPOSR; čl. 77. PZBH, čl. 140. PZBH, čl. 260. st. 1. PZBH; čl. 64. ZPPPPSM; čl. 370. st. 1. ZBPOK).

Za razliku od ZBPOH, zakonodavstva socijalističkih republika i pokrajina nisu izrijekom isključila mogućnost donošenja presude na temelju priznanja niti su izrijekom uredila učinke odricanja od tužbenog zahtjeva u sporovima o uzdržavanju

34 ZIDZPP 90 je u parnično procesno pravo ponovno uveden i institut presude na temelju odricanja (čl. 331.a ZPP 76). Budući da u postupcima o uzdržavanju djece nije bila dopuštena presuda na temelju priznanja, nije smjela biti dopuštena ni presuda na temelju odricanja (*arg. a cohaerentia, a completudine ex*: čl. 309. st. 1. ZBPOH, čl. 347. st. 2. ZBPOH u vezi s čl. 324. st. 1. ZBPOH; čl. 331.a ZPP 76).

35 Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Srbije iz 1980. godine (Službeni glasnik SRSr, 22/80; u daljnjem tekstu: ZBPOSR).

36 Porodični zakon SR Bosne i Hercegovine iz 1979. godine (Službeni list SRBiH, 21/79; u daljnjem tekstu: PZBH).

37 Zakon o braku i porodičnim odnosima (*Zakon o zakonski zvezi in družinski razmerjih*) SR Slovenije iz 1976. godine (Uradni list SRSI, 15/76; u daljnjem tekstu: ZBPOSL).

38 Zakon o posebnim parničnim postupcima u porodičnim sporovima (*Zakon za posebните procesni postapki vo semejnite sporovi*) SR Makedonije iz 1973. godine (Službeni vesnik SRM, 13/78; u daljnjem tekstu: ZPPPPSM).

39 Zakon o braku SR Crne Gore iz 1973. godine (Službeni list SRCG, 17/73, 21/73 – ispravak; u daljnjem tekstu: ZBCG), Zakon o odnosima roditelja i djece SR Crne Gore iz 1975. godine (Službeni list SRCG, 54/75, 4/76 – ispravak).

40 Zakon o braku SAP Vojvodine iz 1975. godine (Službeni list SAPV, 2/75, 10/75 – ispravak; u daljnjem tekstu: ZBV), Zakon o odnosima roditelja i djece SAP Vojvodine iz 1975. godine (Službeni list SAPV, 2/75, 10/75 – ispravak).

41 Zakon o braku i porodičnim odnosima SAP Kosova iz 1984. godine (Službeni list SAPK, 10/84; u daljnjem tekstu: ZBPOK).

maloljetne djece ili punoljetne djece koja su bila nesposobna za rad.^{42/43}

2.3. Razdoblje nakon osamostaljenja Republike Hrvatske 1991. godine pa do donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine

Nakon temeljitih političko-pravnih promjena te stjecanja neovisnosti i suverenosti Republike Hrvatske (1991.) nužno je uslijedila i reforma pravnog sustava.⁴⁴

ZBPOH važio je u Republici Hrvatskoj sve dok nije zamijenjen Obiteljskim zakonom iz 1998. godine.⁴⁵ Taj je Zakon zamijenjen novim (istoimenim) Obiteljskim zakonom iz 2003. godine⁴⁶ koji je noveliran 2004. godine.⁴⁷

Procesne odredbe sadržane u Osmom dijelu ObZ 03 o alimentacijskim postupcima preuzete su iz Obiteljskog zakona iz 1998. godine, a ove iz ZBPOH. Cijeli navedeni povijesni slijed promjena u regulativi alimentacijskih postupaka odvijao se uz promjene u terminologiji te manje i neznatne redakcijske razlike u formulaciji pojedinih odredaba.⁴⁸

Budući da u razmatranom periodu nije došlo do bitne izmjene uređenja alimentacijske procedure, posebno (ne)mogućnosti donošenja presuda na temelju

42 Donošenje presude na temelju priznanja bilo je izrijekom isključeno u bračnim (čl. 361. st. 2. ZBPOSR; čl. 73. PZBH; čl. 73. st. 2. ZBPOSL; čl. 5. ZPPPPSM u vezi s čl. 1. ZPPPPSM; čl. 95. ZBCG; čl. 85. ZBV; čl. 347. st. 2. ZBPOK), paternitetskim te maternitetskim sporovima (čl. 374. st. 2. ZBPOSR; čl. 138. st. 2. PZBH; čl. 100. ZBPOSL u vezi s čl. 73. st. 2. ZBPOSL, čl. 95. ZBPOSL u vezi s čl. 100. ZBPOSL, čl. 101. ZBPOSL u vezi s čl. 100. ZBPOSL; čl. 5. ZPPPPSM u vezi s čl. 1. ZPPPPSM; čl. 360. st. 2. ZBPOK), dok je odricanje od tužbenog zahtjeva u tim sporovima imalo isti učinak kao i povlačenje tužbe (čl. 364. st. 3. ZBPOSR, čl. 374. st. 3. ZBPOSR; čl. 74. st. 5. PZBH, čl. 138. st. 3. PZBH; čl. 99. st. 3. ZBCG; čl. 88. st. 2. ZBV; čl. 350. st. 3. ZBPOK, čl. 360. st. 3. ZBPOK).

43 O različitim stavovima u doktrini o (ne)mogućnosti donošenja dispozitivnih presuda općenito, odnosno presude na temelju priznanja posebno, u sporovima o uzdržavanju djece prema ZPP 56, ZBPOSR i ZBV v. *supra ad 2.1.*

44 Republika Hrvatska preuzela je Zakonom o preuzimanju Zakona o parničnom postupku od 26. lipnja 1991. godine (Narodne novine, 53/91; u daljnjem tekstu: ZPZPP) savezni ZPP 76 kao Zakon Republike Hrvatske, s time da se taj Zakon primjenjuje u Republici Hrvatskoj ako su njegove odredbe u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske, odnosno ako odredbama ZPZPP-a nije drukčije određeno. Preuzeti Zakon o parničnom postupku više je puta noveliran (Narodne novine, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07, 96/08 – v. odluku USRH od 20. prosinca 2006. i 9. srpnja 2008., 84/08, 123/08 – ispravak).

45 Obiteljski zakon iz 1998. godine (Narodne novine, 162/98). Primjenjivao se od 1. srpnja 1999. godine.

46 Obiteljski zakon iz 2003. godine (Narodne novine, 116/03; u daljnjem tekstu: ObZ 03). Stupio je na snagu 22. srpnja 2003. godine.

47 Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2004. godine (Narodne novine, 17/04); Zakon o izmjeni Obiteljskog zakona iz 2004. godine (Narodne novine, 136/04).

48 Izmjene i dopune iz 2004. godine nisu se odnosile na procesne odredbe sadržane u Osmom dijelu ObZ 03 o alimentacijskim postupcima.

priznanja i na temelju odricanja, za te je postupke i u ovom periodu važi ono što je rečeno za prethodni (v. *supra ad 2.2.*).

Određene ozbiljnije intervencije u uređenje alimentacijske procedure izvršene su ZIDObZ 07, o kojima će biti riječi *infra ad 4.* i 5. u mjeri u kojoj to ne prelazi temu ovoga rada.

3. DISPOZITIVNE PRESUDE U VAŽEĆEM ALIMENTACIJSKOM PARNIČNOM PRAVU POSTJUGOSLAVENSKIH ZEMALJA

3.1. Općenito

U parničnom procesnom pravu postjugoslavenskih zemalja uređen je institut presude na temelju priznanja (slo. *sodba na podlagi pripoznave*) (čl. 316. Zakona o parničnom postupku Republike Slovenije;⁴⁹ čl. 180. Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine;^{50/51} čl. 336. Zakona o parničnom postupku Republike Srbije;⁵² čl. 337. Zakona o parničnom postupku Republike Crne Gore⁵³) te presude na temelju odricanja (slo. *sodba na podlogi odpovedi*) (čl. 317. ZPPSL; čl. 181. ZPPFBH; čl. 337. ZPPSR; 338. ZPPCG)⁵⁴ na isti način, kao i u hrvatskom parničnom procesnom pravu, kako u pogledu pretpostavaka za njihovo donošenje tako i mogućnosti odgode njihova donošenja (v. *infra ad 4.2.*, 4.3. i 4.4.). Pritom ZPPSR i ZPPCG predviđa i mogućnost donošenja djelomičnih presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja (čl. 334. ZPPSR; čl. 335. ZPPCG u vezi s čl. 337. ZPPCG, čl. 338. ZPPCG). U slovenskom parničnom procesnom pravu uređen je samo institut djelomične presude na temelju priznanja (slo. *delna sodba na podlagi pripoznave*) (čl. 314. ZPPSL).⁵⁵

49 Zakon o parničnom postupku (*Zakon o pravdnem postopku*) Republike Slovenije iz 1999. godine (Uradni list Republike Slovenije, 26/99, 96/02, 2/04, 52/07, 45/08; u daljnjem tekstu: ZPPSL).

50 Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine iz 2003. godine (**Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, 53/03, 73/05, 19/06; u daljnjem tekstu: ZPPFBH**).

51 Administrativna podjela Bosne i Hercegovine na dva etneta, odnosno Federaciju Bosne i Hercegovine i Republiku Srpsku te Brčko distrikt, koji ne pripada ni jednom od etneta već predstavlja posebnu upravnu jedinicu nad kojim suverenitet imaju institucije Bosne i Hercegovine, razlog je nepostojanja jedinstvenog bosansko-hercegovačkog pravnog sustava. Predmet poredbenog razmatranja je građansko parnično procesno pravo Federacije Bosne i Hercegovine.

52 Zakon o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004. godine (Službeni glasnik Republike Srbije, 125/04; u daljnjem tekstu: ZPPSR).

53 Zakon o parničnom postupku Republike Crne Gore iz 2004. godine (Službeni list Republike Crne Gore, 22/04; u daljnjem tekstu: ZPPCG).

54 Institut presude na temelju odricanja uveden je ponovno u parnično procesno pravo tih zemalja ZIDZPP 90. V. *supra ad 2.2.*

55 ZPPFBH nije uopće uređena mogućnost donošenja djelomičnih presuda.

Sedes je materiae bosansko-hercegovačkog,⁵⁶ srpskog⁵⁷ i crnogorskog⁵⁸ alimentacijskog parničnog prava u posebnim obiteljskim zakonima. Pritom je predviđeno da se u svim obiteljskopравnim postupcima primjenjuju odredbe zakona kojim je uređen parnični postupak, ako tim Zakonima nije drukčije određeno (čl. 268. st. 2. PZFBH; čl. 202. PZSR; čl. 372. PZCG). U Sloveniji su odredbe o posebnim postupcima u obiteljskim stvarima sadržane u Trećem dijelu ZPPSL ("*Posebni postupki*").

3.2. (Ne)mogućnost donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja

ZPPSL i PZBH izrijeком isključuju mogućnost donošenja presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja u bračnim sporovima te sporovima iz odnosa roditelja i djece, u što spadaju i sporovi o uzdržavanju djece (čl. 412. st. 1. ZPPSL; čl. 272. st. 2. PZFBH, čl. 278. st. 2. PZFBH).

U odnosu na mogućnost donošenja presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja u postupcima o uzdržavanju djece prema PZSR i PZCG, treba napomenuti da ti Zakoni o tomu ne sadrže odredbe.⁵⁹ Pritom PZSR i PZCG izrijeком isključuju mogućnost donošenja tih presuda u bračnim (čl. 224. PZSR; čl. 339. PZCG), maternitetskim, paternitetskim sporovima (čl. 258. PZSR; čl. 351. st. 1. PZCG), sporovima za zaštitu prava djeteta te sporovima za vršenje, odnosno lišenje "roditeljskog prava" (čl. 271. PZSR; čl. 362. PZCG).

4. DISPOZITIVNE PRESUDE U VAŽEĆEM HRVATSKOM ALIMENTACIJSKOM PARNIČNOM PRAVU

4.1. Općenito

Nakon stupanja na snagu ZIDObZ 07 u sporu o uzdržavanju, u kojemu je tužitelj maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti sud može donijeti presudu na temelju priznanja ako ocijeni da je to u skladu s dobrobiti djeteta (nov. čl. 305.a st. 2. ObZ). U sporu o uzdržavanju, u kojem je tuženik maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, sud može donijeti presudu na temelju odricanja ako ocijeni da je to u skladu s dobrobiti djeteta (nov. čl. 305.a st. 3. ObZ).

56 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, 35/05; u daljnjem tekstu: PZFBH).

57 Porodični zakon Republike Srbije iz 2005. godine (Službeni glasnik Republike Srbije, 18/05; u daljnjem tekstu: PZSR).

58 Porodični zakon Republike Crne Gore iz 2007. godine (Službeni list Republike Crne Gore, 1/07; u daljnjem tekstu: PZCG).

59 Postupci u sporovima o uzdržavanju djece su uređeni odredbama čl. 277. – 282. PZSR te čl. 365. – 371. PZCG.

Prema novom se uređenju, dakle u parnicama radi uzdržavanja protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti može odreći tužbenog zahtjeva, odnosno priznati tužbeni zahtjev (nov. čl. 270.a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ), dok maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti i dalje ne može poduzeti te dispozicije (nov. čl. 270.a st. 1. ObZ, *arg. ex nov.* čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ).

Budući da se na posebne obiteljske parnične postupke, pa i na alimentacijske postupke, na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a (nov. čl. 264. ObZ), na mogućnost se donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja u sporovima o uzdržavanju maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a koje uređuju donošenje odnosnih presuda (čl. 331. ZPP, čl. 331.a ZPP), što znači i odgovarajuće zasade doktrine procesnog prava. Stoga, kada će se u nastavku rada općenito govoriti o presudama na temelju priznanja i na temelju odricanja, vrijedit će i za alimentacijske sporove.

Tako ako tuženik do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtjev, sud će bez daljnjeg raspravljanja donijeti presudu kojom prihvaća tužbeni zahtjev (presuda na temelju priznanja) (čl. 331. st. 1. ZPP). Sud neće donijeti presudu na temelju priznanja kada je udovoljeno potrebnim uvjetima, ako nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (čl. 331. st. 2. ZPP u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP). Donošenje presude na temelju priznanja odgodit će se ako je potrebno da se o tim okolnostima prije toga pribave obavijesti (čl. 331. st. 3. ZPP). Priznanje tužbenog zahtjeva, na ročištu ili pismenom podnesku, tuženik može i bez pristanka tužitelja opozvati do donošenja presude (čl. 331. st. 4. ZPP).

Ako se tužitelj do zaključenja glavne rasprave odrekne tužbenog zahtjeva, sud će bez daljnjeg raspravljanja donijeti presudu kojom odbija tužbeni zahtjev (presuda na temelju odricanja) (čl. 331.a st. 1. ZPP). Za odricanje od tužbenog zahtjeva nije potreban pristanak tuženika (čl. 331.a st. 2. ZPP). Sud neće donijeti presudu na temelju odricanja i kada je udovoljeno potrebnim uvjetima ako utvrdi da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (čl. 331.a st. 3. ZPP u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP). Donošenje presude na temelju odricanja odgodit će se ako je potrebno da se o tim okolnostima prethodno pribave obavijesti (čl. 331.a st. 4. ZPP). Odricanje od tužbenog zahtjeva, na ročištu ili u pisanom podnesku, tužitelj može i bez pristanka tuženika opozvati do donošenja presude (čl. 331.a st. 5. ZPP).

4.1.1. Pravna priroda priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva

O pravnoj prirodi priznanja (odnosno odricanja od) tužbenog zahtjeva u bivšoj jugoslavenskoj te domaćoj doktrini izdiferencirala su se dva shvaćanja. Prema jednom, njihova je pravna priroda dvostruka. One su istovremeno pravni posao i parnična radnja. Od procesno-sudskog priznanja, pristalice tog shvaćanja, razlikuju privatno-pravno priznanje, koje je jedan pravovaljani ugovor materijalnog prava o utvrđivanju jednog individualiziranog privatnog-pravnog zahtjeva, bilo da postoji, ili se samo

ozbiljno tvrdi da postoji.⁶⁰ U prilog tog shvaćanja iznosi se i mogućnost pobijanja presude na temelju priznanja (i na temelju odricanja) stoga što je izjava o priznanju (i odricanju) dana u bitnoj zabludi ili pod utjecajem prisile ili prijevera (čl. 353. st. 3. ZPP (prij. čl. 342. st. 3. ZPP 56)).⁶¹ Prema drugom su shvaćanju te radnje isključivo procesnopravne prirode. Izjava o priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva je stranačka parnična radnja. Ona nije i građanskopravni posao.⁶²

Prilikom razmatranja pravne prirode priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva treba voditi računa o određenim okolnostima:

(1) pretpostavke su valjanosti parničnih radnji različite od pretpostavaka valjanosti građanskopravnih radnji. Za valjano poduzimanje parničnih radnji stranke moraju imati stranačku (*arg. ex* čl. 77. ZPP, čl. 78. ZPP, čl. 82. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP) i parničnu sposobnost (*arg. ex* čl. 79. ZPP, čl. 82. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP) (u određenim slučajevima i postulacijsku sposobnost; *arg. ex* nov. čl. 91. a st. 1. ZPP). Nadalje, stranke moraju biti uredno zastupane (*arg. ex* čl. 80. ZPP, čl. 82. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP);

(2) parnične radnje, za razliku od građanskopravnih radnji, u pravilu su bezuvjetne te ne mogu biti oročene;⁶³

(3) parnične radnje se ne mogu pobijati tužbom zbog mana u volji (uz izuzetak sudske nagodbe),^{64/65} odnosno neke od njih se mogu posredno pobijati zbog tog razloga, ali pravnim lijekom protiv presuda koje su na njima utemeljene (*arg. ex* čl. 353. st. 3. ZPP);

(4) parnične radnje iznimno izravno proizvode izvanpostupovne (materijalnopravne) učinke, kao u slučaju sudske nagodbe. One u načelu svoje učinke ispoljavaju u postupku. Izvan postupka djeluju tek posredno i to u mjeri u kojoj su pridonijele donošenju odluke određenog sadržaja kojom je postupak okončan

60 Tako ARANĐELOVIĆ, *Građansko procesno pravo*, II. knjiga, Beograd, 1932 – 34., str. 175., pozivajući se na POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 1930. – cit. prema MILUTINOVIĆ, *Priznanje tužbenog zahtjeva*, str. 19.

61 Tako KAMHI, *GSP*, str. 67.

62 Tako POZNIĆ, *Građansko procesno pravo*, 7. izdanje, Beograd, 1980. (u daljnjem tekstu: POZNIĆ, *GPP*), str. 155.; TRIVA, DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004. (u daljnjem tekstu: TRIVA-DIKA, *GPPP*), str. 598.

63 Usp. POZNIĆ, *GPP*, str. 157.; UDE, *Civilni pravdni postopek*, Ljubljana, 1988. (u daljnjem tekstu: UDE, *CPP*), str. 150 – 151.; STANKOVIĆ, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1989. (u daljnjem tekstu: STANKOVIĆ, *GPP*), str. 199.; ČALIJA, OMANOVIĆ, *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000. (u daljnjem tekstu: ČALIJA-OMANOVIĆ, *GPP*), str. 172.; TRIVA-DIKA, str. 346.; DIKA, *Građansko parnično pravo*; *Parnične radnje*; V. knjiga, Zagreb, 2008. (u daljnjem tekstu: DIKA, *GPP V.*), str. 296.

64 Usp. ČALIJA-OMANOVIĆ, *GPP*, str. 246.; DIKA, *GPP V.*, str. 296.; VS Jugoslavije: Rev-1893/61, *Zbirka sudskih odluka*, knj. VII., sv. 1., Beograd, 1962., br. 46 – cit. prema BAZALA, *ZPP s objašnjenjima i sudskim odlukama*, str. 236.

65 *Ali v. POZNIĆ*, *Građansko procesno pravo*, 3. izdanje, Beograd, 1970., str. 325.; TRIVA-DIKA, *GPPP*, str. 574.

(nesamostalnost stranačkih parničnih radnji);⁶⁶

(5) uz izvanpostupovne učinke, određene radnje mogu imati i značenje materijalnopravno relevantnih činjenica, ako im to značenje pridaju norme materijalnog prava i uz uvjete koje one traže⁶⁷ te

(6) budući da bi određeno ponašanje moglo imati i procesnopravne i materijalnopravne učinke, u doktrini se predlaže da bi pri njegovoj kvalifikaciji kao parnične radnje ili privatnopravnog posla trebalo poći od tipične funkcije toga ponašanja, od toga je li njegov glavni neposredni učinak na području procesnog ili materijalnog prava. Za radnju, za koju se ne bi moglo nedvojbeno odrediti na kojem bi se području očitovao njezin glavni učinak, uzima se da bi je trebalo smatrati postupvnopravnom radnjom ako bi bila poduzeta u postupku, a ako bi bila poduzeta izvan postupka, na nju se ne bi primjenjivalo postupovno pravo.⁶⁸

U tom kontekstu, pođe li se od toga da je neposredan predmet spora pravo na traženje pravozaštitne radnje suda,⁶⁹ treba uzeti da je priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva stranačka parnična radnja kojom tuženik, odnosno tužitelj disponira tim predmetom spora. Te stranačke parnične radnje svoje bi učinke ispoljavale u postupku, a izvan postupka bi djelovale tek posredno i to u mjeri u kojoj bi pridonijele donošenju odluke određenog sadržaja kojom bi se postupak okončao. Međutim, time im se ne odriče eventualno značenje materijalnopravno relevantnih činjenica, ako im to značenje pridaju norme materijalnog prava i uz uvjete koje one traže.⁷⁰

O priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva kao stranačkoj parničnoj radnji v. *infra ad* 4.1.2.

4.1.2. Priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva kao stranačka parnična radnja

Priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva je jednostrana, opoziva, pravozaštitna parnična radnja (njem. *Prozeßrechtshandlung*) tuženika, odnosno tužitelja kojom pred sudom izričito, određeno, bezuvjetno izjavljuje da je tužitelj određeni zahtjev za pružanje pravne zaštite određenog

66 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 157.; STANKOVIĆ, GPP, str. 200.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 344.; DIKA, GPP V., str. 296., pozivajući se na ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16. izdanje, München, 2004. (u daljnjem tekstu: ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR), str. 396., i FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2. izdanje, Wien, 1990. (u daljnjem tekstu: FASCHING, ZPR), str. 394.

67 Tako, npr. odricanje od tužbenog zahtjeva koje bi se izjavilo nakon zaključenja glavne rasprave, postupvnopravno ne bi bilo dopušteno i pravozaštitno bi bilo irelevantno, pa bi podnesak kojim bi ta radnja bila poduzeta trebalo odbaciti. Međutim, izjava o odricanju eventualno bi se mogla materijalnopravno shvatiti i kao odricanje od određenog građanskopravnog ovlaštenja pa bi utoliko mogla biti relevantna u nekom drugom postupku. Tako DIKA, GPP V., str. 332 – 333.

68 Tako DIKA, GPP V., str. 296 – 297., pozivajući se na ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, str. 395., i FASCHING, ZPR, str. 395.

69 Tako i DIKA, GPP V., str. 11.

70 V., npr., odredbe čl. 203. – 206. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, 35/05, 41/08) o otpustu duga.

sadržaja utemeljen odnosno da određeni zahtjev za pružanje pravne zaštite određenog sadržaja koji je istaknut u tužbi ili kasnije tijekom postupka nije osnovan.⁷¹

Tuženik priznanjem tužbenog zahtjeva manifestira svoju volju da se taj zahtjev smatra osnovanim te se suglašava s donošenjem presude određenog sadržaja (*arg. ex čl. 331. st. 1. ZPP*). Odnosno tužitelj odricanjem od tužbenog zahtjeva izražava svoju volju da se taj zahtjev treba smatrati neosnovanim i suglašava se s donošenjem presude kojom će on biti odbijen (*arg. ex čl. 331.a st. 1. ZPP*). Priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva je voljna parnična radnja (njem. *Willenshandlung*) tzv. očitovanje volje (njem. *Willenserklärung*) kojom se izravno (konstitutivno) proizvode određeni postupovnopравни učinci, odnosno stvara novi procesnopравни položaj (njem. *Bewirkungshandlung*).⁷²

U domaćoj doktrini, uključujući i bivšu jugoslavensku, uvriježilo se razlikovanje između neposrednih i posrednih parničnih radnji s obzirom na to proizvodi li stranačka radnja svoj krajnji procesnopравни učinak bez interpoliranja određene sudske aktivnosti, odnosno uz interpoliranje takve aktivnosti. Prema toj klasifikaciji stranačkih radnji priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva bila bi posredna parnična radnja – radnja koja ne bi bila podobna da sama po sebi prouzroči krajnji željeni procesnopравни učinak. Iako su one usmjerene na postizanje određenog učinka, njegovo nastupanje nije nužno. Hoće li taj učinak nastupiti, ovisilo bi o odluci suda.⁷³

Kod priznanja tužbenog zahtjeva kao parnične radnje tuženika je irelevantno je li tužitelj saznao za njezino poduzimanje i je li se s njome suglasio (jednstrana parnična radnja; *arg. ex čl. 331. st. 1. ZPP*) budući da on ne bi imao pravni interes za protivljenje odnosno za traženje nastavka kontradiktornog raspravljanja. To vrijedi i kod odricanja od tužbenog zahtjeva kao parnične radnje tužitelja (čl. 331.a st. 2. ZPP).⁷⁴

71 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 157., 270 – 271.; UDE, CPP, str. 150., 239.; STANKOVIĆ, GPP, str. 199., 300., 342.; ČIZMOVIĆ, ĐURIČIN, *Gradansko procesno pravo*, Podgorica, 1997. (u daljnjem tekstu: ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP), str. 159 – 160., 253 – 254.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 262.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 346., 348., 493., 597 – 600., 602.; DIKA, GPP V., str. 302 – 303., 311., 322.

72 U njemačkoj i austrijskoj doktrini, polazeći od GOLDSCHMIDTA (Prozeß als Rechtslage, 1923.), uobičajilo se dijeliti parnične radnje na tzv. *Erwirkungshandlungen* i tzv. *Bewirkungshandlungen*, koje bi na hrvatskom bilo moguće eventualno nazvati kao poticajno-pripremne, odnosno konstitutivne. Razlika između tih dviju kategorija radnji polazila bi od njihove funkcije u postupku, ali i sadržaja, pravne prirode i učinaka. Poticajno-pripremne radnje imale bi za cilj navesti sud da donese određenu odluku te mu pribaviti za nju odgovarajuću procesnu građu. Konstitutivne bi radnje, za razliku od poticajno-pripremnih, same po sebi neposredno stvarale novi procesnopравни položaj. One bi konstitutivno djelovale u pravilu unutar određenog postupka, iznimno i izvan njega. Dogmatska relevantnost razlikovanja između, tzv. *Erwirkungshandlungen* i tzv. *Bewirkungshandlungen* vidi se samo u mogućnosti opoziva tih radnji te u posljedicama njihovih nedostataka. DIKA, GPP V., str. 304 – 310., pozivajući se na ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, str. 399 – 402.

73 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 159 – 160.; UDE, CPP, str. 150.; STANKOVIĆ, GPP, str. 200 – 201.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 159 – 160.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 173 – 174.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 346 – 347.; DIKA, GPP V., str. 310 – 311.

74 Usp. UDE, CPP, str. 150.; STANKOVIĆ, GPP, str. 342.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 253.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 597., 600.; DIKA, GPP V., str. 311.

Priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva opoziva je parnična radnja. Stranka, koja je radnju poduzela ovlaštena je svojom naknadnom dispozicijom (jednostranom parničnom radnjom) oduzeti procesnopravno značenje već danom priznanju odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva (čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP; v. *infra ad* 4.2.3.).⁷⁵

U bivšoj jugoslavenskoj te domaćoj doktrini smatralo se da priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva mora biti izričito, određeno i bezuvjetno.⁷⁶

Značenje izraza "priznanje tužbenog zahtjeva" i "odricanje od tužbenog zahtjeva" zakonski je utvrđeno te oni izazivaju pravne posljedice koje se vežu uz izjave u kojima su ti izrazi upotrijebljeni. Međutim, budući da se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja može pobijati zbog mana volje, sud bi o tim manama trebao voditi računa već i prigodno poduzimanja tih dispozicija (*arg. ex* čl. 331. st. 1. ZPP, 331.a st. 1. ZPP, čl. 353. st. 3. ZPP).⁷⁷ Tako, ako bi tužitelj izjavio da se odriče od tužbenog zahtjeva, budući da ta izjava ima svoje određeno zakonsko značenje, sud ne bi bio dužan ispitati nije li on ipak htio povući tužbu osim ako bi postojali ozbiljni indiciji da postoje mane u volji tužitelja. Međutim, ako bi tužitelj samo izjavio da odustaje od tužbe, budući da odustanak od tužbe nije zakonski određen, sud bi trebao razjasniti povlači li tužitelj tužbu ili se odriče od tužbenog zahtjeva.⁷⁸

U odnosu na zahtjev da priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva mora biti bezuvjetno u starijoj se judikaturi pojavilo jedno zanimljivo pitanje – "da li isticanje nekog uvjeta, ograničenja, roka i sl., a koji su praktično bez ikakvog značenja imajući u vidu pozitivno pravo, jer i s takvim uvjetom, ograničenjem, rokom i bez njih sud će isto odlučiti, ukoliko bi donosio kontradiktornu odluku, može učiniti izjavu o priznanju tužbenog zahtjeva nepodobnom da se na temelju nje donese presuda na temelju priznanja?" Konkretno, tuženik u sporu za povećanje uzdržavanja dostavio je sudu podnesak u kojemu je istakao da je "saglasan da na ime svoga doprinosa plaća majci tužilaca po 600 dinara mesečno počev od 1. X. 1973. godine, pa do kraja moga boravka u Etiopiji, s time što bi mi se, po mome definitivnom povratku u Jugoslaviju, ovaj doprinos odredio u skladu sa mojim finansijskim prinadležnostima u to vreme. Molim vas da donesete rešenje u skladu sa mojom gornjom izjavom."⁷⁹

U navedenom slučaju, izneseno je shvaćanje da uvjet koji u pravnom životu praktično nema nikakve važnosti, imajući u vidu konkretno materijalnopravno rješenje, nikako ne dovodi u pitanje bezuvjetnost izjave o priznanju tužbenog

75 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 271.; STANKOVIĆ, GPP, str. 300.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 159 – 160.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 348., 598 – 599., 602.; DIKA, GPP V., str. 322.

76 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 157., 270.; UDE, CPP, str. 239.; STANKOVIĆ, GPP, str. 199.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 253 – 254.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 262.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 346., 493., 597., 600.; DIKA, GPP V., str. 302 – 303.

77 Tako i DIKA, GPP V., str. 299.

78 Tako i DIKA, GPP V., str. 298 – 299.

79 Treći opštinski sud u Beogradu: P-4679/73 – cit. prema MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 24.

zahtjeva.⁸⁰ To je shvaćanje upitno:

(1) za poduzimanje parničnih radnji, prosuđivanje njihove valjanosti i djelotvornosti primarno su mjerodavna pravila procesnog prava koja ih uređuju;

(2) parnične radnje treba tumačiti po pravilima procesnog prava koja ih uređuju. Pritom ne bi bilo potrebno utvrđivati "pravu" volju stranaka, već samo to kako bi se određenu izjavu objektivno moralo shvatiti (s aspekta onoga kome je upućena) uzimajući u obzir konkretno zakonsko pravilo, procesnu svrhu te stanje postupka i spisa koji su sudu i protivniku poznati ili bi trebali poznati. Zastupa se, dakle primjena, tzv. objektivizirane teorije očitovanja;⁸¹

(3) u njemačkoj, austrijskoj i domaćoj doktrini, uključujući bivšu jugoslavensku, uvriježilo se shvaćanje da su tzv. izvanpostupovni uvjeti beziznimno nedopušteni. Djelotvornost neke stranačke radnje ne smije se uvjetovati nekim izvanpostupovnim događajem. Takvo bi rješenje ugrožavalo pravnu sigurnost; ono bi dovodilo u pitanje djelotvornost obavljene pravosudne djelatnosti.⁸² Prema gledištu izraženom u austrijskoj doktrini tzv. *Bewirkungshandlungen* (npr. priznanje tužbenog zahtjeva, odricanje od tužbenog zahtjeva)⁸³ mogle bi se samo bezuvjetno poduzimati; njihovo se poduzimanje ne bi moglo uvjetovati ni tzv. unutarpostupovnim uvjetima;⁸⁴

(4) ako bi stranka poduzela radnju uz izvanpostupovni uvjet, sud bi trebao u povodu nje postupiti kao da nije valjana (npr. odbaciti uvjetnu tužbu, nastaviti s kontradiktornim postupkom). Dakle, uvjetno poduzete radnje su bez učinka. U domaćoj je doktrini, također, upozoreno da sud ne bi bio ovlašten uvjetno poduzetu radnju tretirati kao bezuvjetnu.⁸⁵

Uzme li se u obzir izneseno, neprihvatljivo je shvaćanje suda da uvjetno priznanje tužbenog zahtjeva treba tretirati kao bezuvjetno, ako je uvjet, sa stajališta odgovarajuće materijalnopravne norme, praktično, bez ikakve važnosti u pravnom životu.⁸⁶ Ako je priznanje tužbenog zahtjeva dano pod uvjetom, tada će se ono tretirati kao uvjetno, a ne bezuvjetno, neovisno o materijalnopravnoj relevantnosti uvjeta, pa i onda kad bi kontradiktorna presuda, koju bi sud donio, bila istog sadržaja kao da je donio presudu na temelju (bezuvejetnog) priznanja. To stoga što se djelotvornost i valjanost (bez)uvjetnih parničnih radnji prosuđuje prema pravilima procesnog prava, a ne (primarno) prema pravilima materijalnog prava. Ako bi tuženik uvjetno

80 Ibid.

81 O tome v. DIKA, GPP V., str. 299.

82 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 157.; STANKOVIĆ, GPP, str. 199.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 253 – 254.; GRBIN, Parnične radnje stranaka, Pravo u gospodarstvu, 38(1999), 6 (u daljnjem tekstu: GRBIN, Parnične radnje), str. 322 – 323.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 346.; DIKA, GPP V., str. 300., pozivajući se na ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, str. 408., i FASCHING, ZPR, str. 400.

83 V. *supra ad* bilj. 72.

84 Tako DIKA, GPP V., str. 300 – 301., pozivajući se na FASCHING, ZPR, str. 400.

85 Usp. GRBIN, Parnične radnje, str. 322.; DIKA, GPP V., str. 300.

86 U konkretnom slučaju radilo se o odredbi čl. 39. OZORD-a, prema kojoj je nadležan sud mogao po prijedlogu zainteresirane osobe povisiti, sniziti, ukinuti ili izmijeniti način uzdržavanja koji je bio dosuđen pravomoćnom odlukom, ako su se okolnosti na temelju kojih je odluka donesena kasnije izmijenile.

priznao tužbeni zahtjev, sud ne bi bio ovlašten donijeti presudu na temelju priznanja već bi trebao nastaviti s kontradiktornim postupkom. Izneseno vrijedi i za (uvjetno) odricanje od tužbenog zahtjeva.

4.2. Pretpostavke za donošenje presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja

4.2.1. Općenito

Da bi se u postupcima o uzdržavanju djece mogla donijeti presuda na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja nužno je da budu ispunjene zakonom propisane pretpostavke, posebno one iz odredaba nov. čl. 270.a st. 1. i 2. ObZ-a, nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ-a, čl. 331. ZPP-a i čl. 331.a ZPP-a. Naime, pored postojanja općih pozitivnih, odnosno nepostojanja općih negativnih procesnih pretpostavaka, za donošenje presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja u postupcima o uzdržavanju djece potrebno ispuniti i neke posebne pretpostavke.

Posebne procesne pretpostavke za donošenje presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja u sporu o uzdržavanju djece, su: (1) izjava o priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva dana od ovlaštene osobe (čl. 331. st. 1. ZPP, čl. 331.a st. 1. ZPP, čl. 81. st. 1. ZPP, čl. 95. ZPP, čl. 96. ZPP; v. *infra ad* 4.2.2.); (2) neopozivanje izjave o priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP; v. *infra ad* 4.2.3.) i (3) dopuštenost raspolaganja stranaka, tj. da nisu u suprotnosti s prisilnim propisima, pravilima javnog morala te dobrobiti djeteta (čl. 331. st. 2. ZPP, čl. 331.a st. 3. ZPP, čl. 3. st. 3. ZPP; nov. čl. 305.a st. 2. i st. 3. ObZ; v. *infra ad* 4.2.4.).

U doktrini i starijoj judikaturi izneseno je i gledište da je za donošenje presude na temelju priznanja, (odnosno na temelju odricanja) potrebno i ispunjenje jedne materijalnopravne pretpostavka – da osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi.⁸⁷

Priznajući tužbeni zahtjev tuženik priznaje pravilnost konkluzije logičkog silogizma na kojemu je zasnovana tužba. Pritom se tuženik ne izjašnjava o premisama na kojima se temelji konkluzija – ne izjašnjava se o istinitosti činjeničnih navoda tužitelja (*praemissa minor*) ni o pravilnosti izbora i primjene norme materijalnog prava koja bi upućivala na pravilnost konkluzije (*praemissa major*).⁸⁸ Za pretpostaviti je da tuženik priznaje osnovanost konkluzije jer priznaje istinitost i pravilnost premisa na kojima se temelji, no to je irelevantno.⁸⁹ To analogno vrijedi i za odricanje od

87 Usp. MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 31 – 32.; STANKOVIĆ, GPP, str. 343.; VSH: Gž-2064/69, Priručnik sudske prakse Vrhovnog suda Hrvatske, 1/1970 – cit. prema MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 33.; Viši privredni sud u Beogradu: Gž-1784/72, Zbornik sudske prakse, 9-10/1973 – cit. prema MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 33.

88 Ali v. MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 29.; ČIZMOVIĆ-ĐURIČIN, GPP, str. 253.

89 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 270.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 262.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 598., 601.

tužbenog zahtjeva, odnosno priznanje nepravilnosti konkluzije logičkog silogizma na kojemu je zasnovana tužba.

Vezan u načelu priznatim tužbenim zahtjevom, odnosno tužbenim zahtjevom kojega se tužitelj odrekao, sud nije ovlašten ispitivati, ni činjenice, ni pravo na kojima se zasniva zahtjev (*arg. ex* čl. 331. st. 1. ZPP, 331.a st. 1. ZPP). Ovo stajalište, međutim, vrijedi samo uz određene rezerve.

Sud je ovlašten ispitati postojanje općih pozitivnih (*arg. ex* čl. 82. ZPP, čl. 365. st. 2. ZPP u vezi s čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP),⁹⁰ odnosno nepostojanje općih negativnih procesnih pretpostavaka za donošenje presude (*arg. ex* čl. 194. st. 4. ZPP, čl. 323. ZPP, čl. 333. st. 2. ZPP, čl. 365. st. 2. ZPP u vezi s čl. 354. st. 2. t. 9. ZPP)⁹¹ i nije li izvršena dispozicija u suprotnosti s prisilnim propisima, pravilima javnog morala te dobrobiti djeteta (*arg. ex* čl. 3. st. 3. ZPP, čl. 331. st. 2. i 3. ZPP, čl. 331.a st. 3. i 4. ZPP; čl. 270.a st. 4. ObZ, čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ; v. *infra ad* 4.2.4.). U tim je granicama sud ovlašten ispitati činjeničnu i pravnu osnovu tužbenog zahtjeva te povesti računa o očitim okolnostima da bi priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva moglo biti posljedica mana u volji (*arg. ex* čl. 353. st. 3. ZPP; v. *supra ad* 4.1.2.).

4.2.2. Izjava o priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva dana od ovlaštene osobe

Tužbeni zahtjev može priznati samo tuženik (*arg. ex* čl. 331. st. 1. ZPP), dok se samo tužitelj može odreći od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 331.a st. 1. ZPP). Tuženik, odnosno tužitelj može priznati tužbeni zahtjev, odnosno odreći se od tužbenog zahtjeva osobno ili preko punomoćnika (*arg. ex* čl. 89. ZPP, čl. 92. ZPP, čl. 331. st. 1. ZPP, čl. 331.a st. 1. ZPP).

Ako je stranka izdala odvjetniku punomoć za vođenje postupka (parnična

90 Procesne pretpostavke su okolnosti od čijeg postojanja zavisi dopustivost pokretanja parničnog postupka, raspravljanje u parnici, donošenje meritorne odluke o osnovanosti tužbenog zahtjeva, odlučivanje o pravnim lijekovima te o incidentalnim zahtjevima koji bi se mogli iznijeti tijekom parničnog postupka. Od postojanja procesnih pretpostavaka zavisila bi dopustivost meritornog raspravljanja i, u krajnjoj liniji, meritornog suđenja. Usp. DIKA, Pravo na tužbu, Zagreb, 1987. (u daljnjem tekstu: DIKA, Pravo na tužbu), 310 – 311.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 28. Pozitivne procesne pretpostavke su one bez čijeg postojanja meritorno raspravljanje i, u krajnjoj liniji, meritorno suđenje nije dopušteno.

91 U njemačkoj doktrini pored pojma procesnih pretpostavaka uveden je i pojam "procesnih smetnji" (njem. *Prozeßhindernisse*). To bi bile one od okolnosti od kojih zavisi dopustivost parnice na koje sud pazi samo na prigovor tuženika (npr. zahtjev za polaganje aktorske kaucije). U austrijskoj i domaćoj doktrini izraz procesne smetnje uglavnom se veže uz pojam negativnih procesnih pretpostavaka, dok se procesne smetnje u smislu njemačkog prava kvalificiraju kao relativne procesne pretpostavke, za razliku od apsolutnih na koje sud pazi *ex officio*. DIKA, Pravo na tužbu, str. 312. Negativne procesne pretpostavke su one čije postojanje sprečava meritorno raspravljanje i, u krajnjoj liniji, meritorno suđenje. Za njih ZPP upotrebljava generičku sintagmu "smetnje za vođenje postupka" (npr. čl. 288. st. 3. ZPP).

punomoć),⁹² a nije pobliže odredila ovlaštenja u punomoći, odvjetnik je općenito ovlašten na poduzimanje svih radnji u postupku, pa i na priznanje tužbenog zahtjeva te odricanje od tužbenog zahtjeva (čl. 95. st. 1. t. 1. ZPP). Stranka bi, međutim, mogla u toj punomoći i ograničiti ovlasti odvjetnika. Primjerice, izričitim navođenjem da mu uskraćuje ovlast da prizna tužbeni zahtjev odnosno da se odrekne od tužbenog zahtjeva,⁹³ pa i svesti njegove ovlasti na ovlasti što ih na temelju punomoći za vođenje postupka ima osoba koja nije odvjetnik (negativno nabranje; *arg. ex* čl. 95. st. 1. ZPP).⁹⁴

Na temelju punomoći za vođenje postupka punomoćnik, koji nije odvjetnik, ovlašten je u načelu poduzimati sve radnje u postupku, kao i stranka koju zastupa (*arg. ex* čl. 96. ZPP). Međutim, određene radnje, koje su poimenično navedene, može poduzimati samo ako je na to izrijekom ovlašten (pozitivno nabranje; čl. 96. ZPP). U tom smislu, mora imati izričito ovlaštenje za priznanje tužbenog zahtjeva te za odricanje od tužbenog zahtjeva (čl. 96. ZPP).⁹⁵

Radnje u postupku, što ih punomoćnik poduzima u granicama punomoći, imaju isti pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka (čl. 92. ZPP). Stranka može izmijeniti ili opozvati izjavu svog punomoćnika, bez obzira kakve je prirode ta izjava, dok traje ročište na kojemu je ta izjava dana (čl. 93. st. 1. ZPP). Pritom bi izmjena ili opoziv vezivala sud. Izmijenjena ili opozvana radnja punomoćnika gubila bi svoju procesnu relevantnost. Međutim, ako bi sud već povukao konzenkvencije iz radnje punomoćnika, npr. ako bi na temelju djelomičnog priznanja tužbenog zahtjeva donio djelomičnu presudu (v. *infra ad* 4.5.), prisutna stranka ne bi više mogla opozvati tu radnju (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP).⁹⁶

U judikaturni je izraženo mišljenje da "ako je punomoćnik poduzeo neku dispozitivnu radnju na ročištu bez nazočnosti stranke koja mu je dala neograničenu punomoć, stranka takvu izjavu ne može više osnovano, naknadno izmijeniti ili opozvati".⁹⁷ Izneseno shvaćanje je upitno:

(1) u ZPP-u nema odredaba o tomu kakvog je značenja opoziv, odnosno izmjena procesne dispozicije punomoćnika (izuzev priznanja činjenica – čl. 93. st. 2. ZPP) poduzete na ročištu na kojemu stranka nije bila prisutna ili u podnesku;

(2) u smislu citiranog judikata, stranka, čiji bi punomoćnik priznao tužbeni

92 O izrazima punomoć za "vođenje parnice", punomoć za "vođenje postupka" te parnična punomoć v. DIKA, *Građansko parnično pravo*; Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku; IV. knjiga, Zagreb, 2008. (u daljnjem tekstu: DIKA, GPP IV.), str. 230 – 231.

93 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 131.; STANKOVIĆ, GPP, str. 169 – 170.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 335.; DIKA, GPP IV., str. 235.

94 Usp. DIKA, GPP IV., str. 235.

95 "Donošenjem presude na osnovu priznanja datog od punomoćnika koji nije advokat, a bez izričitog ovlaštenja zastupanog, učinjena je bitna povreda odredaba parničnog postupka". VS Bosne i Hercegovine: Pž-408/86, Bilten sudske prakse VS Bosne i Hercegovine, 4/87, 49 – cit. prema ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 155.

96 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, str. 337.; DIKA, GPP IV., str. 245.

97 VS: Gž-2354/77 od 5. listopada 1978. godine – cit. prema CRNIĆ, Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, 1998., str. 1220.

zahtjev odnosno odrekao se od tužbenog zahtjeva, bila neopravdana u nepovoljnijemu položaju u odnosu na stranku koja bi osobno priznala tužbeni zahtjev, odnosno odrekla se od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP),⁹⁸

(3) treba uzeti da bi stranka mogla opozvati i ove dispozitivne radnje punomoćnika, ako bi ih mogla opozvati da ih je sama poduzela.⁹⁹ Tako bi stranka mogla opozvati priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva koje bi dao njezin punomoćnik dok sud ne bi donio odgovarajuću presudu na temelju tih dispozicija (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP).¹⁰⁰ Isto bi vrijedilo i u odnosu na djelomično priznanje tužbenog zahtjeva te djelomično odricanje od tužbenog zahtjeva koja bi dao punomoćnik stranke (v. *infra ad* 4.5.) te

(4) zaključak *ad* 4.2.2.(3) bi proizlazio, također, iz pravila da radnje što ih u postupku poduzima punomoćnik u granicama punomoći imaju "isti" pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka (čl. 92. ZPP).¹⁰¹

Treba uzeti, također, da bi punomoćnik načelno mogao, naknadnim poduzimanjem radnje, pokušati oduzeti pravni učinak radnji koju je sama stranka poduzela (*arg. ex* čl. 92. ZPP).¹⁰² Tako bi punomoćnik mogao opozvati priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva koje bi stranka dala na ročištu na kojem on ne bi bio prisutan ili u podnesku dok sud ne bi donio odgovarajuću presudu na temelju tih dispozicija (*arg. ex* čl. 92. ZPP, čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP). To bi vrijedilo i u slučaju u kojem bi na ročištu stranka priznala tužbeni zahtjev, odnosno odrekla se od tužbenog zahtjeva, a punomoćnik pokušao obesnažiti to priznanje, odnosno odricanje, uz uvjet da se prisutna stranka tome ne bi usprotivila (čl. 92. ZPP, čl. 93. st. 1. ZPP).¹⁰³

Stranku koja nema parniče sposobnosti zastupa njezin zakonski zastupnik (čl. 80. st. 1. ZPP). Zakonski je zastupnik u načelu ovlašten u ime stranke poduzimati sve radnje u postupku (*arg. ex* čl. 81. st. 1. ZPP). To je načelno ovlaštenje, međutim, ograničeno: zakonskom je zastupniku za poduzimanje određenih radnji potrebno posebno ovlaštenje nadležnog tijela ako je to propisano drugim propisima (čl. 81. st. 1. ZPP). U tom smislu zakonskom je zastupniku potrebno posebno ovlaštenje za priznanje tužbenog zahtjeva odnosno za odricanje od tužbenog zahtjeva ako je to propisano drugim propisima.¹⁰⁴

Ako bi sud donio presudu na temelju priznanja, odnosno presudu na temelju odricanja, koje je dala neovlaštena osoba, bila bi počinjena apsolutno bitna povreda

98 Usp. STANKOVIĆ, GPP, str. 175.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 337.

99 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 133.; STANKOVIĆ, GPP, str. 175.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 156.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 337.; DIKA, GPP IV., str. 245.

100 Tako i DIKA, GPP IV., str. 246.

101 Usp. STANKOVIĆ, GPP, str. 174.; DIKA, GPP IV., str. 245.

102 Usp. POZNIĆ, GPP, str. 133.; STANKOVIĆ, GPP, str. 175.; DIKA, GPP IV., str. 246.

103 Usp. DIKA, GPP IV., str. 246.

104 To su propisi obiteljskog prava koji utvrđuju slučajeve u kojima zakonski zastupnik može poduzimati određene radnje koje se tiču osobe, osobnog stanja i zdravlja zastupanog te upravljanja njegovom imovinom samo uz odobrenje nadležnog tijela. V. čl. 184. st. 2. ObZ, čl. 186. st. 1. ObZ, čl. 185. ObZ, nov. čl. 261. st. 2. ObZ.

odredaba parničnog postupka zbog koje bi se presuda mogla pobijati (čl. 354. st. 2. t. 5. ZPP).

4.2.3. Neopozivanje izjave o priznanju tužbenog zahtjeva, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva

Da bi se u sporovima o uzdržavanju djece mogla donijeti presuda na temelju priznanja odnosno na temelju odricanja potrebno je, između ostalog, da priznanje tužbenog zahtjeva odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva nije opozvano (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ObZ).

Opoziv priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva je jednostrana parnična radnja kojom se oduzima procesnopravno značenje već poduzetoj radnji – priznanju, odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ObZ) – pa više nema osnove za donošenje presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja, već raspravljanje treba nastaviti radi donošenja kontradiktorne presude (*v. supra ad* 4.1.2.).

Pored stranke, priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva može opozvati i punomoćnik stranke –i kada je stranka osobno priznala tužbeni zahtjev odnosno odrekla se od tuženog zahtjeva, i kada je te dispozicije poduzeo sam punomoćnik (*arg. ex* čl. 92. ZPP). Treba uzeti da punomoćniku, koji nije odvjetnik, ne bi trebalo izričito ovlaštenje za opoziv priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 96. ZPP). O osobama ovlaštenim na opoziv priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva *v. supra ad* 4.2.2.

Tuženik može jednostrano i bez ikakva obrazloženja opozvati priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno tužitelj odricanje od tužbenog zahtjeva, usmeno na ročištu ili u podnesku. On to može učiniti sve do donošenja presude (čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP). Tu odredbu treba shvatiti tako da je opoziv priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva, ako je priznanje odnosno odricanje dano na glavnoj raspravi, moguć do zaključenja glavne rasprave (*arg. ex* čl. 331. st. 1. ZPP, čl. 331.a st. 1. ZPP).¹⁰⁵ Ako donošenju presude neposredno ne prethodi glavna rasprava (čl. 279. ZPP) ili kada nakon zaključenja rasprave sud odloži odlučivanje (čl. 331. st. 3. ZPP, čl. 331.a st. 4. ZPP), opoziv priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva bio bi moguć do donošenja presude (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331.a st. 5. ZPP).¹⁰⁶ Pritom je u doktrini izraženo gledište da bi opoziv priznanja

¹⁰⁵ Tako i TRIVA-DIKA, GPPP, str. 599., 602.

¹⁰⁶ Tako i TRIVA-DIKA, GPPP, str. 599., 602. Prema POZNIĆU, GPP, str. 271., opoziv je priznanja tužbenog zahtjeva danog podneskom moguće sve do donošenja presude, a ako je izjava o priznanju dana usmeno tada samo do zaključenja glavne rasprave. To shvaćanje ispušta iz vida slučaj u kojem je sud nakon zaključenja rasprave odložio donošenje presude na temelju priznanja radi pribavljanja potrebnih obavijesti radi li se o nedopuštenim raspolaganjima stranaka (čl. 331. st. 3. ZPP u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP te čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ), a priznanje tužbenog zahtjeva je dano usmeno na raspravi. U takvom bi slučaju tuženik, neovisno o tomu što je priznao tužbeni zahtjev usmeno na raspravi, mogao opozvati svoje priznanje sve do donošenja presude (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP).

tužbenog zahtjeva, odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva trebalo uvažiti samo ako stigne u sud prije nego što sud donese presudu. Dakle, prema tom shvaćanju ne bi se primjenjivala odredba čl. 113. st. 2. ZPP-a prema kojoj se dan predaje pošti, ako je podnesak upućen preko pošte, preporučenom pošiljkom ili telegrafski, smatra danom predaje sudu kojemu je upućen budući da se ne radi o podnesku vezanom za rok.¹⁰⁷ Citiranu odredbu čl. 113. st. 2. ZPP-a trebalo bi tumačiti *in favorem* podnositelja (opozivatelja). U prilog toga bi govorili i razlozi pravne sigurnosti. Stoga se treba uzeti da – ako je podnesak koji sadrži opoziv priznanja tužbenog zahtjeva odnosno odricanja od tužbenog zahtjeva upućen preko pošte preporučenom pošiljkom ili telegrafski – dan predaje pošti smatra danom predaje sudu kojem je upućen (*arg. ex* čl. 113. st. 2. ZPP).

Ako je tuženik opozvao priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno tužitelj odricanja od tužbenog zahtjeva, podneskom, moguće su tri situacije:

(1) ako je priznanje, odnosno odricanje opozvano te je sudac za njega saznao prije donošenja presude, opoziv će oduzeti procesnopravno značenje priznanju tužbenog zahtjeva odnosno odricanju od tužbenog zahtjeva. U tom se slučaju presuda na temelju priznanja odnosno na temelju odricanja ne bi mogla donijeti (*arg. ex* čl. 331. st. 4. ZPP, čl. 331. a st. 5. ZPP), a ako bi bila donesena bila bi počinjena apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka (čl. 354. st. 2. t. 5. ZPP);

(2) ako je priznanje, odnosno odricanje opozvano prije donošenja presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja, a sudac je saznao za opoziv tek nakon donošenja iste, mogu se razlikovati dvije situacije:

(2.1.) ako sud još nije vezan uz donesenu presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja,¹⁰⁸ treba uzeti da bi ju mogao opozvati (*arg. ex* čl. 334. st. 1. ZPP).¹⁰⁹ U tom bi slučaju sudac nastavio raspravljanje radi donošenja kontradiktorne presude;

(2.2.) ako je sud već postao vezan uz presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja, on je više ne bi mogao opozvati. Budući da je sudac donio presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja koje je pravovremeno opozvano, počinjena je apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka (čl. 354. st. 2. t. 5. ZPP) zbog koje bi tuženik, odnosno tužitelj mogla uspješno ulagati žalbu.

107 Tako MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 26. U tom smislu i TRIVA-DIKA, GPPP, str. 599., 602.

108 Sud je vezan uz svoju presudu tek od njenog objavljivanja ili, ako je ne objavljuje, od otpravljanja (čl. 334. st. 1. ZPP). Budući da bi se po Ustavu (čl. 119. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak; u daljnjem tekstu: URH) te ZPP-u (čl. 335. st. 1. ZPP, čl. 336. st. 1. ZPP) sve (prvostupanjske) presude trebale javno objaviti, sud bi bio vezan uz svoju presudu od njezina otpravljanja samo u slučajevima u kojima bi postupao protivno svojoj dužnosti da je javno objavi.

109 Usp. MILUTINOVIĆ, Priznanje tužbenog zahtjeva, str. 26.; STANKOVIĆ, GPP, str. 337 – 338.; OMANOVIĆ, GPP, str. 255 – 256.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 619.

4.2.4. Dopuštenost raspolaganja stranaka

Specifična je pretpostavka za donošenje presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja da se parnica mora voditi o zahtjevima kojima stranke mogu slobodno raspolagati (*arg. ex* čl. 331. st. 2. ZPP, čl. 331.a st. 3. ZPP).

Iz citiranih odredaba čl. 331. st. 2. ZPP-a i čl. 331.a st. 3. ZPP-a te čl. 3. st. 3. ZPP-a, nov. čl. 270.a st. 1. ObZ-a, nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ-a proizlazi zaključak da sud ne bi smio uvažiti u načelu inače dopuštena raspolaganja stranaka:

(1) ako bi bila zabranjena određenim strankama, tj. maloljetnom djetetu ili djetetu nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti kao tuženiku u sporu o njegovu uzdržavanju glede priznanja tužbenog zahtjeva, odnosno kao tužitelju glede odricanja od tužbenog zahtjeva (*arg. ex* nov. čl. 207.a st. 1. ObZ);

(2) ako bi po svom konkretnom sadržaju bila objektivno u protivnosti s prisilnim propisima i javnim moralom,¹¹⁰ osobito s prisilnim propisima ObZ-a. Pritom je ovlaštenje suda da kontrolira inače dopuštena raspolaganja stranaka u sporovima o uzdržavanju djece konkretizirano ovlaštenjem i dužnošću suda da kontrolira jesu li ta raspolaganja u skladu s dobrobiti djeteta.¹¹¹ Tako sud ne bi smio donijeti presudu na temelju priznanja u sporu o uzdržavanju, u kojem je tužitelj maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, koja bi svojim sadržajem *in concreto* bila protivna Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim odredbama međunarodnih ugovora koji obvezuju Republiku Hrvatsku, prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta, koja bi, npr. utvrđivala obvezu na uzdržavanje djeteta u mjesečnim iznosima manjim od utvrđenih minimalnih novčanih iznosa potrebnih za mjesečno uzdržavanje djeteta (*arg. ex* nov. čl. 232. st. 4. ObZ). U takvom slučaju sud ne bi smio donijeti presudu na temelju priznanja i onda kada je priznanje poduzeto s određenim ciljem, dakle kada ga obilježava određeni subjektivni trenutak (v. *infra ad* 4.2.4.(4));

(3) ako bi objektivno, sama po sebi, neovisno o svom sadržaju i eventualno subjektivnom odnosu stranke prema rezultatu, dovodila do rezultata koji su protivni prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta.¹¹² Ovdje bi spadali i slučajevi

110 Usp. UDE, CPP, str. 242.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 53.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 136.; DIKA, GPP V., str. 336.

111 Konvencija o pravima djeteta od 20. studenog 1989. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 12/93) postavila je poseban kriterij za postupanje s djetetom i donošenje odluka u vezi s njim. Riječ je o tzv. najboljem interesu djeteta (eng. *the best interest of the child*). V. čl. 3. Konvencije o pravima djeteta. Odbor za prava djeteta nije do sada, prigodom ocjene pojedinih izvješća država stranaka dao definiciju pojma najbolji interes djeteta niti je predložio kriterije za opću procjenu ili primjenu u pojedinim situacijama. Najbolji interes djeteta ima u Konvenciji o pravima djeteta značenje jednog od općih načela. O tome v. HRABAR, Pravni odnosi roditelja i djece, u: ALINČIĆ, HRABAR, JAKOVAC-LOZIĆ, KORAC, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2006., str. 234 – 237. Dobrobit djeteta je sveobuhvatniji i primjereniji pravni izraz od interesa djeteta. Interes djeteta, za razliku od dobrobiti djeteta, je određen subjektivno. Dobrobit djeteta, optimalni status djeteta u odnosu na njega samoga i druge subjekte, određen je objektivno.

112 Usp. ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 53.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 136.; DIKA, GPP V., str. 337.

u kojima se inače dopuštenom dispozicijom izaziva nedopušteni rezultat;

(4) ako bi cilj, s kojim su poduzeta, bio u protivnosti s prisilnim propisima, javnim moralom ili dobrobiti djeteta, dakle ako bi njihova protivnost prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta bila uvjetovana subjektivnim stavom stranke koja raspolaganja poduzima prema rezultatu koji se njima hoće polučiti.¹¹³ V. *supra ad* 4.2.4.(2).

Priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva, je stranačka dispozicija (v. *supra ad* 4.1.1. i 4.1.2.), stoga je sud dužan voditi računa o granicama stranačke dispozicije prema odredbama čl. 3. st. 3. ZPP-a, nov. čl. 207.a. st. 1. ObZ-a te nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ-a.

Ako bi sud utvrdio da se radi o zahtjevima, kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati, jer je očito da su raspolaganja stranaka prema svom sadržaju ili sama po sebi, neovisno o njihovom sadržaju, protivna prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta, ili je cilj s kojim su poduzeta protivan prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta, sud ne bi smio donijeti presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja premda su se ostvarili ostali uvjeti za njezino donošenje, već bi morao nastaviti postupak, te onda presuditi prema rezultatima raspravljanja (*arg. ex* čl. 331. st. 2. ZPP, čl. 331.a st. 3. ZPP). Međutim, ako bi sud posumnjao da se radi o raspolaganju protivnom prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta pa ocijeni da je o toj okolnosti potrebno pribaviti dodatne obavijesti, sud bi mogao odgoditi donošenje presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja (*arg. ex* čl. 331. st. 3. ZPP, čl. 331.a st. 4. ZPP; v. *infra ad* 4.4.). O mogućnosti donošenja međupresude te djelomične presude na temelju priznanja v. *infra ad* 4.5.

Ako bi sud svoju odluku utemeljio na određenom nedopuštenom raspolaganju stranaka, radilo bi se o apsolutno bitnoj povredi odredaba parničnog postupka zbog koje bi se mogla uložiti žalba (čl. 354. st. 2. t. 4. i t. 5. ZPP). Ako bi do donošenja odluke došlo uslijed kaznenog djela određenih osoba, moglo bi se tražiti ponavljanje postupka (čl. 421. st. 1. t. 5. i 6. ZPP).

4.3. Donošenje presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja

Sud je dužan *ex officio* izreći presudu na temelju priznanja i presudu na temelju odricanja čim se za njihovo donošenje ispune propisane pretpostavke (v. *supra ad* 4.2.). Prijedlog tužitelja za donošenje presude na temelju priznanja, odnosno tuženika za donošenje presude na temelju odricanja nije pretpostavka za donošenje tih presuda (*arg. ex* čl. 331. st. 1. ZPP, čl. 331.a st. 1. ZPP). Tužitelj, odnosno tuženik takav bi prijedlog mogao podnijeti ako sam sud ne bi po službenoj dužnosti donio presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja. Protiv rješenja kojim bi se odbijao prijedlog tužitelja da se donese presuda na temelju priznanja, odnosno tuženika da se donese presuda na temelju odricanja, žalba ne bi bila dopuštena jer bi to rješenje imalo, zapravo, značenje odluke o upravljanju postupkom (*arg. ex* čl. 278. st. 2. ZPP;

113 Usp. ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 53.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 136.; DIKA, GPP V., str. 337.

arg. a simile ex čl. 331.b st. 6. ZPP, čl. 332. st. 6. ZPP), odnosno barem ne bi bila dopuštena posebna žalba (*arg. ex* čl. 311. st. 5. ZPP).

Donošenju presude na temelju priznanja te presude na temelju odricanja ne mora prethoditi glavna rasprava. Te bi se presude mogle donijeti već i u stadiju pripremanja glavne rasprave, pa i u podstadiju prethodnog ispitivanja tužbe,¹¹⁴ ako bi se za to ispunile propisane pretpostavke (čl. 279. ZPP).¹¹⁵

Za objavljivanje i pismenu izradu presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja, budući da ObZ te ZPP ne sadrži posebna pravila o tomu, vrijedila bi opća pravila ZPP-a (čl. 335. ZPP,¹¹⁶ čl. 337. ZPP,¹¹⁷ čl. 337.a ZPP). Ako se presuda na temelju priznanja te presuda na temelju odricanja ne bi donosile na ročištu, sud bi bio dužan zakazati posebno ročište radi njihove objave na koje bi se pozivale stranke (*arg. ex* čl. 119. st. 1. URH; čl. 335. st. 1. ZPP, čl. 336.st. 1. ZPP). To bi se ročište trebalo održati u roku od petnaest dana od dana kad bi sazreli uvjeti za njihovo donošenje (*arg. ex* čl. 335. st. 4. ZPP).¹¹⁸

Posebno je predviđeno da se u obrazloženju presude na temelju priznanja te presude na temelju odricanja iznose samo razlozi koji opravdavaju donošenje takvih presuda (čl. 338. st. 5. ZPP).

4.4. Odgoda donošenja presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja

Sud bi mogao odgoditi donošenje presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja radi pribavljanja dodatnih obavijesti ako bi posumnjao da se radi o raspolaganju protivnom prisilnim propisima, javnom moralu ili dobrobiti djeteta (*arg. ex* čl. 331. st. 3. ZPP, čl. 331.a st. 4. ZPP; v. *supra ad* 4.2.4.).

114 Ako bi tuženik u podstadiju prethodnog ispitivanja tužbe, saznajući za pokretanje parnice, saopćio sudu da priznaje tužbeni zahtjev, sud bi donio presudu na temelju priznanja (*arg. ex* čl. 279. ZPP). Ako bi se tužitelj u tom stadiju odrekao tužbenog zahtjeva, sud bi donio presudu na temelju odricanja (*arg. ex* čl. 279. ZPP). Tako i TRIVA-DIKA, GPPP, str. 541.

115 U parnicama o uzdržavanju sudi u prvom stupnju sudac pojedinac (čl. 303. ObZ). Stoga se u tim parnicama ne određuje pripremno ročište (*arg. ex* čl. 277. st. 5. ZPP; čl. 303. ObZ) te presudu na temelju priznanja odnosno na temelju odricanja donosi sudac pojedinac, kako u stadiju pripremanja glavne rasprave, tako i u stadiju glavne rasprave.

116 Čl. 335. st. 3. i 4. ZPP-a glasi:

"(3) Presuda se donosi odmah nakon zaključenja glavne rasprave i nju objavljuje sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća.

(4) U složenijim predmetima sud može odgoditi donošenje presude za petnaest dana od dana zaključenja glavne rasprave. U takvu slučaju u istom roku sud će održati ročište na kojem će objaviti presudu. To je ročište sud dužan zakazati na ročištu na kojem je glavna rasprava zaključena. Ročište na kojem se presuda objavljuje održati će se neovisno o tome jesu li stranke o njemu obaviještene, odnosno jesu li pristupile na to ročište."

117 Čl. 337. st. 1. ZPP-a glasi:

"(1) Presuda se mora izraditi i otpremiti u roku od trideset dana od donošenja. Predsjednik suda može na temelju obrazloženog prijedloga suca pojedinca, odnosno predsjednika vijeća dopustiti produženje toga roka za daljnjih trideset dana."

118 Tako i TRIVA-DIKA, GPPP, str. 620.

Odredbe čl. 331. st. 3. ZPP-a i čl. 331.a st. 4. ZPP-a ne određuju postupak u slučaju odgode donošenja presude. Te odredbe ne određuju, također, hoće li sud odrediti rok u kojem treba pribaviti obavijesti; u kojem roku se ima donijeti i izraditi presuda na temelju priznanja te presuda na temelju odricanja kada se njihovo donošenje odgodi radi pribavljanja obavijesti.

Treba uzeti da bi rješenje, kojim bi sud odredio odgodu donošenja presude na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja imalo značenje rješenja o upravljanju postupkom (čl. 278. st. 2. ZPP, čl. 301. ZPP, čl. 311. st. 4. ZPP, čl. 312. – 315. ZPP, čl. 343. st. 3. ZPP). Rok za pribavljanje obavijesti bio bi sudski rok (čl. 111. st. 1. ZPP) te produživ (čl. 111. st. 2. – 4. ZPP). Protiv toga rješenja žalba ne bi bila dopuštena (*arg. ex* čl. 278. st. 2. ZPP). Ako bi obavijesti stigle prije određenog roka, sud bi prije donio odluku. Sud bi trebao donijeti odluku najkasnije u roku od petnaest dana od primitka obavijesti (*arg. ex* čl. 335. st. 4. ZPP), ako ne bi bilo potrebno provesti kakve daljnje radnje u vezi s njima.

Tijekom stanja odgode mogle bi se poduzimati radnje nužne radi ostvarenja svrhe odgode. Tako bi sud, npr., mogao pribaviti potrebne podatke od centra za socijalnu skrb, Ministarstva financija – Porezne uprave, Ministarstva unutarnjih poslova, Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, Financijske agencije i drugih osoba, kojima one raspoložu (*arg. ex* nov. čl. 231. st. 5. ObZ).

Daljnji bi tijek postupka zavisio o obavijestima koje bi sud dobio. Ako bi iz zatraženih obavijesti proizlazilo da se ne radi o nedopuštenim raspolaganjima, sud bi trebao donijeti presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja. Ako bi, pak, iz zatraženih obavijesti proizlazilo da se radi o nedopuštenim raspolaganjima, sud ne bi smio donijeti presudu na temelju priznanja, odnosno na temelju odricanja.

Treba uzeti u obzir da bi sud morao omogućiti strankama izjasniti se o dobivenim obavijestima (*arg. ex* čl. 5. st. 1. ZPP, čl. 7. st. 3. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP).

O mogućnosti donošenja međupresude i djelomične presude na temelju priznanja v. *infra ad* 4.5.

4.5. Mogućnost donošenja djelomičnih presuda na temelju priznanja i na temelju odricanja te međupresude

Prema općim pravilima ZPP-a ako su na temelju raspravljanja sazreli za konačnu odluku samo neki od više tužbenih zahtjeva, ili ako je samo dio jednog zahtjeva sazrio za konačnu odluku, sud može u vezi sa sazrelim zahtjevima, odnosno dijelom zahtjeva zaključiti raspravu i donijeti presudu (djelomična presuda).¹¹⁹ Pri ocjeni

¹¹⁹ Djelomična presuda je konačna presuda u odnosu na dio tužbenog zahtjeva odnosno tužbene zahtjeve o kojima se njome odlučuje. Ona je u svakom pogledu samostalna odluka, ne samo u pogledu pravnih lijekova i ovrhe (čl. 329. st. 6. ZPP), pa njezina procesna sudbina nije vezana za sudbinu presuda koje bi se mogle u istoj parnici naknadno donijeti, kao što ni presude koje se budu naknadno donosile ne zavise od prethodno donesene djelomične presude. Usp. POZNIĆ, GPP, str. 269.; STANKOVIĆ, GPP, str. 341.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 259.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 591.

hoće li donijeti djelomičnu presudu sud će osobito uzeti u obzir veličinu zahtjeva ili dijela zahtjeva koji je sazio za odluku (čl. 329. st. 1. ZPP). Sud je dužan bez odgode donijeti djelomičnu presudu ako su, na temelju priznanja ili odricanja od više istaknutih zahtjeva samo neki sazreli za konačnu odluku, ili ako je samo dio jednog zahtjeva sazio za takvu odluku (čl. 329. st. 2. ZPP).

Treba uzeti da bi sud morao moći donijeti djelomičnu presudu na temelju priznanja, odnosno djelomičnu presudu na temelju odricanja, u sporovima o uzdržavanju djece:

(1) ako bi tuženik – protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti – priznao samo jedan od istaknutih tužbenih zahtjeva¹²⁰ ili samo dio istaknutog tužbenog zahtjeva za uzdržavanje djeteta, odnosno za povećanje uzdržavanja djeteta, sud bi bio dužan, ako bi za to bile ispunjene i ostale propisane pretpostavke (v. *supra ad* 4.2.), bez odgode donijeti djelomičnu presudu na temelju priznanja (*arg. ex*: čl. 329. st. 2. ZPP u vezi s nov. čl. 264. ObZ; nov. čl. 270.a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.a st. 2. ObZ).¹²¹ U takvom bi slučaju sud postupao po kriteriju legaliteta te bi djelomičnu presudu na temelju priznanja donosio na vlastitu inicijativu, ili u povodu prijedloga stranke;^{122/123}

(2) ako bi se tužitelj – protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti – odrekao samo dijela tužbenog zahtjeva za smanjenje uzdržavanja, sud bi bio dužan, ako bi za to bile ispunjene i ostale propisane pretpostavke (v. *supra ad* 4.2.), bez odgode donijeti djelomičnu presudu na temelju odricanja (*arg. ex*: čl. 329. st. 2. ZPP u vezi s nov. čl. 264. ObZ; nov. čl. 270. a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.a st. 3. ObZ). O inicijativi za donošenje djelomične presude v. *supra ad* 4.5.(1);

(3) ako bi tuženik – protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti – priznao tužbeni zahtjev za uzdržavanje djeteta, odnosno za povećanje uzdržavanja djeteta, a sud bi našao da bi djetetu trebalo dosuditi uzdržavanje u većem iznosu od zatraženog, sud bi mogao donijeti djelomičnu presudu na temelju priznanja kojom bi prihvatio istaknuti tužbeni zahtjev (*arg. ex*: čl. 329. st. 1. i 2. ZPP, čl. 331. st. 3. ZPP; nov. čl. 231. st. 4. i 5.

120 Tužitelj bi u tužbi mogao kumulirati tužbene zahtjeve – tražiti naknadu za uskraćeno uzdržavanje unatrag od nastanka toga prava pa do podnošenja tužbe i uzdržavanje *pro futuro* (*arg. ex* nov. čl. 209. st. 2. i 3. ObZ; čl. 188. st. 1. ZPP).

121 U tom smislu i VS Jugoslavije: Rev-2032/61, Pravni život, Beograd, 1962. – cit. prema BAZALA, ZPP s objašnjenjima i sudskim odlukama, str. 241. Suprotno VS Vojvodine: Gž-409/57, Glasnik, Novi Sad, 1957., br. 7 – cit. prema BAZALA, ZPP s objašnjenjima i sudskim odlukama, str. 242.

122 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, str. 590.; DIKA, Djelomična i dopunska presuda, Pravo i porezi, br. 6, 2005. (u daljnjem tekstu: DIKA, Djelomična presuda...), str. 5.

123 Protiv rješenja suda o odbijanju prijedloga za donošenje djelomične presude žalba ne bi bila dopuštena jer bi to rješenje imalo zapravo značenje odluke o upravljanju postupkom (*arg. ex* čl. 278. st. 2. ZPP; *arg. a simile ex* čl. 331.b st. 6. ZPP, čl. 332. st. 6. ZPP), odnosno barem ne bi bila dopuštena posebna žalba (*arg. ex* čl. 311. st. 5. ZPP; slično i Okružni sud Split: Gž-1879/91, Pregled sudske prakse, 51/179 – cit. prema TRIVA-DIKA, GPPP, str. 591.). Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, str. 591.; DIKA, Djelomična presuda..., str. 5.

ObZ,¹²⁴ nov. čl. 270.a st. 2. i 4. ObZ,¹²⁵ nov. čl. 305.a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.d st. 5. ObZ¹²⁶). U tom bi slučaju sud o preostalom iznosu potrebnom za uzdržavanje djeteta odlučio na temelju dobivenih obavijesti i izvedenih dokaza (čl. 331. st. 3. ZPP; nov. čl. 231. st. 4. i 5. ObZ, nov. čl. 270.a st. 4. ObZ). Radi otklanjanja nejasnoća sud bi mogao zakazati i ročište te se konzultirati s centrom za socijalnu skrb (*arg. ex* čl. 278. ObZ). Strankama bi svakako trebalo omogućiti izjasniti se o dobivenim obavijestima i izvedenim dokazima (*arg. ex* čl. 5. st. 1. ZPP, čl. 7. st. 3. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP). U kontekstu navedenog trebalo bi razlikovati dvije situacije:

(3.1.) ako bi tuženik priznao tužbeni zahtjev za uzdržavanje djeteta, odnosno za povećanje uzdržavanja djeteta zato što bi mislio da je to sve, tj. potreban iznos za uzdržavanje djeteta, priznanje bi bilo ograničeno, uvjetovano. U takvom slučaju sud ne bi mogao donijeti (djelomičnu) presudu na temelju priznanja. O tomu v. *supra ad* 4.1.2.;

(3.2.) ako bi tuženik priznao tužbeni zahtjev za uzdržavanje djeteta, odnosno za povećanje uzdržavanja djeteta neovisno o navedenom *ad* 4.5.(3.1.), tada bi sud mogao i bio dužan donijeti (djelomičnu) presudu na temelju priznanja uz rezervu provjere treba li djetetu dosuditi veći iznos. U takvom slučaju, ako bi sud našao da bi djetetu trebalo dosuditi uzdržavanje u većem iznosu od zatraženog,¹²⁷ bilo bi oportuno te *in favorem* djeteta da sud donese djelomičnu presudu na temelju priznanja kojom prihvaća tužbeni zahtjev za uzdržavanje, odnosno za povećanje uzdržavanja, a da se u svezi s preostalim iznosa potrebnim za uzdržavanje djeteta pribave dodatne obavijesti i izvedu dokazi (*arg. ex*: čl. 331. st. 2. i 3. ZPP u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP te nov. čl. 305.a st. 2. ObZ; nov. čl. 231. st. 4. i 5. ObZ, nov. čl. 270.a st. 4. ObZ, nov. čl. 305.d st. 5. ObZ).

124 Nov. čl. 231. st. 4. i 5. ObZ-a glasi:

"(4) Ako ocijeni da je to potrebno, sud će od osobe koja je dužna uzdržavati zatražiti da dade prokazni popis imovine uz odgovarajuću primjenu odredaba Ovršnog zakona.

(5) Ako ocijeni da je to potrebno, sud može od Ministarstva financija – Porezne uprave, Ministarstva unutarnjih poslova, Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, Financijske agencije i drugih osoba zatražiti podatke s kojima raspolažu uz odgovarajuću primjenu odredaba Ovršnog zakona."

125 Nov. čl. 270.a st. 4. ObZ-a glasi:

"(4) U postupcima iz stavka 1. i 2. ovoga članka (o uzdržavanju maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti kao tužitelja odnosno tuženika (umetnula S.A.)) sud je ovlašten utvrđivati i činjenice koje stranke nisu iznijele, a može odlučiti da se dokazuju i činjenice koje su stranke priznale u postupku."

126 Nov. čl. 305.d st. 5. ObZ-a glasi:

"(5) U prvostupanjskoj presudi kojom će prihvatiti zahtjev za uzdržavanje sud može odlučiti da žalba protiv te presude u cijelosti ili djelomice ne odgađa ovrhu i u tom slučaju staviti izvan snage rješenje iz stavka 1. ovoga članka (rješenje o privremenoj mjeri kojim nalaže tuženiku da tužitelju plaća određeni iznos na ime uzdržavanja za koji ocijeni da je primjeren (umetnula S.A.)), odnosno može odlučiti da rješenje o privremenoj mjeri ostane na snazi do njezine pravomoćnosti."

127 Takvo bi raspolaganje bilo nedopušteno, neovisno o subjektivnom stavu stranke koja poduzima raspolaganje prema rezultatu, koji se njima hoće polučiti, budući da bi bilo protivno dobiti djeteta (*arg. ex*: čl. 331. st. 2. i 3. ZPP u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP te nov. čl. 305.a st. 2. ObZ; v. *supra ad* 4.2.4.).

Moglo bi se, dakle govoriti o dvije vrste djelomičnih presuda na temelju priznanja u alimentacijskim postupcima: (1) o djelomičnoj presudi na temelju priznanja u slučaju kada bi tuženik priznao samo dio tužbenog zahtjeva, odnosno jedan od istaknutih tužbenih zahtjeva (v. *supra ad* 4.5.(1)) te (2) o djelomičnoj presudi na temelju priznanja u slučaju kada bi tuženik priznao cijeli tužbeni zahtjev, ali bi sud držao da bi djetetu trebalo dosuditi veći iznos za uzdržavanje (v. *supra ad* 4.5.(3)).

Treba uzeti, također, da bi sud morao moći donijeti međupresudu na temelju priznanja u sporu o uzdržavanju u kojemu je tužitelj maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti ako bi tuženik priznao osnovu, a osporio visinu tužbenog zahtjeva (*arg a simile ex*: čl. 330. ZPP; *arg. ex*: nov. čl. 305.a st. 2. ObZ; nov. čl. 231. st. 4. i 5. ObZ, nov. čl. 270.a st. 4. ObZ).^{128/129} U tom bi slučaju sud o iznosu potrebnom za uzdržavanje djeteta odlučio na temelju dobivenih obavijesti i izvedenih dokaza (nov. čl. 231. st. 4. i 5. ObZ, nov. čl. 270. a st. 4. ObZ). Strankama bi svakako trebalo omogućiti da se izjasne o dobivenim obavijestima i izvedenim dokazima (*arg. ex* čl. 5. st. 1. ZPP, čl. 7. st. 3. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP).

5. Zaključne napomene

Posljednjim je izmjenama ObZ-a (ZIDObZ 07) uvedena mogućnost donošenja presude na temelju priznanja te presude na temelju odricanja u sporovima o uzdržavanju djece, uz opća kontrolna ovlaštenja suda (nov. čl. 207.a st. 2. ObZ, nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ). Trebalo je, naime dosta vremena da se promjeni stav zakonodavca i procesne teorije o apsolutnoj nemogućnosti poduzimanja materijalnih dispozicija u tim postupcima, na što se nastojalo ukazati u ovom tekstu.

Zašto se ne bi moglo dopušteno disponirati? "Filozofija" je novih rješenja u tomu da stranke mogu disponirati (neposrednim) predmetom spora uz nadzor suda. Sud će uvažiti dopuštena raspolaganja stranaka. U prilog novih rješenja govori ubrzanje, pojednostavljenje postupka i time lakše ostvarivanje prava djeteta na uzdržavanje. Tomu bi trebale pridonijeti i odredbe o privremenim mjerama te o mogućoj nesuspendivnosti žalbe (nov. čl. 305.d ObZ). Naime, ZIDObZ 07 uvedena je dužnost da se već u povodu tužbe odrede privremene mjere radi osiguranja prava na uzdržavanje djeteta (nov. čl. 305.d st. 1. ObZ) te da sud već u prvostupanjskoj (dispozitivnoj) presudi odredi da žalba ne zadržava ovrhu,¹³⁰ odnosno da odluči da rješenje o privremenoj mjeri ostaje na snazi do njezine pravomoćnosti (nov. čl. 305.d st. 5. ObZ).

128 Međupresudom sud odlučuje o osnovanosti osnove tužbenog zahtjeva. Ona nije konačna presuda. Način na koje je pitanje osnovanosti osnove tužbenog zahtjeva riješeno u međupresudi vezuje sud pri odlučivanju o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Usp. STANKOVIĆ, GPP, str. 341 – 342.; ČALIJA-OMANOVIĆ, GPP, str. 260 – 261.; TRIVA-DIKA, GPPP, str. 597.

129 Sud bi zastao s raspravljanjem o iznosu tužbenog zahtjeva do pravomoćnosti međupresude (čl. 330. st. 2. ZPP).

130 U tom će slučaju sud staviti izvan snage rješenje o privremenoj mjeri radi uzdržavanja (nov. čl. 305.d st. 5. ObZ).

De lege ferenda, trebalo bi dopustiti i djetetu poduzimanje materijalnih dispozicija u postupcima o uzdržavanju, uz opća kontrolna ovlaštenja suda. Moglo bi se i tvrditi da su odredbe ObZ-a o zabrani djetetu da disponira (neposrednim) predmetom spora u funkciji zaštite dobrobiti djeteta (čl. 267. ObZ). Zašto se u postupcima o uzdržavanje djece ne bi moglo općenito disponirati, uz opća kontrolna ovlaštenja suda i prethodnu suglasnost centra za socijalnu skrb, kada je ona potrebna? Ovo shvaćanje polazi od toga da je dijete uredno zastupano u postupku. Usvajanjem takva rješenja postigao bi se pragmatičan kompromis – amortizirao otpor protivnika. U prilog toga govorili bi i razlozi postupnosti. Treba napomenuti da su glede dopuštenosti disponiranja u tim postupcima i same odredbe ObZ-a proturječne. Naime, s jedne strane, maloljetno dijete odnosno dijete, nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti ne može priznati tužbeni zahtjev odnosno odreći se od tužbenog zahtjeva (nov. čl. 270.a st. 1. ObZ; *arg. a contrario ex* nov. čl. 305.a st. 2. i 3. ObZ), a, s druge strane, može sklopiti nagodbu pred sudom, koja je također podvrgnuta općim kontrolnim ovlaštenjima suda (nov. čl. 270.a st. 3. ObZ, nov. čl. 305. st. 1. i 2. ObZ). Dobrobit djeteta trebala bi se štititi kroz ovlasti i dužnosti suda, kako u pogledu kontrole dopuštenosti disponiranja, tako i u pogledu urednosti zastupanja djeteta, te centra za socijalnu skrb u pogledu prethodne suglasnosti, kada je ona potrebna, a ne zabranom mogućnosti djetetu disponiranja (neposrednim) predmetom spora u alimentacijskim postupcima.

Trebalo bi, *de lege ferenda*, u vezi s ovim presudama riješiti i pitanja o slanju poziva za prvo ročište, odgodi ročišta, donošenju, objavi, izradi i dostavi presude po uzoru na nova rješenja ObZ-a koja vrijede za kontumacijske presude u tim postupcima (nov. čl. 305.c ObZ).

Summary

DISPOSITIVE JUDGMENTS IN CHILD SUPPORT CASES

The Family Law Amendment Act 2007 established certain serious interventions in prescribing the procedure in child support cases. The amendments, *inter alia*, introduced an option for the courts to deliver dispositive judgments – a judgment based on admission of the claim and judgment based on waiver of the claim in these procedures.

The aim of this article is to analyse the newly introduced option.

First of all, the author addresses the issue of dispositive judgment permissibility within a historical perspective in the period of 1945 till the Family Law Amendment Act 2007. Moreover, a particular attention has been given to solutions proposed for the above mentioned issue pursuant to alimony litigation law in force in Post-Yugoslav countries.

While proposing legal regulations for this institute *de lege lata*, a legal nature of admission of the claim and waiver of the claim has been generally scrutinised as well as presumptions to deliver these dispositive judgments according to the Croatian alimony litigation law currently in force and specificity of their delivering. A special attention has been given to possibility to deliver partial judgments based on admission of the claim and on waiver of the claim and “dispositive” interim judgments.

Specific proposals *de lege ferenda* are presented in the final remarks of this article.

Key words: *dispositive judgments, judgment based on admission of the claim, judgment based on waiver of the claim, child support, alimony procedure;*

Riassunto

**SENTENZE DISPOSITIVE NEI PROCESSI RELATIVI AL
MANTENIMENTO DEI FIGLI**

Con la legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sulla famiglia del 2007 sono stati operati interventi di rilievo circa la regolamentazione del procedimento nelle liti aventi ad oggetti il mantenimento dei figli. Con queste modifiche, tra l'altro, è stata introdotta la possibilità di emanare sentenze dispositive – sentenze pronunciate sulla base di ammissioni e sentenze sulla base di rinunce operate nel corso di questi procedimenti.

Lo scopo del lavoro è analizzare tale nuova possibilità.

La questione dell'ammissibilità delle sentenze dispositive nelle controversie alimentari nel presente lavoro viene esaminata in primo luogo in prospettiva storica, prendendo in considerazione il periodo compreso tra il 1945 fino alla legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sulla famiglia del 2007. Si analizzano, altresì, le soluzioni offerte alla questione in oggetto nel diritto processuale alimentare dagli altri Paesi post-jugoslavi.

Nell'impostare la disciplina dell'istituto de lege lata si indaga sulla natura giuridica di ammissioni concernenti la domanda e della rinuncia alla medesima; mentre, successivamente, si analizzano i presupposti per la pronuncia di tali sentenze in forza del diritto processuale alimentare vigente nell'ordinamento croato, come pure le peculiarità della loro emanazione; particolare attenzione viene dedicata alla possibilità di pronunciare sentenze parziali sulla base di ammissioni e sulla base di rinunce, così come di sentenze "dispositive" intermedie.

Nella parte conclusiva del lavoro si offrono alcuni suggerimenti de lege ferenda.

Parole chiave: *sentenze dispositive, sentenza sulla base di ammissioni, sentenza sulla base di rinunce, mantenimento dei figli, procedimento alimentare.*

FLEKSIBILNI OBLICI RADA I RADNO PRAVO

Mr. sc. Andrijana Bilić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 349.2:331.1
Ur.: 14. siječnja 2009.
Pr.: 23. rujna 2009.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu autorica razmatra problem koji uvođenje fleksibilnih oblika rada ima na sigurnost u radnim odnosima. Nakon analize nužnosti uvođenja fleksibilnosti na tržištu rada te modusa njenog ostvarenja daje kritički osvrt regulative najčešćih oblika fleksibilnog zapošljavanja, tj. ugovora o radu na određeno vrijeme te ugovora o radu s nepunim radnim vremenom, posebice rješenja Europskog radnog zakonodavstva. Osobitu pozornost autorica posvećuje analizi reforme radnog zakonodavstva Republike Hrvatske i njen učinak na fleksibilnost tržišta rada u Republici Hrvatskoj. U zaključnim razmatranjima autorica nudi niz rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: *tržište rada, fleksibilnost, ugovor o radu na određeno vrijeme, ugovor o radu s nepunim radnim vremenom.*

1. Uvod

Osamdesete godine prošlog stoljeća predstavljaju prekretnicu u domeni radnog prava i radnih odnosa. Uvođenje novih tehnologija te prijenos znanja i informacija, odnosno proces informatizacije rezultirali su pojavom procesa globalizacije koji je karakteriziran širenjem trgovine proizvodima i uslugama izvan nacionalnih granica. Radi ostvarenja ove djelatnosti utemeljuju se tvrtke u inozemstvu, uspostavljaju se strateški savezi, dolazi do fuziranja tvrtki iz različitih država, odnosno nastaju multinacionalne kompanije radi čijeg funkcioniranja se ustrojava i olakšava prodaja, distribucija i ostale pogodnosti u svim državama u kojima multinacionalna kompanija ima svoje podružnice. Ovaj proces prate ulaganja u strane tvrtke, kao i prihvaćanje ulaganja stranog kapitala te sklapanje određenih poslovnih sporazuma.¹

¹ Prag procesa globalizacije industrijski razvijene zemlje zakoračile su sedamdesetih godina prošlog stoljeće o čemu svjedoči i normativna djelatnost koju je u tom smjeru poduzela Međunarodna organizacija rada te Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD). To razdoblje predstavlja početak transformacije industrijskog u informacijsko društvo, odnosno društvo znanja.

U domeni radnog prava, a posebice radnih odnosa, međusobno natjecanje država u privlačenju stranih investitora i poslova te razvoj komunikacijske tehnologije dovode u pitanje tradicionalne paradigme socijalne zaštite, stabilnosti zaposlenja, odnosno sustav radnih odnosa općenito. Pitanje kolektivnih ugovora, minimalnih nadnica, stabilnosti zaposlenja, socijalne sigurnosti, pod utjecajem sila koje vladaju na globalnom, konkurentnom gospodarskom tržištu, tendiraju marginalnom tretiranju.

2. *Fleksibilnost na tržištu rada*

Globalizacija ekonomije nužno dovodi do potrebe udovoljavanja zahtjevima fleksibilnosti na tržištu rada te posljedično deregulacije radnih odnosa u sustavu radnog prava. Fleksibilnost se definira kao skup kolektivno djelotvornih odgovora na gospodarske neizvjesnosti i rizike. Ukoliko bi se iznašli takvi odgovori fleksibilno gospodarstvo bilo bi u položaju stvarati nova radna mjesta te nuditi veću sigurnost nego što to čini gospodarstvo opterećeno rigidnom zakonodavnom regulativom. U potrazi za tim odgovorima, istodobno je potrebno osigurati razvoj ljudskih potencijala.

Postoji najmanje trostruko značenje fleksibilnosti na tržištu rada, tj. ugovorno, funkcionalno i numeričko.² Kada se govori o ugovornom značenju fleksibilnosti ona se može postići ugovorima koji odstupaju od općeg modela glede trajanja radnog odnosa (ugovor o radu na određeno vrijeme), zasnivanja radnih odnosa na poslovima privremenog karaktera (sezonski poslovi) te posebnom regulacijom radnog vremena (ugovor o radu s nepunim radnim vremenom). Funkcionalna fleksibilnost može se postići drugačijim načinom korištenja, već zaposlene radne snage za poslove istog poslodavca, primjerice proširenjem zadaća koje je radnik dužan izvršiti u okviru poslova svog radnog mjesta (povećanje poslova – *job enlargement*, rotacija poslova – *job rotation*). Naposljetku, fleksibilnost je u uskoj vezi s numeričkim zahtjevima tržišta rada u smislu prilagođavanja veličine radne snage fluktuirajućim potrebama tvrtke.

Strategija zapošljavanja temelji se na liberalnijem i fleksibilnijem tržištu rada koje je opterećeno minimumom zakonske regulative kao izraza marginalnog utjecaja vladine politike na ovu sferu društvenih odnosa. Istodobno, postoji nužnost udovoljavanja zahtjevima za sigurnošću radnika, posebice najugroženijih skupina radnika. Drugim riječima, postoji nužnost uspostave uravnotežene veze između

2 BIAGI, M., *Painful Rebirth from Ashes*, u BETTEN, L. (ed.) *Contract of Employment in transforming Labour Relations*, Kluwer law international, Hague, London, Boston, 1995., str. 57.

sigurnosti i fleksibilnosti zaposlenja³, o čemu svjedoče odredbe Europskog ugovora koje obvezuju Europsku uniju na promoviranje prilagodljivosti radnika i tržišta rada, kao i visoku razinu zaposlenosti.⁴ Osiguranjem prave ravnoteže između fleksibilnosti i sigurnosti uspostavila bi se kompetitivnost tvrtki, povećala kvaliteta i produktivnost na radu, odnosno pomoglo bi se, i poslodavcima, i radnicima u prilagodbi gospodarskim promjenama.⁵ Na fleksibilnost se ne smije gledati kao na monopol u rukama poslodavaca, budući da i radnici, kao i njihovi predstavnici, trebaju fleksibilnu organizaciju rada, kako bi što bolje prilagodili radne i privatne obveze svojim željama i potrebama. Ovakav neoliberalan stav, koji zagovara nemiješanje države u radne odnose, već njihovu regulaciju prepušta silama koje vladaju na tržištu rada, naišao je na oštre kritike većeg broja autora⁶, uz objašnjenje da bi ovakav proces doveo do još nepoželjnijih posljedica, u prvom redu povećanja broja socijalnih slučajeva na globalnoj razini.

3. Atipični oblici zapošljavanja

Govoreći o potrebama i željama radnika u pogledu karaktera radnog odnosa, kojeg žele zasnovati, radnicima stoje na raspolaganju, tzv. atipični ugovori o radu. Atipičnost se ogleda u različitosti od tipičnog oblika ugovora o radu, tj. ugovora o radu na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Dobre strane stabilnog zaposlenja osjećaju i poslodavci⁷ i radnici. Stabilnost zaposlenja radne snage utječe pozitivno na razinu proizvodnje, ulaganje u ljudski kapital i motivaciju radnika.

3 Na nužnost uspostave veze između fleksibilnosti i sigurnosti zaposlenja ukazano je na brojnim samitima održanim u sklopu Europske unije, uključujući u Essenu (1994.), Firenzi (1996.), Amsterdamu (1997.), koji je rezultirao Ugovorom iz Amsterdama, Luksemburga (1997.) te Lisabona (2000.). Uspostava spomenute veze postala je glavni cilj Europskoj strategiji zapošljavanja te izazov Europskom socijalnom modelu. Misija Europske unije, kako je to određeno u Lisabonskom ugovoru iz 2000. godine, je postizanje fleksibilnosti i sigurnosti kako bi se stvorilo kompetitivno i na znanju utemeljeno gospodarstvo okarakterizirano ekonomskim rastom i razvojem, boljim poslovima i većom socijalnom kohezijom. Vidi: MUFFELS, R, WILTHAGEN, T., VAN DER HEUVEL, N., Labour market transitions and employment regimes: evidence on the flexibility-security nexus in transitional labour markets, Berlin:WZB Discussion Paper (FS I 02 204); WILTHAGEN, T., Managing social risks with transitional labour markets, u MOSLEY, H., O'REILLY, SCHÖMANN (eds.), Labour markets, gender and institutional change. Essays in honour of GÜNTHER SCHMIDT, Cheltenham: Edward Elgar, 2002., str. 264-289; KLOSSE, S., Flexibility and security: a feasible combination?, u European Journal for Social Security, 5, 1/2003., str. 191-213.

4 European Treaty, Official Journal C 191, 20. July 1992., čl. 125-127.

5 Council Decision of 22. July 2003. on the revision of the Employment Guidelines (2003/578/EC)

6 GALBRAITH, J. K., The Culture of Contetement, Boston/New York/London, 1992; DEAKIN, S., WILKINSON, F., Rights v Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards, Industrial Journal, vol. 23, December, 1994., str. 289-310.

7 Dobre strane stabilnog zaposlenja sadržane su u dispoziciji radnika poslodavcu u izvršenju zadaća svog radnog mjesta kada potonji to zahtijeva, vještine koje su stekli radnici su sačuvane, a zadaće koje izvršavaju radnici mogu se prilagoditi trenutačnim potrebama tržišta.

U kategoriju atipičnih oblika zapošljavanja ubrajaju se ugovor o radu na određeno vrijeme, ugovor o radu s nepunim radnim vremenom, ugovor o radu koji se sklapa posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje (trostrani radnopravni odnos), rad na sic, rad na daljinu, ugovor o radu na zahtjev (*on-call contracts*), privremeni rad, samozapošljavanje i sl. Atipičnost ovih ugovora danas se može promatrati samo kao anakronizam, budući da broj ovako sklopljenih ugovora o radu raste iz dana u dan.⁸ Ovaj je proces posljedica povećanog zapošljavanja u javnom sektoru, masovnog ulaska žena na tržište rada te potrebe veće fleksibilnosti na tržištu rada. Atipični ugovori o radu odnose se, u prvom redu, na ugovor o radu na određeno vrijeme te ugovor o radu s nepunim radnim vremenom. Kod primjene, tzv. atipičnih ugovora o radu javlja se problem nejednakosti u priznavanju prava radnicima, koji su svoj radni odnos zasnovali nekim od spomenutih oblika atipičnih ugovora o radu, u odnosu na radnike, koji su svoj radni odnos zasnovali ugovorom o radu na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Spomenuta prava odnose se na pravo na organiziranje i kolektivno pregovaranje, pravo na djelovanje u svojstvu radničkih predstavnika, pravo na profesionalno zdravlje i sigurnost na poslu, zaštitu od diskriminacije u pogledu zvanja i zanimanja, zaštitu majčinstva, zaštitu od neopravdanog otkazivanja, plaćeni godišnji odmor i državne praznike te bolovanje.⁹

U posljednja dva desetljeća većina država Europske unije izmijenila je način regulacije atipičnih oblika rada. Iako se okvir ovih promjena razlikuje među državama, glavni cilj je gotovo identičan: povećati fleksibilnost tržišta rada kako bi se povećala učestalost kreacije novih radnih mjesta uz istovremeno izjednačavanje i poboljšavanje uvjeta rada radnika zaposlenih temeljem atipičnih ugovora o radu.

3.1. Ugovor o radu na određeno vrijeme

Među atipičnim oblicima radnih odnosa posebno mjesto zauzima ugovor o radu na određeno vrijeme, budući da su poslodavci, kod otkazivanja ovakvih ugovora oslobođeni zakonskih obveza, koje ih terete u slučaju otkaza ugovora o radu radnika na neodređeno vrijeme (otkazni rok i otpremnina). Na taj način ugovor o radu na određeno vrijeme za poslodavce predstavlja instrument sniženja troškova rada. Posljedica niskih troškova rada je mogućnost poslodavaca intenzivirati produktivnost, umanjiti pritisak racionalizacije i podržati porast zaposlenosti koji u konačnici vodi k većem broju zaposlenih u gospodarstvu kao cjelini.¹⁰ Također, rad na određeno vrijeme povećava opticaj radne snage i kompetitivnost između radnika. Osim toga, ugovor o radu na određeno vrijeme ne predstavlja samo instrument organiziranja i

8 Usporedi tablicu br. 1 (izvor: <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx>).

9 Ova prava radnika, koji su zaposleni na temelju atipičnih ugovora o radu regulirana su: Konvencijom br. 175 Međunarodne organizacije rada o radu s nepunim radnim vremenom iz 1994. te na razini Europske unije, smjernica Vijeća Europe 97/81/EC o radu s nepunim radnim vremenom (part-time work).

10 SCHÖMAN, K., ROGOWSKI, R., KRUPPE, T., *Labour Market Efficiency in the European Union*, Routledge Studies in the European Economy, London, 1998., str. 2.

upravljanja ljudskim kapitalom, već i dobrovoljnu opciju za radnike.

Na razini Europske unije donesen je Okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme.¹¹ Njime su socijalni partneri iskazali svoju namjeru poboljšanja kvalitete rada na određeno vrijeme uz istovremeno osiguranje principa zabrane diskriminacije i uspostave okvira, koji bi spriječio zlouporabe, koje proizlaze iz sukcesivne uporabe ugovora o radu na određeno vrijeme.¹² Spomenuti Okvirni sporazum socijalnih partnera o radu na određeno vrijeme pretočen je u Smjernicu 1999/70/EC.¹³ Smjernica zabranjuje diskriminaciju radnika zaposlenih na određeno vrijeme u odnosu na usporedive radnike zaposlene na neodređeno vrijeme.¹⁴ Štoviše, gdje je to prikladno primjenjuje se princip *pro rata temporis*.¹⁵ U obvezi s mjerama za sprječavanje zlouporaba, koje proizlaze iz sukcesivnog sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme, države članice će, nakon prethodnih konzultacija sa socijalnim partnerima i u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, kolektivnim ugovorima i pravnom praksom, gdje već ne postoje legalne mjere za sprječavanje zlouporabe, a uzevši u obzir potrebe specifične djelatnosti i /ili potrebe pojedinih kategorija radnika, primijeniti jednu ili više sljedećih mjera:¹⁶

- a) objektivni razlog koji zadovoljava obnavljanje ugovora, odnosno radnog odnosa na određeno vrijeme;
- b) maksimalno trajanje sukcesivnog rada na određeno vrijeme;
- c) mogući broj obnovljenih ugovora, odnosno radnog odnosa na određeno vrijeme.

3.2. Ugovor o radu s nepunim radnim vremenom

Institut nepunog radnog vremena nije jednostavno uklopiti u kvantitativnu definiciju radnih sati. Štoviše, većina nacionalnih zakonodavstava ne daje definiciju rada s nepunim radnim vremenom.¹⁷ Logično bi bilo definiciju derivirati iz one o punom radnom vremenu. Problem usložuje činjenica nepostojanja jedne jedinstvene

11 Okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme sklopljen je 18. ožujka 1999. godine između socijalnih partnera na europskoj razini ETUC, UNICE I CEEP.

12 BLANPAIN, R., *European Labour Law*, Kluwer law international, the Hague, 2000., str. 271-274; BERCUSSON, B., *European labour law*, London, 1996., str. 468; NIELSEN R., *European labour law*, DJRF Publishing, Copenhagen, 2000., str. 155.

13 Council Directive 1999/70/EC on fixed-term work on 28. june 1999., Official Journal L 175, 10. july 1999.

14 Klauzula 1. a)

15 Smjernica o radu na određeno vrijeme, 1999/70/EC od 28. june 1999. Official Journal L 175, 10. july 1999. kl. 4 st. 2

16 Klauzula 5 st 1.

17 Radno zakonodavstvo Belgije, Danske, Finske, Nizozemske, Norveške, Portugala, Švedske i Velike Britanije .

definicije instituta punog radnog vremena.¹⁸ Razlog leži u širini različitosti trajanja punog radnog vremena, ne samo u različitim nacionalnim pravnim sustavima, već i u različitom trajanju radnog vremena pojedinih zanimanja u okviru istog pravnog sustava te u različitosti načina određivanja broja radnih sati. Ipak, postoji određen broj pravnih sustava koji daju opću zakonsku definiciju rada s nepunim radnim vremenom.¹⁹

18 U Republici Hrvatskoj prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu (NN br. 114/2003) puno radno vrijeme ne smije biti duže od 40 sati tjedno. Na razini Europske unije donesena je Smjernica 93/104/EC od 23. studenog 1993. o određenim aspektima organizacije radnog vremena prema kojoj se radno vrijeme definira kao period u kojem radnik radi i na raspolaganju je poslodavcu obavljajući svoje aktivnosti i dužnosti u skladu s nacionalnim pravom i pravnom praksom. Prosječno trajanje tjednog radnog vremena neće prijeći 48 sati, a samo trajanje tjednog radnog vremena ograničit će se zakonima i drugom regulativom administrativnim odredbama, te kolektivnim, odnosno individualnim ugovorima. U Austriji se radno vrijeme definira kao vrijeme od početka do kraja rada, u koje nije uključen period odmora, odnosno obuhvaća ispunjenje rada koji je predmet ugovora o radu, odnosno radno vrijeme u kojem je radnik spreman na rad, odnosno u kojem je radnik obavezan biti na, u većini slučajeva, mjestu rada, iako su tu uključena i poslovna putovanja i spremni su odmah započeti s radom što sve zajedno produžuje trajanje radnog vremena. Radno vrijeme u ovom kontekstu obuhvaća stanje pripravnosti radnika u hitnim slučajevima, u kojima radnik može biti na određenom mjestu po svojoj želji, ali se u slučaju poziva poslodavca mora javiti na posao za koji će ili neće biti plaćen ovisno o sporazumu iz kolektivnog, odnosno individualnog ugovora. Vrijeme putovanja na posao i s posla nije uračunato u radno vrijeme. Radno vrijeme uređeno je *Arbeitszeitgesetz*, u kojem je osnažen opći princip o standardnom trajanju radnog vremena od 8 sati dnevno, odnosno 40 sati tjedno, dok je samo iznimno dopušteno trajanje radnog vremena od 10 sati dnevno, odnosno 50 sati tjedno. U Belgiji radno vrijeme obuhvaća vrijeme u kojem je radnik na raspoložbi poslodavcu. Pri tom se pravi razlika između fiksnog radnog vremena i promjenjivog radnog vremena. Opće pravilo prema Statutu o zaposlenju od 16. ožujka 1971. je trajanje radnog vremena od 8 sati dnevno, odnosno 39 sati tjedno. Iznimno trajanje radnog vremena može biti 9, odnosno 10 sati dnevno (nemogućnost radnika da se vrati kući), 12 sati dnevno i 50 sati tjedno (kontinuirani rad), odnosno 8 sati dnevno i 56 sati tjedno (prevencija od nesreća na poslu kod rukovanja strojevima, odnosno opasnim materijalima). U Engleskoj radno vrijeme u kojem radnik radi, na raspoložbi je poslodavcu, obnaša svoje dužnosti, osposobljava za rad, te dodatni periodi o kojima su stranke postigle sporazum relevantnim ugovorom. Prema *Working Time Regulation* iz 1998. godine trajanje radnog tjedna ne smije prijeći 48 sati tjedno. U Francuskoj *Code de travail* definira radno vrijeme kao vrijeme u kojem je radnik na raspoložbi poslodavcu, u kojem mora udovoljiti zahtjevima poslodavca, i u kojem ne smije obavljati svoje privatne poslove. *Ordonnance* od 1. veljače 2000. godine određuje tjedno trajanje radnog vremena od 35 sati. U Saveznoj Republici Njemačkoj radno vrijeme obuhvaća period od početka do kraja rada bez odmora, uključujući i vrijeme čekanja. Odlučni kriterij je naočnost radnika na radnom mjestu, bez obzira da li je to unutar ili izvan tvrtke. Prema *Arbeitszeitgesetz* radno vrijeme ne smije prijeći 48 sati tjedno. U Italiji prema statutu 196 od 24. lipnja 1997., te Statutu 409 od 27. rujna 1998. normalno radno vrijeme je do 40 sati tjedno, dok se preko tog broja smatra prekovremenim radom. U Nizozemskoj prema *Wet Aanpassing Arbeidsduur* iz 2000. godine prosječno tjedno radno vrijeme za period od 13 tjedana ne smije biti duže od 40 sati. Povreda ove odredbe strogo se sankcionira, a može se čak proglašiti i kaznenim djelom. Najvažnija odredba ovog zakona je mogućnost radnika da pismenim podneskom traži od poslodavca prilagoditi radno vrijeme njegovim potrebama. Poslodavac radniku u pravilu mora izići u susret osim ako dokaže da bi tim korakom interesi tvrtke bili ugroženi. U Švedskoj prema *Working Time Act* trajanje redovnog radnog tjedna je ograničeno na 40 sati.

19 Primjerice: Austrija, Francuska, Grčka, Irska, Španjolska, Njemačka i Italija.

Institut radnog odnosa s nepunim radnim vremenom nije jedinstven. Složen je i u svakom slučaju ima različite ciljeve te pravne posljedice koje se vezuju uz radnika koji se nalazi u takvom radnom odnosu. S jedne strane, institut rada s nepunim radnim vremenom ima svrhu omogućiti radniku da zapošljavanjem kod više poslodavaca, kod kojih radi s nepunim radnim vremenom, ostvari puno radno vrijeme. S druge strane, institut rada s nepunim radnim vremenom treba osigurati ostvarenje prava radnika na rad s vremenom kraćim od onog utvrđenim zakonom, kao puno radno vrijeme, i to kod slučajeva povećanja opsega rada koji zahtijeva više radnika za određeno radno vrijeme tijekom dana na pojedinim radnim mjestima. Radi se o poslovima čiji opseg objektivno ne zahtijeva puno radno vrijeme.

Od spomenutih, treba razlikovati situaciju u kojoj institut s nepunim radnim vremenom osigurava radniku raditi kraće od punog radnog vremena: a) iz subjektivnih razloga (nakon iskorištenog obvezatnog roditeljnog dopusta žena može raditi polovicu radnog vremena do navršene treće godine djetetova života); b) objektivnih razloga (kada se ni uz primjenu zaštitnih mjera ne može umanjiti štetno djelovanje na zdravlje, odnosno radnu sposobnost radnika – institut skraćenog radnog vremena).²⁰

Rad s nepunim radnim vremenom u porastu je u nekim industrijskim zemljama. Za mnoge žene bitan udio izvora prihoda dolazi upravo od rada s nepunim radnim vremenom koji im omogućava uspostavljanje ravnoteže, između potrebe za prihodom te obiteljskih i drugih obveza. U industrijaliziranim zemljama, rad u nepunom radnom vremenu može odgovarati željama i potrebama radnika, dok u nerazvijenim i zemljama u razvoju, mnogi poslovi, koji se obavljaju temeljem ugovora o radu s nepunim radnim vremenom, spadaju u kategoriju vremenske podzaposlenosti, koja je karakterizirana pojedincima, koji bi željeli raditi više, ali ne pronalaze dovoljno posla.

Uspoređivanjem prava, zaštite, uvjeta i rokova zaposlenja radnika s nepunim radnim vremenom i usporedivog radnika s punim radnim vremenom može se zamijetiti diskriminacija radnika s nepunim radnim vremenom. Takva diskriminacija može se javiti u nekoliko segmenata vezanih uz radni odnos radnika s nepunim radnim vremenom. U prvom redu, radnici s nepunim radnim vremenom mogu biti isključeni iz domene osobnog važenja kolektivnih ugovora, odnosno odredbi druge regulative. Ovakav slučaj postoji pri određivanju praga, koji je potrebno prijeći, da bi se radnik kvalificirao za dobivanje određenih beneficija, odnosno zaštite, a koji se temelji na minimalnom broju radnih sati, odnosno minimalnoj plaći. Drugi oblik diskriminacije je nejednako tretiranje radnika s nepunim radnim vremenom u odnosu na radnika s punim radnim vremenom (primjer: niža plaća radnika s nepunim radnim vremenom za isti rad iste vrijednosti). Treći oblik diskriminacije odnosi se na način dodjeljivanja određenih beneficija, odnosno zaštite koja ne uzima u obzir poseban položaj radnika s nepunim radnim vremenom, primjerice u pogledu rasporeda rada,

20 Institut skraćenog radnog vremena primjenjuje se u slučajevima kada ni uz primjenu postojećih zaštitnih mjera nije moguće zaštititi radnika od štetnih utjecaja radnog mjesta koji negativno utječu na njegovo zdravlje i radnu sposobnost. U Republici Hrvatskoj ovaj institut reguliran je u čl. 32. Zakona o radu.

usavršavanja, napredovanja u karijeri te u konačnici mirovinskih prava.

Većina zemalja u svojim zakonskim odredbama ne uređuje pitanje jednakog tretiranja radnika s punim i radnika s nepunim radnim vremenom, već je uređenje tog pitanja prepušteno kolektivnom, odnosno individualnom reguliranju.²¹ Međutim, zakonske odredbe koje reguliraju osnovna prava radnika, u prvom redu pravo na organiziranje i kolektivno pregovaranje, zaštitu od diskriminacije pri zapošljavanju i zanimanju, pravo na istu plaću za isti rad jednake vrijednosti, mjere sigurnosti pri radu, koja su predviđena i na međunarodnoj razini, zamišljena su kao univerzalno primjenjiva za radnike.

U praksi se nailazi na probleme u primjeni ovih načela, posebice kada su u pitanju radnici s nepunim radnim vremenom, napose onih s malim brojem radnih sati. U većini slučajeva što je broj njihovih radnih sati manji, to su i njihovi uvjeti rada lošiji. Iako se u nekim, industrijski razvijenim zemljama, prava i zaštita radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom bitno ne razlikuju od onih radnika s punim radnim vremenom, u drugim, radnici koji rade ispod određenog broja radnih sati tretiraju se kao marginalni ili povremeni radnici.

U posljednja dva desetljeća rad s nepunim radnim vremenom postao je glavni objekt regulative u mnogim europskim zemljama. O porastu njegove primjene i važnosti svjedoči, ne samo normativna djelatnost socijalnih partnera na europskoj razini te Vijeća Europe, već i sudska praksa Europskog suda pravde. *Ratio* normativne djelatnosti i sudske prakse je u uspostavi zabrane diskriminacije radnika s nepunim radnim vremenom, ne samo u sklopu radnog prava, već, iako ne u svim pravnim sustavima, i socijalnog prava.

Aktivnost socijalnih partnera na europskoj razini u pogledu problematike rada s nepunim radnim vremenom inicirana je 1995. konzultacijama Komisije Europske unije o fleksibilnosti radnog vremena i sigurnosti radnika i to u okviru Maastriskog sporazuma o socijalnoj politici. Nakon provedenih konzultacija najvažniji socijalni partneri na razini Europske unije odlučili su pregovarati o postizanju sporazuma na ovu temu. Pregovori su okončani 6. lipnja 1997. godine zaključivanjem Okvirnog sporazuma o radu s nepunim radnim vremenom između UNICE,²² CEEP-a²³ i ETUC-a²⁴. Ovaj okvirni sporazum implementiran je u europsko radno zakonodavstvo Smjernicom Vijeća 97/81 od 15. studenog 1997.

Svrha Sporazuma, postignutog između spomenutih socijalnih partnera, je uklanjanje diskriminacije radnika s nepunim radnim vremenom, poboljšanje kvalitete njihovih uvjeta rada, mogućnost razvoja rada s nepunim radnim vremenom koji će biti utemeljen na dobrovoljnoj osnovi, prilog fleksibilnoj organizaciji radnog vremena,

21 ILO: Part-time work, u *Conditions of Work Digest*, Vol.8, 1/1989., Geneva, str. 193-257.

22 Union of Industrial and Employer's Confederation of Europe, kolektivni partner na europskoj razini predstavnik poslodavaca.

23 Centre Européen d'Enterprises Publique (European Centre of Enterprises with Public Participation and of General Economic Interest), kolektivni partner na europskoj razini predstavnik poslodavaca u javnim, državnim tijelima.

24 European Trade Union Confederation, kolektivni partner na europskoj razini na strani radnika.

pri čemu se istovremeno uzimaju u obzir potrebe radnika i poslodavaca.²⁵

Sporazum se odnosi na radnike s nepunim radnim vremenom, koji su sklopili ugovor o radu, odnosno ušli u radni odnos kako je to regulirano zakonom, kolektivnim ugovorima ili sudskom praksom koja je na snazi u državi članici. Države članice mogu²⁶ iz objektivnih razloga u potpunosti ili djelomično isključiti radnike s nepunim radnim vremenom čiji se rad temelji na privremenoj osnovi²⁷ od primjene uvjeta ovog Sporazuma.

Za potrebe Sporazuma, radnik s nepunim radnim vremenom označava radnika čiji je normalan broj radnih sati, izračunat na tjednoj osnovi ili kao prosjek kroz određeni period zaposlenja, ali ne duži od jedne godine, manji negoli kod usporedivog radnika koji radi s punim radnim vremenom.²⁸ Težište je u Sporazumu stavljeno na nediskriminatorno ponašanje prema radnicima s nepunim radnim vremenom što se vidi i iz primjene principa *pro rata temporis*.²⁹ Spomenuti princip daje mogućnost radnicima s nepunim radnim vremenom, čije radno vrijeme nije kraće od polovine redovnog radnog vremena, da se pri računanju ukupnog radnog iskustva, koje se traži kao poseban uvjet pri zapošljavanju, računa kao da je radnik radio s punim radnim vremenom gdje to opravdavaju objektivni razlozi.³⁰ Međutim, ovaj je princip u potpunosti prihvaćen samo u pogledu jednakih plaća, a njegovo se kršenje smatra indirektnom diskriminacijom.³¹

Spomenuti Okvirni sporazum o radu s nepunim radnim vremenom pretočen je u istoimenu Smjernicu³² te implementiran u europsko radno zakonodavstvo. Socijalni partneri na europskoj razini ponukani su, a u skladu s nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima i sudskom praksom, odrediti i ukazati na prepreke koje mogu ograničiti, odnosno eliminirati primjenu rada s nepunim radnim vremenom.³³ Dakle, mogućnost obavljanja rada s nepunim radnim vremenom ostavljena je na odluku nacionalnim zakonodavcima, socijalnim partnerima, odnosno unilateralnoj odluci poslodavca. Iz izloženog je razvidno da Smjernica ne uspostavlja i ne jamči bezuvjetno ostvarenje prava radnika na rad s nepunim radnim vremenom, već je ostvarenje tog prava uvjetovano regulativom država članica.

25 Smjernica Vijeća 97/81 o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom, O.J. 1998, L 14/9, kl. 1.

26 Nakon savjetovanja sa socijalnim partnerima, a u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, kolektivnim ugovorima ili praksom i/ili socijalnim partnerima na prikladnoj razini, a u skladu s nacionalnom praksom industrijskih odnosa.

27 Ovakva isključenja periodički će se ponovno razmatrati kako bi se provjerilo predstavljaju li još uvijek valjane razloge za isključenje od primjene uvjeta ove smjernice.

28 Smjernica Vijeća 97/81, čl. 3 st. 1.

29 Čl. 4. st.2.

30 Vidi obrazloženje presuda Europskog suda pravde u slučajevima C- 100795 Brigitte Kording v Senator für Finanzen ECR (1997) I-5289; C- 1/95 Hellen Gerster v Freistaat Bayern ECR (1997) I-5253.

31 NIELSEN, R., *European Labour Law*, o. c., str. 151.

32 Smjernica Vijeća 97/81/EC od 15. XII 1997., Official Journal L 14, 20. I. 1998.

33 Čl. 5, st. a) i b)

Ostale obveze država članica, odnosno socijalnih partnera, predviđenih u Smjernici, mogu se prije okarakterizirati kao preporuke nego kao obveze:

a) uzeti u obzir zahtjeve radnika za zamjenom punog radnog vremena s nepunim radnim vremenom i *vice versa*³⁴;

b) pravodobno obavijestiti radnike o raspoloživim radnim mjestima s punim, odnosno nepunim radnim vremenom;³⁵

c) olakšati pristup poslovima s nepunim radnim vremenom na svim razinama, kao i pristup radnicima s nepunim radnim vremenom, profesionalnom usavršavanju³⁶ i

d) obavješćivanje postojećih reprezentativnih tijela radnika u tvrci o radu s nepunim radnim vremenom unutar tvrtke.³⁷

Odbijanje radnika promjene rada s punim radnim vremenom u rad s nepunim radnim vremenom i *vice versa* ne predstavlja valjani razlog za otkaz, osim ako ti razlozi nisu poslovno-organizacijske naravi.³⁸

4. Zakonodavne reforme i njihov učinak na fleksibilnost tržišta rada u Republici Hrvatskoj

Do primjene novog Zakona o radu u siječnju 2004. godine³⁹ Hrvatska je imala jedan od najrigidnijih zakonskih okvira u Europi u dijelu koji se odnosi na duljinu otkaznih rokova te visinu otpremnina.⁴⁰ Promjene usmjerene prema fleksibilnosti postignute su samo djelomice, i to uz mnoge kompromise. Krajnji se učinak ogledao u hibridnoj situaciji, u kojoj svi tipovi rada nisu priznati kao zaposlenost, pa tako nisu ni pokriveni Zakonom o radu.⁴¹ Neke od značajnih promjena u sferi ugovora o radu

34 Klauzula 5., toč.3, st. a) i b)

35 Klauzula 5., toč.3., st. c)

36 Klauzula 5., toč.3., st.d)

37 Klauzula 5., toč.3., st.e)

38 Klauzula 5., toč. 2.

39 Zakon o radu, Narodne novine, br. 114/03 i 142/03.

40 Usporedi tablicu br. 2 o rigidnosti sustava zaštite od otpuštanja.

41 Primjerice, Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (Narodne novine br. 32/02) u čl. 7. definira što se smatra pod pojmom nezaposlene osobe: osoba sposobna ili djelomično sposobna za rad, u dobi od 15 do 65 godina koja nije u radnom odnosu, te ako:

a) ne ostvari mjesečni primitak, odnosno dohodak od samostalne djelatnosti koja se povremeno obavlja prema propisima o porezu na dohodak, a koji je veći od najvišeg iznosa novčane naknade utvđene čl. 35. ovog Zakona, b) nema registrirano trgovačko društvo ili drugu pravnu osobu, odnosno nema većinski udio u trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi,

c) nema registrirani obrt, slobodno zanimanje ili djelatnost poljoprivrede i šumarstva,

d) nije osigurana kao poljoprivrednik po propisima o mirovinskom osiguranju,

e) nije korisnik mirovine, osim korisnika mirovine koji ostvari pravo na invalidsku mirovinu temeljem profesionalne nesposobnosti za rad,

f) nije redovit učenik ili student,

g) aktivno traži posao i raspoloživa je za rad.

S druge strane Zakon o radu ne smatra osobe koje rade temeljem ugovora o djelu zaposlenima, unatoč činjenici da se i kroz tu vrstu rada trebaju plaćati doprinosi.

na neodređeno vrijeme su trajanje otkaznih rokova.⁴² Za radnike, koji su kod istog poslodavca proveli dulje od 20 godina, otkazni rokovi produženi su za dva dodatna tjedna, ako je radnik u starosnoj dobi od 50 i više godina te za dodatnih mjesec dana u slučaju da je radnik stariji od 55 godina. Ako je do otpuštanja došlo krivnjom radnika, radnik nema pravo na otpremninu, dok se duljina trajanja otkaznog roka skraćuje za polovicu od onih koje Zakon predviđa kod poslovnog i osobno uvjetovanog otkaza.

Zakonodavac predviđa isplatu otpremnine nakon prestanka radnog odnosa za radnika, koji je radio kod istog poslodavca najkraće dvije godine, a koji nije svojom krivnjom prouzročio prestanak radnog odnosa.⁴³ Visina otpremnine određuje se kroz prosjek radnikovih neto primanja, koja je imao u tri posljednja mjeseca prije prestanka radnog odnosa, za svaku navršenu godinu kod toga poslodavca.⁴⁴ Visina otpremnine ne može biti niža od jedne trećine navedenih primanja i ne može biti viša od 6 takvih mjesečnih primanja (izuzev u slučajevima kada tu situaciju predviđa kolektivni ugovor ili statut tvrtke).⁴⁵

Novim Zakonom o radu također su redefinirana masovna otpuštanja. Naime, poslodavac, koji ima namjeru otpustiti najmanje 20 radnika, mora podnijeti program zbrinjavanja viška radnika 90 dana prije planiranog datuma otpuštanja.⁴⁶ Od poslodavca se traži da se tijekom postupka osmišljavanja socijalnog programa savjetuje s radničkim savjetom i područnom službom Zavoda za zapošljavanje.⁴⁷

Izmjene u Zakonu o radu odnose se i na atipične oblike zapošljavanja, tj. ugovor o radu na određeno vrijeme i ugovor o radu s nepunim radnim vremenom, na način da se njihova regulacija nastoji izjednačiti s propisima Europske unije, u kojima se predviđa zabrana njihove zluporabe, zabrana diskriminiranja radnika, koji rade temeljem navedenih ugovora. Štoviše nastoji ih se umnogom izjednačiti s radnicima koji rade temeljem standardnih ugovora.

U Republici Hrvatskoj ugovor o radu na određeno vrijeme može se sklopiti za zasnivanje radnog odnosa čiji je prestanak unaprijed utvrđen objektivnim razlozima, koji su opravdani rokom, izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja.⁴⁸

42 Prema Zakonu o radu, čl. 113. duljine otkaznog roka kod redovitog otkaza ugovora o rad su sljedeće:

- do godine dana neprekinutog radnog odnosa kod istog poslodavca – 2 tjedna;
- jedna godina radnog odnosa – 1 mjesec otkaznog roka;
- 2 godine – 1,5 mjesec otkaznog roka;
- 5 godina – 2 mjeseca otkaznog roka;
- 10 godina – 2,5 mjeseca otkaznog roka;
- 20 godina i više – 3 mjeseca otkaznog roka.

43 Zakon o radu, čl. 118 st. 1.

44 Čl. 118. st. 2.

45 Čl. 118. st. 3.

46 Čl. 119. st. 1.

47 Čl. 119. st. 2.

48 Zakon o radu, čl. 10 st. 1.

Ugovor o radu na određeno vrijeme ne može se zasnovati za obavljanje istih poslova za razdoblje duže od tri godine. Primjenom analogije, radnik bi mogao raditi za istog poslodavca temeljem ugovora o radu na određeno vrijeme bez vremenskog ograničenja pod uvjetom da se mijenjaju poslovi koje obavlja (ovo je najčešći vid zlorabe ovog instituta u praksi). Sukcesivno sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme nije kvantitativno, već vremenski ograničeno – ne duže od tri godine.⁴⁹ Nepridržavanje ove odredbe sankcionirano je novčanom kaznom koja tereti poslodavca.⁵⁰ Iznimku čini mogućnost sklapanja jednog ili više uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme na istim poslovima za razdoblje duže od tri godine u slučaju zamjene privremeno nenazočnog radnika, ali i u drugim slučajevima, uz uvjet da je to dopušteno zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom.⁵¹ Ako između sukcesivno sklopljenih ugovora o radu na određeno vrijeme postoji prekid kraći od dva mjeseca smatra se da nije ni došlo do prekida razdoblja od tri godine.⁵²

Ako nakon isteka roka na koji je ugovor o radu sklopljen, radnik i dalje nastavi raditi na istim poslovima, pretpostavlja se da je između poslodavca i radnika sklopljen ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Dakle ugovor o radu na određeno vrijeme automatski se konvertira u ugovor o radu na neodređeno vrijeme, osim ako poslodavac u roku od godine dana od početka rada ne dokaže suprotno.⁵³

Posebno je uređen status radnika na stalnim sezonskim poslovima, odnosno kod poslodavca koji pretežno posluje sezonski. Poslodavac s takvim radnikom sklapa ugovor na određeno vrijeme, pri tom obvezujući se na plaćanje doprinosa za produženo osiguranje i to od isteka ugovora o radu na određeno vrijeme do sklapanja novog ugovora na određeno vrijeme za slijedeću sezonu.⁵⁴ Na taj način radniku teče staž osiguranja i u razdoblju dok ne radi te ima sigurnost zaposlenja i u slijedećoj sezoni, dok poslodavac ima sigurnost da će u narednoj sezoni imati dovoljan broj kvalificiranih radnika. S obzirom na posebnost ovog ugovora, osim uglavaka, koje sadrže u pravilu svi ugovori o radu, ovaj ugovor mora obuhvatiti i :⁵⁵

- o uvjetima i vremenu na koje će poslodavac uplaćivati doprinos za produženo osiguranje,
- rok u kojem je poslodavac dužan ponuditi radniku ugovor o radu za obavljanje poslova u narednoj sezoni te
- rok u kojem se radnik dužan izjasniti na ponudu poslodavca, a koji ne smije biti kraći od osam dana.

Ako radnik neopravdano odbije sklopiti ugovor na određeno vrijeme za slijedeću sezonu, poslodavac je ovlašten potraživati od radnika povrat novčanog

49 Zakon o radu, čl. 10 st. 4.

50 Zakon o radu, čl. 228 st. 4.

51 Zakon o radu, čl. 10 st. 2.

52 Čl. 10. st. 3.

53 Čl. 10. st. 5.

54 Čl. 12a st. 2.

55 Čl. 12a st. 3.

iznosa uplaćenog na ime doprinosa za produženo osiguranje.⁵⁶ Nakon isteka roka, na koji je ugovor o radu sklopljen, radnik nema pravo na kompenzaciju.

Ugovor o radu u Republici Hrvatskoj može se sklopiti i s nepunim radnim vremenom što je u ovisnosti o opsegu ili prirodi određenih poslova. Zakonom o radu nije određeno najkraće trajanje nepunog radnog vremena. Do tog se podatka može doći posredno, primjenom odredbi o računanju trajanja staža osiguranja.⁵⁷ Naime, pri računanju trajanja staža osiguranja radnika, zaposlenog s nepunim radnim vremenom, uzima se kao da je radnik radio s punim radnim vremenom, odnosno u trajanju koje odgovara ukupnom broju sati takvog rada ostvarenog za pojedine godine obračunatih na puno radno vrijeme (*princip pro rata temporis*). Iz toga proizlazi da bi najkraće dopušteno trajanje rada s nepunim radnim vremenom bilo jedan sat tjedno.

Radnik koji je sklopio ugovor o radu kod jednog poslodavca s nepunim radnim vremenom smije sklopiti dva ili više ugovora o radu s više poslodavaca sve do ispunjenja punog radnog vremena, odnosno do ostvarenja punog mirovinskog staža osiguranja, pazeći pri tom na zakonsku,⁵⁸ odnosno ugovornu⁵⁹ zabranu utakmice.

Radnici koji rade s nepunim radnim vremenom imaju, kao i radnici koji rade s punim radnim vremenom, pravo na dnevni odmor (čl. 37.), tjedni odmor (čl. 38.), najkraće trajanje godišnjeg odmora (čl. 39.) te plaćeni dopust (čl. 49.). Jedina razlika je u nepostojanju prava za radnike s nepunim radnim vremenom na dnevni odmor od najmanje 30 minuta (čl. 36. st. 1.) Nepuno radno vrijeme može se rasporediti na sve dane u tjednu ili na samo neke. Dopušteno je kombiniranje ugovora o radu s nepunim radnim vremenom s ugovorom o radu na određeno vrijeme.⁶⁰ Ako je za stjecanje određenih prava bitno prethodno trajanje radnog odnosa s istim poslodavcem, razdoblja rada u nepunom radnom vremenu smatrat će se radom u punom radnom vremenu.⁶¹ Ovdje se u prvom redu misli na dužinu trajanja otkaznog roka i broja otpremnina kod otkaza ugovora o radu. Sama visina otpremnine bit će niža negoli kod usporedivog radnika zaposlenog s punim radnim vremenom, budući da je plaća radnika, koja se uzima u obzir prigodom utvrđivanja visine otpremnine zaposlenog s nepunim radnim vremenom, niža.⁶²

Razmatrajući navedeno razvidno je da se najveći dio promjena odnosi na smanjenje troškova koji se vezuju uz prestanak radnog odnosa temeljem redovitog otkaza ugovora o radu, koje inače snosi poslodavac, a koji su prije donošenja Izmjene Zakona o radu iz 2004. godine bili poprilično visoki. Također, smanjeno je razdoblje

56 Čl.12. a) st. 4.

57 Zakon o mirovinskom osiguranju, Narodne novine, br. 102/98., čl. 25. st. 3.

58 Zakon o radu, čl. 92.

59 Čl. 93.

60 CRNIĆ, I., Komentar Zakona o radu sa sudskom i upravnom praksom i prilogima, Organizator, Zagreb, 1999., str. 63.

61 Zakon o radu, čl. 31 st.2.

62 MARINKOVIĆ-DRAČA, D., Radni odnosi u gospodarskoj, pravnoj i sudskoj praksi, zbornik radova, Inženjerski biro, Zagreb, 1998., str. 30.

unutar kojeg se postojeći kadar može zamijeniti, što predstavlja daljnji čimbenik u smanjenju troškova i pokretač strukturalnih promjena.

Socijalni partneri, shvaćajući nužnost promjena regulative poradi boljeg funkcioniranja tržišta rada, napravili su pritisak jačanja socijalnih prava za vrijeme razdoblja nezaposlenosti, što bi donekle kompenziralo oslabljenu sigurnost zaposlenja. Zamjena za gubitak prava vezanih uz zaposlenje osigurava se povećanim pravima nezaposlenih osoba i to kroz višu novčanu naknadu za nezaposlenost, dulje razdoblje prava na korištenje te naknade i uz dodatni jednokratni iznos koji je namijenjen potencijalno teško zapošljivim osobama, odnosno onima s dugotrajnim stažem i/ili dobnim ograničenjem. Potonje se nastojalo osigurati Zakonom o posredovanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti iz 2002. godine kojem su glavni ciljevi: uvođenje međunarodnih standarda u definiciju nezaposlenosti temeljenu na metodologiji Međunarodne organizacije rada⁶³; poticanje kompetitivnosti u posredovanju na tržištu rada⁶⁴, smanjenje birokratske formalnosti⁶⁵, motiviranje nezaposlenih osoba na aktivno traženje zaposlenja⁶⁶, uvođenje informacijske tehnologije u poslovnim procesima te stvaranje veće odgovornosti u sustavu upravljanja⁶⁷.

Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca⁶⁸ predstavlja još jedan korak u reformi radnog zakonodavstva u smislu postizanja fleksibilnosti na tržištu rada. *Ratio* donošenja ovog Zakona je zaštita prava radnika na nekoliko vrsta naknada (plaće, doprinosi za obvezatna osiguranja, plaće koje su trebale biti isplaćene u razdobljima bolovanja, godišnjih odmora, otpremnine u slučaju otkaza, naknade za rizik vezan uz radno mjesto) u razdobljima bolovanja. Naknada za navedena, protekla prava bit će djelomična, odnosno osiguranje će pokriti refundaciju vezanu uz minimalnu plaću u Hrvatskoj, odnosno uz njezin određeni postotak.⁶⁹

63 Više o Međunarodnoj organizaciji rada i njenoj normativnoj djelatnosti: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., *Međunarodno radno pravo*, Split, 2006., str. 31-63.

64 Od stupanja na snagu ovog Zakona, velik obim poslova u posredovanju pri zapošljavanju preuzele su privatne agencije za zapošljavanje, što u svakom slučaju, potiče Hrvatski zavod za zapošljavanje osmišljanje i poduzimanje novih poslovnih procesa, kako bi i poslodavcima i osobama koje traže zaposlenje mogli pružiti kvalitetnije usluge i pridobiti njihovo povjerenje.

65 Primjerice, poslodavci više nisu obvezni prijaviti svoja slobodna radna mjesta javnom zavodu za zapošljavanje

66 Između ostalog, nezaposlenom osobom smatra se ona koja aktivno traži posao i raspoloživa je za rad (čl. 7. st. 7.). Smatra se da nezaposlena osoba aktivno traži zaposlenje ako se: redovito javlja Zavodu, podnosi molbe poslodavcima ili daje oglase i javlja se na oglase i natječaje i pridržava se profesionalnog plana iz čl. 14. ovog Zakona (čl. 8)

67 Čl. 60.-63.

68 Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, Narodne novine, br. 114/03.

69 Fond osigurava isplate u visini najniže plaće u Republici Hrvatskoj za svaki mjesec za koji radniku nije isplaćena plaća, odnosno naknada plaće; naknadu otpremnine – najviše jedne polovine zakonske otpremnine, naknade plaće u doba bolovanja - jedne polovine minimalne plaće; naknade plaće za vrijeme trajanja godišnjeg odmora – jedne polovine minimalne plaće; naknada za nesreću na radu – jedne trećine uobičajene naknade (čl. 3 st. 2.).

Jamac za isplatu navedenih potraživanja je Fond za razvoj i zapošljavanje⁷⁰, a zahtjev za isplatu naknade podnosi se posredstvom područne službe Hrvatskog zavoda za zapošljavanje⁷¹.

Nadalje, donošenjem Zakona o mirovinskom osiguranju⁷² nastojalo se povezati prava radnika s mirovinskim osiguranjem u skladu s fleksibilnijim načinima rada, ponajprije rada s nepunim radnim vremenom i povremenim radom. Naime, novom regulativom, muškarci su dobili pravo na starosnu mirovinu nakon što navrše 65 godina starosti (žene 60 godina), s time da imaju najmanje 15 godina staža osiguranja, neovisno o broju sati rada (princip *pro rata temporis* preuzet iz europskog radnog prava). Poseban algoritam koristi se kod izračuna visine mirovine, koja je naravno niža od mirovina osoba, koje su pravo na starosnu mirovinu ostvarile radeći u punom radnom vremenu.

Prema Zakonu o zdravstvenom osiguranju,⁷³ Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje jamči isplatu naknada osobama koje su dobile otkaz za vrijeme bolesti, odnosno rodiljnog dopusta. Navedeno predstavlja značajan doprinos postizanju veće zaštite ranjivih skupina (žena, djece, kroničnih bolesnika). Novost je i u činjenici da navedene troškove ne terete poslodavca, već ih kroz sustav zdravstvenog osiguranja mora osigurati država.

Zakonom o zaštiti na radu nastojao se ojačati kapacitet Državnog inspektorata za rad, a s druge strane donijeti fleksibilnija rješenja koja bi poslodavcima olakšala organiziranje i izvedbu sustava zaštite na radnim mjestima. Posebno područje, koje uređuje ovaj Zakon, odnosi se na normativno definiranje standarda zaštite na radu kod kuće ili na dislociranom mjestu rada, posebice ukoliko se radi o korištenju, nadzoru i održavanju postrojenja koja su smještena izvan prostorije poslodavca. Inspektora rada, Zakon ovlašćuje da mogu ući u prostorije rada, bez ikakvih ograničenja, čak i u slučaju kada se mjesto rada nalazi u nečijem privatnom domu kako bi utvrdili možebitnu opasnost za zdravlje osoba koje se nalaze na takvim mjestima rada. Time je ovaj Zakon postavio temelj za uvođenje fleksibilnih oblika rada, uz istovremeno odražavanje standarda zaštite na radu koji je uobičajen za standardna poduzeća.⁷⁴

Postalo je jasno da uvođenjem fleksibilnih oblika rada radnici mogu postati izloženi nedopuštenim aktivnostima poslodavca. Stoga je Kaznenim zakonikom⁷⁵ predviđeno da će se svi poslodavci, koji se ne pridržavaju temeljnih načela novog paketa legislative iz oblasti rada i radnih odnosa, suočiti s novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.⁷⁶

70 Čl. 1.

71 Čl. 10. st. 2.

72 Zakon o mirovinskom osiguranju, Narodne novine, 117/03.

73 Zakon o zdravstvenom osiguranju, Narodne novine, 117/03.

74 U skladu sa Smjernicom 89/391/EEC.

75 Kazneni zakonik, Narodne novine, 111/03.

76 Čl. 114.

Zbog navedenih zlouporaba i drugih sporova iz radnog odnosa skraćeni su, Zakonom o parničnom postupku⁷⁷, rokovi za rješavanje radnopravnog spora.⁷⁸ U postupku u parnicama iz radnog odnosa rok za odgovor na tužbu je 8 dana. U sporovima iz radnog odnosa koje pokreće radnik protiv odluke o prestanku radnog odnosa i u kolektivnim radnim sporovima, ako zakonom nije određen kraći rok, ročište za glavnu raspravu mora se održati u roku od trideset dana od dana primitka odgovora na tužbu. U postupku u parnicama iz radnih odnosa postupak pred prvostupanjskim sudom mora se okončati u roku od šest mjeseci od dana podnošenja tužbe. U postupku u parnicama iz radnih odnosa drugostupanjski sud mora donijeti odluku o žalbi protiv odluke prvostupanjskog suda u roku od trideset dana od primitka žalbe.

5. Zaključna razmatranja

Intenzivirana globalna kompetitivnost ujedno predstavlja pritisak na poslodavce za uvođenjem fleksibilnosti u radne odnose, i to internom reorganizacijom (funkcionalna fleksibilnost) te olakšavanjem zapošljavanja i otpuštanja radnika (numerička fleksibilnost). Na taj način poslodavci mogu poslovati dulje radno vrijeme, prilagoditi raspored rada zahtjevima tržišta ili zahtijevati od radnika obavljanje više zadaća. Privremeni rad, rad s nepunim radnim vremenom i rad posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje u nekim su zemljama u porastu. Obim interne ili funkcionalne fleksibilnosti ograničen je do određenog stupnja zakonima iz oblasti radnog prava, kolektivnim ugovorima te potrebom uspostave eksplicitnih ili implicitnih pravila koje potiču predanost i suradnju poslodavca i radnika.

Povećana nesigurnost zaposlenja rezultira povećanim zahtjevom radnika i sindikata za jačom zaštitom. S druge strane, osjeća se djelovanje intenzivirane globalne kompetitivnosti, koja od svijeta kapitala zahtijeva bržu prilagodbu manje ograničavajućim zakonima i kolektivnim ugovorima. Kao rezultat, radno pravo je trenutno u stanju prilagodbe. Reforma radnog prava je pod utjecajem dva glavna trenda: legislativne aktivnosti Međunarodne organizacije rada, koja za zadaću ima zaštitu temeljnih principa i prava na poslu, uključujući i borbu protiv diskriminacije na poslu i dječjeg rada. S druge strane, brojne države umanjile su restriktivnost svoje radnopravne regulative kako bi umanjile troškove poslodavcima koje imaju prigodom zapošljavanja i otpuštanja radnika te olakšala uvođenje novih oblika zapošljavanja. I dalje, iako se u većini država, osim ako nešto drugo nije specificirano, kada se govori o ugovoru o radu presumira ugovor o radu na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom, mnoge države su svojim reformama olakšale uvođenje novih, atipičnih oblika zapošljavanja koji mogu biti u vidu ugovora na određeno vrijeme, s nepunim radnim vremenom, ugovora o radu pripravnika, ugovori o radu posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje i dr.

77 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine 117/03., čl. 434.

78 Čl. 434.

Rasprave oko prava zaštite zaposlenika uključila je i onu koja se odnosi na naknade za vrijeme nezaposlenosti i djelotvornost sustava izobrazbe. Fleksigurnost (*flexicurity*) je model adaptacije u zapošljavanju u kojem su formalne prepreke poslodavcima glede otpuštanja relativno umjerene, dok druge mjere istovremeno osiguravaju kratkoročnu nezaposlenost.⁷⁹ Savjetovanje sa sindikatima i javnim autoritetima uz podršku sustava socijalne sigurnosti i sustava izobrazbe omogućavaju da radnici što manje osjećaju gubitak primanja u kratkom periodu dok traže zaposlenje, uz istovremenu aktivnu potporu profesionalne i geografske mobilnosti⁸⁰.

Važno je napomenuti sljedeće. Fleksigurnost se ne smije promatrati kao zamjena za tradicionalnu socijalnu politiku, odnosno politiku zapošljavanja, ali može poslužiti kao kompenzacija za povećan pritisak na sustav socijalne zaštite. Nove strategije na tržištu rada moraju naglašavati *ex ante* promociju mobilnosti, nego i *ex post* redistribuciju putem transfera. Preciznije, socijalna politika se transformira u rizičan menadžment koji potiče ljude na preuzimanje više rizika, uz korisne, popratne troškove za društvo.⁸¹ Kako bi se ovo postiglo, nužni su novi oblici intertemporalnog, međugeneracijskog i međuregionalnog tipa solidarnosti. Neki autori smatraju da uvođenje fleksibilnosti ne znači nužno smanjenje sigurnosti.⁸²

Jedno od bitnih obilježja fleksibilnog tržišta rada jest kvalitetna povezanost sustava zaštite zaposlenosti i sustava socijalne zaštite. Ako se smanji zaštita sigurnosti zaposlenja, tada se gubitak sigurnosti mora nadomjestiti sličnim razinama zaštite u području socijalne sigurnosti. Prije donošenja novog paketa regulative iz oblasti radnih odnosa i socijalne sigurnosti u sustavu socijalne sigurnosti postojala je visoka razina socijalne zaštite, i to pasivnog tipa. Donošenjem spomenutog paketa regulative postalo je razvidno da se od pojedinaca očekuje da sami preuzmu odgovornost za vlastitu socijalnu sigurnost. Nadalje, u nastojanju poslodavaca da otvore nova radna mjesta vlada bi od poslodavaca trebala preuzeti dio troškova restrukturiranja. Politika tržišta rada trebala bi više biti usmjerena na skupine opterećene dugotrajnom nezaposlenošću. Država bi trebala djelomično preuzeti sredstva namijenjena za otpremnine i materijalno zbrinjavanje otkaznog razdoblja i preusmjeriti ih na korisnike u vidu većeg udjela u pokriću novčanih naknada za nezaposlenost i produžetka trajanja prava na dodjelu novčane naknade. Međutim, ukoliko pristup povlasticama

79 O konceptu *flexicurity* u europskim državama: MADSEN, P. K., *Flexicurity through labour market policies and institutions in Denmark*, u AUER, P., CAZES, S., *Employment stability in an age of flexibility*, Geneva, International labour office, 2003., str. 59-105; BRAUN, T., *Ein neues Modell für Flexicurity – der dänische Arbeitsmarkt*, Düsseldorf: WSI Mitteilungen, 56(2), str. 92-99. CAZES, S., NESPOROVA, A., *Labour markets in transition: Balancing flexibility and security in Central and Eastern Europe*, Geneva, ILO, 2003., str. 76-84.

80 ILO, *Managing transitions: Governance for decent work*, Report of the Director-General, Vol. II, Seventh European Regional Meeting, Budapest, February, 2005.

81 SCHMIDT, G., *Transitional labour markets and the European social model: towards a new employment compact*, u SCHMIDT, G., GAZIER, B. (eds.), 2002., str. 393-435. GIDDENS, A., *The third way*, Cambridge: Polity Press, 1998., str. 116

82 Ibid. str. 394.

ne bude univerzalan, tada će cijeli mehanizam biti neučinkovit i neće polučiti željene učinke koji se očekuju od novih rješenja.

Summary

FLEXIBLE TYPES OF EMPLOYMENT AND LABOUR LAW

The author in this paper analyses the issue of security versus flexibility in employment relations. Following the analysis of necessity to introduce labour market flexibility and modes of its implementation, the author gives a critical analysis of the most typical flexible types of employment, i.e. the fixed-term work and part time work, emphasizing the European Labour Law solutions. A special attention has been given to Croatian Labour Law reform aimed at introducing the flexibility in labour market. In her final remarks the author proposes a set of solutions *de lege ferenda*.

Key words: *labour market, flexibility, fixed-term work, part-time work;*

Zusammenfassung

FLEXIBLE ARBEITSFORMEN UND DAS ARBEITSRECHT

In dieser Arbeit beschäftigt sich die Autorin mit der Problematik der flexiblen Arbeitsformen und deren Einfluss auf die Sicherheit der Arbeitsverhältnisse. Nach einer Analyse der notwendigen Einführung von Flexibilität in den Arbeitsmarkt, nimmt die Autorin die Regulative der typischsten Formen von flexibler Anstellung, bzw. des befristeten Arbeitsvertrages und des Teilzeitarbeitsvertrages unter die Lupe, und betrachtet die Lösungen der Europäischen Arbeitsgesetzgebung. Ferner analysiert sie die Reform der Arbeitsgesetzgebung in der Republik Kroatien und ihre Auswirkung auf die Flexibilität des Arbeitsmarktes innerhalb der Republik Kroatien. Als Schlussfolgerung werden eine Reihe von Lösungen *de lege ferenda* dargestellt.

Schlüsselwörter: *Arbeitsmarkt, Flexibilität, befristeter Arbeitsvertrag, Teilzeitarbeitsvertrag.*

Tablica br. 1

Udio zaposlenih s punim radnim vremenom
i zaposlenih s nepunim radnim vremenom u
ukupnom broju zaposlenih

Time		2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Country	Series								
Australia	Full-time employment	6 577	6 566	6 622	6 750	6 897	7 108	7 273	7 505
	Part-time employment	2 374	2 497	2 626	2 709	2 739	2 850	2 913	2 965
Austria	Full-time employment	3 082	3 057	3 072	3 083	3 008	3 017	3 074	3 119
	Part-time employment	604	654	690	710	736	808	855	909
Belgium	Full-time employment	2 744	3 291	3 266	3 219	3 247	3 290	3 238	3 358
	Part-time employment	715	748	786	836	897	922	978	986
Canada	Full-time employment	12 094	12 242	12 440	12 706	12 998	13 206	13 510	13 803
	Part-time employment	2 671	2 704	2 871	2 967	2 949	2 963	2 975	3 063
Czech Republic	Full-time employment	4 415	4 452	4 562	4 499	4 476	4 530	4 585	4 676
	Part-time employment	246	227	231	233	230	233	242	246
Denmark	Full-time employment	2 122	2 165	2 172	2 134	2 117	2 134	2 130	2 132
	Part-time employment	589	544	562	564	614	601	657	684
Finland	Full-time employment	2 047	2 078	2 069	2 057	2 044	2 072	2 100	2 139
	Part-time employment	286	288	302	310	320	330	343	351
France	Full-time employment	19 257	19 836	20 060	20 644	20 679	20 738	20 852	..
	Part-time employment	3 923	3 895	3 880	4 095	4 150	4 275	4 322	..
Germany	Full-time employment	29 266	29 101	28 730	28 140	27 543	27 702	27 596	28 055
	Part-time employment	7 058	7 426	7 545	7 786	7 920	8 815	9 675	10 002
Greece	Full-time employment	3 907	3 936	4 004	4 110	4 129	4 171	4 192	4 258
	Part-time employment	190	167	186	177	201	211	261	262
Hungary	Full-time employment	3 360	3 398	3 404	3 435	3 416	3 422	3 475	3 490
	Part-time employment	110	98	102	125	127	127	107	110
Iceland	Full-time employment	115	117	116	121	121	125	131	138
	Part-time employment	41	42	41	36	35	37	38	40
Ireland	Full-time employment	1 390	1 435	1 472	1 488	1 525	1 716
	Part-time employment	281	286	292	305	311	379
Italy	Full-time employment	19 096	19 483	19 742	19 941	19 307	19 410	19 934	20 059
	Part-time employment	1 779	1 816	1 870	1 881	2 839	2 896	3 054	3 163
Japan	Full-time employment	53 790	52 789	51 796	51 394	51 571	51 583	51 819	52 023
	Part-time employment	10 480	10 982	11 194	11 456	11 430	11 567	11 427	11 427
Luxembourg	Full-time employment	160	164	166	162	158	160	162	158
	Part-time employment	20	21	22	25	31	34	33	34
Mexico	Full-time employment	28 404	28 049	30 313	29 110	29 232	29 960	29 743	30 108
	Part-time employment	8 176	8 634	7 626	8 824	9 829	9 284	10 522	10 782
Netherlands	Full-time employment	5 428	5 475	5 393	5 355	5 230	5 209	5 327	5 412
	Part-time employment	2 365	2 411	2 532	2 543	2 613	2 650	2 682	2 799
New Zealand	Full-time employment	1 370	1 407	1 445	1 486	1 552	1 597	1 628	1 625
	Part-time employment	434	442	458	460	465	474	474	503
Norway	Full-time employment	1 682	1 681	1 677	1 655	1 654	1 676	1 701	1 774
	Part-time employment	578	589	598	599	613	606	633	642
Poland	Full-time employment	12 951	12 749	12 298	12 190	12 301	12 594	13 170	13 836
	Part-time employment	1 575	1 458	1 484	1 428	1 494	1 521	1 424	1 404
Portugal	Full-time employment	4 478	4 536	4 536	4 470	4 544	4 546	4 577	4 544
	Part-time employment	551	562	570	594	579	576	582	626
Slovak Republic	Full-time employment	1 892	2 075	2 088	2 113	2 113	2 160	2 233	2 296
	Part-time employment	40	49	40	52	57	56	64	60
Spain	Full-time employment	14 178	14 693	14 980	15 358	16 399	16 627	17 386	17 957
	Part-time employment	1 221	1 269	1 278	1 336	1 572	2 347	2 361	2 399
Sweden	Full-time employment	3 255	3 326	3 319	3 301	3 261	3 269	3 337	3 448
	Part-time employment	895	902	910	919	942	986	997	1 078
Switzerland	Full-time employment	2 740	2 731	2 748	2 719	2 705	2 715	2 747	2 789
	Part-time employment	1 138	1 207	1 217	1 245	1 254	1 259	1 305	1 333
Turkey	Full-time employment	19 543	20 183	19 934	19 868	20 330	20 757	20 564	19 411
	Part-time employment	2 037	1 343	1 419	1 279	1 461	1 290	1 765	1 779
	Full-time employment	20 224	20 409	20 465	20 503	20 585	20 833	21 015	21 054
United Kingdom	Part-time employment	6 841	6 889	6 990	7 211	7 304	7 204	7 201	7 211

Izvor: <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx>

Tablica br. 2
Dužina trajanja otkaznih
rokova

i visina otpremnine	1990	1998	2003
Time	▲▼	▲▼	▲▼
Country			
Australia	1.00	1.00	1.00
Austria	2.00	2.00	0.86
Belgium	2.29	2.29	2.43
Canada	0.95	0.95	0.95
Czech Republic	..	2.67	2.67
Denmark	2.05	1.91	1.91
Finland	1.86	1.43	1.00
France	1.52	1.52	1.91
Germany	1.00	1.29	1.29
Greece	2.38	2.24	2.24
Hungary	..	1.76	1.76
Ireland	0.81	0.81	0.81
Italy	0.57	0.57	0.57
Japan	1.81	1.81	1.81
Korea	..	0.86	0.86
Mexico	..	2.10	2.10
Netherlands	1.00	1.91	1.91
New Zealand	..	0.43	0.43
Norway	1.00	1.00	1.00
Poland	..	1.43	1.43
Portugal	5.00	5.00	5.00
Slovak Republic	..	2.67	2.67
Spain	3.14	2.57	2.57
Sweden	1.71	1.57	1.57
Switzerland	1.48	1.48	1.48
Turkey	..	3.43	3.43
United Kingdom	1.10	1.10	1.10
United States	0.00	0.00	0.00

Izvor: <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx>

Tablica br. 3

Ukupna zaštita od otkazivanja kod standardnog oblika zapošljavanja			
Time	1990	1998	2003
Country			
Australia	1.00	1.50	1.50
Austria	2.92	2.92	2.37
Belgium	1.68	1.68	1.73
Canada	1.32	1.32	1.32
Czech Republic	..	3.31	3.31
Denmark	1.52	1.47	1.47
Finland	2.79	2.31	2.17
France	2.34	2.34	2.47
Germany	2.58	2.68	2.68
Greece	2.46	2.33	2.41
Hungary	..	1.92	1.92
Ireland	1.60	1.60	1.60
Italy	1.77	1.77	1.77
Japan	2.38	2.44	2.44
Korea	..	2.37	2.37
Mexico	..	2.25	2.25
Netherlands	3.08	3.05	3.05
New Zealand	..	1.35	1.70
Norway	2.25	2.25	2.25
Poland	..	2.23	2.23
Portugal	4.83	4.33	4.17
Slovak Republic	..	2.47	2.30
Spain	3.88	2.61	2.61
Sweden	2.90	2.86	2.86
Switzerland	1.16	1.16	1.16
Turkey	..	2.64	2.56
United Kingdom	0.95	0.95	1.12
United States	0.17	0.17	0.17

Izvor: <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx>

Tablica br. 4
Pravna zaštita rada na
određeno vrijeme

Time	1990 ▲▼	1998 ▲▼	2003 ▲▼
Country			
Australia	1.25	1.25	1.25
Austria	1.75	1.75	1.75
Belgium	5.25	1.50	1.50
Canada	0.00	0.00	0.00
Czech Republic	..	0.50	0.50
Denmark	2.25	2.25	2.25
Finland	3.25	3.25	3.25
France	3.50	4.00	4.00
Germany	3.50	1.75	1.75
Greece	4.00	4.00	4.50
Hungary	..	0.75	1.75
Ireland	0.00	0.00	0.75
Italy	5.25	4.00	2.50
Japan	0.50	0.50	0.50
Korea	..	0.75	0.75
Mexico	..	2.50	2.50
Netherlands	1.50	0.75	0.75
New Zealand	..	0.25	1.50
Norway	3.25	3.25	3.25
Poland	..	1.00	0.00
Portugal	2.25	2.25	1.75
Slovak Republic	..	1.75	0.25
Spain	2.00	2.50	3.00
Sweden	2.67	1.75	1.75
Switzerland	1.25	1.25	1.25
Turkey	..	4.25	4.25
United Kingdom	0.00	0.00	0.25
United States	0.00	0.00	0.00

Izvor: <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx>

UGOVORI O VALUTNOM I O KAMATNOM SWAPU^{1*}

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Mr. sc. Marta Božina Beroš
Odjel ekonomije i turizma,
Sveučilište u Puli

UDK: 336.78:347.4
Ur.: 23. prosinca 2008.
Pr.: 28. veljače 2009.
Pregledni znanstveni članak

Sažetak

Nakon dezintegracije monetarnog sustava uspostavljenog sporazumom iz Bretton Wooda i donošenja britanskih restriktivnih deviznih propisa razvili su se ugovori o valutnom swapu i ugovori o kamatnom swapu. Ugovori o valutnom swapu upravljani su na zaštitu od rizika promjene tečaja strane valute, a ugovori o kamatnom swapu na zaštitu od rizika varijabilne kamatne stope. Zaštita se u prvim ugovorima postiže tako što strane ugovaraju sadašnju razmjenu dvije valute po tečaju u vrijeme ugovaranja i ponovnu razmjenu istih valuta u obrnutim smjerovima nakon isteka ugovorenog vremena i po ugovorenom tečaju. Drugi podrazumijevaju postojanje ili nastanak obveze plaćanja kamata ugovornih strana prema trećim osobama, i to obvezu jedne strane da plaća kamatu po fiksnoj stopi i druge po varijabilnoj stopi. U svrhu zaštite od rizika promjene varijabilne kamatne stope te strane ugovaraju isplatu razlike između fiksne stope i varijabilne stope u vrijeme plaćanja.

Ugovori o valutnom i o kamatnom swapu ubrajaju se u financijske izvedenice, tj. u financijske instrumente koji su izvedeni iz drugih financijskih instrumenata, u ovom slučaju iz stranih valuta i kamata. Oni su prisutni u više hrvatskih propisa, a i u domaćoj poslovnoj praksi. U poslovnoj praksi redovito se ti ugovori ostvaruju sklapanjem najprije okvirnog ugovora, odnosno ISDA Master Agreementa, kojim se ugovaraju opći uvjeti pojedinih ugovora, koji se nakon toga sklapaju u obliku zaključnice, odnosno potvrde. Na koncu rada prikazuje se građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu u engleskom i njemačkom pravu te izvode zaključci o toj kvalifikaciji prema hrvatskom pravu. Posebno se razmatra pitanje valjanosti ugovora o swapu s obzirom na njihovu aleatornost.

Ključne riječi: bankovni ugovori, valutni swap, kamatni swap.

1 □ Rad je objavljen u Zborniku vol. 30 br. 1, 2009. str. 407-448. Zbog anonimnosti postupka recenziranja i kratkoće rokova za korekturu, mr. sc. Marta Božina Beroš izostavljena je kao suautorica rada. Uredništvo Zbornika ispričava se suautorici i rad uz navođenje svih autora u istovjetnom obliku ponovno objavljuje u ovom Zborniku vol. 30 br. 2, 2009.

1. Mjesto ugovora o swapu u trgovačkim poslovima

1.1. Uvodna napomena

U ekonomskoj literaturi i propisima ugovori o swapu uvršćuju se među financijske izvedenice (derivate, derivative), pa je prvo potrebno prikazati opći pojam izvedenice, a zatim pojam financijske izvedenice.

1.2. Pojam i temeljne vrste izvedenica

Pojam i vrste izvedenica objasniti će se prikazom činjeničnih okolnosti koje su odlučne za njihovo razumijevanje.

Prvu okolnost predstavlja činjenica da se tržišne cijene različitih dobara mijenjaju, često ovisno o okolnostima koje nisu predvidive. Npr. tržišna cijena žita u vrijeme žetve ovisi o veličini uroda: ako ukupni urod žita bude veći tržišna cijena će biti niža, a ako bude manji tržišna cijena će biti viša. Veličina uroda i dosljedno tržišna cijena žita u vrijeme žetve, je u vrijeme sjetve, odnosno u razdoblju do žetve nepoznata i ovisi, između ostalog, i o klimatskim prilikama koje predstavljaju nepredvidivu okolnost.

Troškovi proizvodnje žita proizvođaču su poznati prije žetve. Budući da njegova zarada ili gubitak ovise o tomu jesu li troškovi proizvodnje veći ili manji od tržišne cijene žita u vrijeme žetve, za njega postoji rizik da pretrpi gubitak ako bi tržišna cijena žita u vrijeme žetve bila niža od troškova proizvodnje. Ali ako proda urod prije žetve i po cijeni koja je viša od troškova proizvodnje, proizvođač je postigao zaradu i otklonio rizik gubitka zbog niže tržišne cijene u vrijeme žetve.

Rizik gubitka zbog neizvjesnosti koja će biti tržišna cijena žita u vrijeme žetve, snosi i prerađivač žita. On ga snosi zato što cijena koju plaća za žito čini dio njegovih troškova prerade, a ako bi ukupni troškovi prerade bili viši od cijene po kojoj može prodati prerađeno žito, on bi pretrpio gubitak. Stoga, ako prije žetve kupi žito po cijeni koja troškove prerade čini nižima od cijene po kojoj može prodati prerađeno žito, postići će zaradu i otkloniti rizik gubitka zbog moguće više tržišne cijene žita u vrijeme žetve.

Stoga proizvođač i prerađivač žita prije žetve sklapaju kupoprodajni ugovor kojim se prerađivač obvezuje proizvođaču platiti točno određenu cijenu, koja je neovisna o tržišnoj cijeni žita u vrijeme žetve.

Drugi mogući razlog, odnosno pobuda za sklapanje ovog ugovora je špekulacija.

Mogući kupac žita nije samo prerađivač nego i trgovac žitom. Iz dugoročnih vremenskih prognoza trgovac žitom zaključuje da će urod žita biti manji, odnosno cijena žita u vrijeme žetve viša od cijene po kojoj je proizvođač žita spreman prodati urod žita prije žetve, i taj trgovac kao kupac s proizvođačem kao prodavateljem sklopi kupoprodajni ugovor, očekujući da će kupljeno žito u vrijeme žetve moći prodati

skuplje no što ga je kupio. Njegova pobuda nije otklanjanje rizika gubitka, nego očekivanje dobitka².

Nakon sklapanja tog ugovora, iz novih vremenskih prognoza trgovac žitom zaključi da će urod biti veći, a tržišna cijena žita niža od očekivane, a možda i od ugovorene, tj. one koju se obvezao platiti proizvođaču žita. Pobuđen tim, on ponudi da drugome trgovcu žitom prenese sva prava i obveze iz prethodno sklopljenog kupoprodajnog ugovora i to za određenu cijenu. Drugi trgovac žitom drži da će tržišna cijena žita u vrijeme žetve biti viša od cijene koju nudi prvi trgovac te pobuđen očekivanjem zarade na razlici između tih cijena, prihvati ponudu.

Sklopljeni kupoprodajni ugovori nazivaju se terminski ugovori zato što je: (1) njihov predmet standardizirana generička roba, koja ima tekuću, odnosno tržišnu cijenu, (2) ugovorena određena cijena neovisna o tržišnoj cijeni u vrijeme ispunjenja ugovornih obveza.

Žito predstavlja «primarni proizvod»³, «temeljnu vrijednost»⁴, «referentnu imovinu»⁵, odnosno «vezanu imovinu»⁶, a kupoprodajni ugovor sklopljen (1) uz točno određenu cijenu žita neovisnu o njegovoj tržišnoj cijeni u vrijeme ispunjenja i (2) zbog smanjenja rizika gubitka ili zbog špekulacije, koji proizlaze iz neizvjesnosti koja će biti tržišna cijena žita u trenutku ispunjenja ugovornih obveza, predstavlja izvedenicu koja je izvedena iz žita kao «temeljne vrijednosti».

«Temeljna vrijednost» ili «primarni proizvod» osim svake trgovačke robe, uključujući posebno plemenite metale, mogu biti dionice i dionički indeksi, vrijednosni papiri s određenom kamatom i strane valute, pa se prema tomu predstavlja li temeljnu vrijednost roba ili jedan od upravo navedenih ostalih predmeta ugovora, izvedenice dijele na robne izvedenice i financijske izvedenice⁷. Dosljedno bi financijske izvedenice bile izvedene iz financijskih «primarnih proizvoda» u koje se ubrajaju dionice i dionički indeksi, vrijednosni papiri s određenom kamatom i strane valute. Osim toga, u primarne financijske proizvode mogu se ubrojiti i ugovori o kreditu, a za swapove su najvažnije strane valute s jedne strane i vrijednosni papiri s određenom kamatom i ugovori o kreditu s druge, jer strane valute predstavljaju primarni proizvod iz kojeg je izveden valutni swap, a vrijednosni papiri s određenom

2 Usp. Brealey, Richard A. – Myers, Stewart C.: *Principles of Corporate Finance*, 1988., s. 614.

3 Usp. Claussen, Carsten Peter: *Bank- und Boersenrecht*, 2. izd. (dalje: Claussen), s. 559.

4 Usp. Schwintowski, Hans-Peter – Schaefer, Frank A. : *Bankrecht*, 1997. (dalje: Schwintowski/Schaeffer), s. 873.

5 Benjamin, Joanna: *Financial Law*, 2007. (dalje: Benjamin), s. 69. Autorica navodi i kako su izvedenice prvobitno, odnosno izvorno izvedene iz roba, kako su bile poznate i u antičko vrijeme, te kako su se značajno razvile u 19. stoljeću.

6 Usp. Orsag, Silvije: *Vrijednosni papiri*, 2003. (dalje: Orsag), s. 725. – 730.

7 Schwintowski/Schaeffer, s. 873. Palandt: *Buergerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje (dalje: Palandt), s. 690 definira derivat kao prava koja su izvedena iz vrijednosnih papira, ali nisu zapisana kao što su prava iz vrijednosnih papira zapisana u ispravi i neodvojiva od isprave.

kamatom i ugovori o kreditu primarni proizvod iz kojeg je izveden kamatni swap⁸.

1.3. Položaj i važnost swapova prema ekonomskoj literaturi

Ekonomska literatura poznaje i rabi pojam financijskih tržišta, koja «omogućavaju razmjenu novčanih viškova i manjkova, tj. novca, kapitala i deviza...»⁹. Ta tržišta ova literatura dijeli na: (1) novčano tržište, (2) tržište kapitala, (3) devizno (valutno) tržište i (4) tržište izvedenih financijskih instrumenata (derivativa, izvedenica).

Devizno tržište ili devizno-valutno tržište¹⁰ je «... dio... financijskog tržišta na kojem se ... trguje stranim valutama...»¹¹, a najrašireniji instrumenti tog tržišta su: «terminski ugovori (forward ugovori), valutni futures ugovori (currency futures), valutni swap ugovori (currency swaps) i valutne opcije (currency options)»¹².

Iako bi izraz «trgovanje» mogao ostaviti nedoumice glede pravne kvalifikacije ugovora koji se sklapaju, Zakon o deviznom poslovanju¹³ te nedoumice otklanja izrijekom navodeći kako «tržište stranih sredstava plaćanja, ... obuhvaća sve poslove kupnje i prodaje stranih sredstava plaćanja»¹⁴, što znači da se radi o kupoprodajnim ugovorima čiji su predmet strana sredstva plaćanja, tj. «devize, strana gotovina, čekovi i ostali novčani instrumenti koji glase na stranu valutu i koji su unovčivi u stranoj valuti»¹⁵. Ugovori o valutnom swapu bili bi, dakle u vezi s kupoprodajnim ugovorima čiji predmet su strana sredstva plaćanja.

Pod tržištem izvedenih financijskih instrumenata (izvedenica, derivativa) ekonomska literatura uzima «tržišta financijskih instrumenata koji su izvedeni iz već postojećih financijskih instrumenata»¹⁶, a u izvedene financijske instrumente ubraja termenske ugovore, opcije i zamjene (SWAP) koje mogu biti kamatne, valutne ili ostale¹⁷. Razvidno je kako se ovdje izrazi «swap» i «zamjena» rabe kao sinonimi te kako bi se radilo o kamatnim, valutnim i ostalim «zamjenama» ili «swapovima», a važno je podrobnije analizirati pojmove «financijskih instrumenata» i «izvedenih financijskih instrumenata» (izvedenica, derivativa).

Financijske izvedenice bile bi «financijski instrumenti, najčešće vrijednosni papiri, kojima je vrijednost izvedena iz vrijednosti neke druge temeljitije varijable, što može biti bilo koja roba, financijski instrument, pa čak i neka druga financijska

8 Kamatni swap kao izvedenica kredita promatra se npr. u Hudson, Alastair (ur.): *Credit Derivatives, – Law, Regulation and Accounting Issues*, 1999. (dalje: Hudson, Credit). Stoga bi ovdje ugovor o kreditu bio «primarni proizvod» ili «temeljna vrijednost».

9 Leko, Vlado: *Financijske institucije i tržišta*, 2004. (dalje: Leko), s. 87.

10 Prvi izraz rabi Leko, s. 101., a drugi Lovrinović u Lovrinović, Ivan: *Novčano tržište srce financijskog tržišta*, 1997. (dalje: Lovrinović), s. 153.

11 Leko, s. 101.

12 Lovrinović, s. 153.

13 NN 96/03, 140/05 i 132/06 (dalje: ZDP).

14 Čl. 42. st. 1. ZDP.

15 Čl. 4. ZDP.

16 Lovrinović, s. 153.

17 Orsag, s. 670. – 682.

izvedenica»¹⁸, a nazivaju se i uvjetovane tražbine, jer su tražbine iz izvedenica uvjetovane tražbinama iz vrijednosnih papira iz kojih su izvedene.

Drugim riječima, financijske izvedenice bili bi financijski instrumenti izvedeni (derivirani) iz primarnih financijskih instrumenata, odnosno «čija je vrijednost izvedena iz neke druge imovine ili iz nekog drugog financijskog instrumenta»¹⁹. One se dijele, odnosno klasificiraju u četiri skupine, i to na terminske ugovore (futures, forwards), zamjene (swapove), opcije i ostale²⁰.

U poredbenoj literaturi navodi se kako su swapovi OTC-proizvodi, a OTC-proizvod su oni koji se sklapaju i odvijaju izvan burze. Tipičnim derivatima kojima se trguje izvan burze pripadaju, s jedne strane jednostavni terminski poslovi (forwards, devizni terminski poslovi, FRAs, swaps) i s druge opcije²¹. Osim izraza «derivati» (izvedenice) rabi se i izraz financijske inovacije, te se financijske inovacije, odnosno izvedenice uvršćuju u četiri skupine: opcijski poslovi, terminski poslovi, swapovi, a u širem smislu ovdje pripadaju i zajmovi vrijednosnih papira²². Zastupa se i gledište kako su swapovi nestandardizirani izvedeni financijski instrumenti²³.

2. Povijesne okolnosti i nastanak swapova

2.1. Sporazum iz Bretton Woodsa

Pred kraj Drugog svjetskog rata, u srpnju 1944., politički vrh savezničkih država sastao se na UN-ovoj međunarodnoj monetarnoj i financijskoj konferenciji u Bretton Woodu. Ekonomski rezultat ovog političkog dijaloga, ali i rasprave između Keynesa i Whitea bio je sporazum, koji je ustrojio međudržavne financijske i trgovinske odnose u skladu sa njihovim političkim pregovaračkim pozicijama, ali i ekonomskim zahtjevima. Uspostavio je novi svjetski sustav financijskih propisa, institucija i postupaka kojima se uređivao tada postojeći međunarodni monetarni poredak.

Utemeljenjem Međunarodnog monetarnog fonda (u daljnjem tekstu MMF) i Međunarodne banke za obnovu i razvoj (današnje sastavnice Svjetske banke) Bretonvudski sporazum utjecao je i praktično na svjetska monetarna zbivanja tako što je prvi puta u povijesti institucionalizirana međunarodna monetarna suradnja. MMF-ovo djelovanje bilo je usmjereno na stabilizaciju deviznih tečajeva, unaprjeđenje multilateralnog sustava plaćanja, postizanje ravnoteže međunarodne razmjene, i dr. U svrhu postizanja tih ciljeva MMF se koristio politikom deviznih tečajeva i sustavom kvota.

18 Orsag, s. 662.

19 Orsag, s. 659.

20 Prema Orsag, s. 671., osim opcija ovdje se uvršćuju terminski poslovi, swapovi (zamjene) i zajmovi vrijednosnih papira.

21 Nobel, Peter: *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 2. izd., s. 40.

22 Claussen, s. 560.

23 Zobl, Dieter – Kramer, Stefan: *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, 2004. (dalje: Zobl/Kramer), s. s. 216. – 217. Za pojam financijskih izvedenica *de lege lata* v. niže «Swap u hrvatskim propisima».

Devizni tečajevi prema politici MMF-a bili su fiksni i utvrđeni prema paritetnom tečaju u odnosu na zlato (tzv. *peg*), odnosno na USD koji je određen kao međunarodna rezervna valuta²⁴. Nije, dakle postojao rizik promjene valutnih tečajeva, a time ni rizik gubitka koji bi proizlazio iz toga.

Dodatno, bretonvudski sporazum onemogućio je slobodno kretanje kapitala, u prvom redu stranih valuta uslijed uspostavljenih deviznih ograničenja i strogih financijskih propisa koji su bitno otežali prijenos valuta između subjekata iz različitih država. U vezi s nastankom swapova, osobito treba spomenuti britanske devizne propise, odnosno ograničenja koja su ti propisi sadržavali. Oni su restriktivno određivali iznos nacionalne valute koju su domaći pravni subjekti mogli investirati (odnosno doznačiti) u inozemstvo. Jednako striktni bili su i prema mogućnosti zaduživanja stranih pravnih osoba – investitora, na britanskom financijskom tržištu.

2.2. *Dezintegracija postojećeg sustava*

Kako je u tom sustavu USD faktički bio vodeća svjetska valuta, nepovoljne političko-ekonomske okolnosti 70-ih godina prošlog stoljeća dovele su to toga da SAD više nije imao gospodarski interes za održavanjem postojećeg čvrstog pariteta stranih valuta. Stoga je SAD, oko 1971. odlučio staviti izvan snage dio sporazuma iz kojeg proizlazi takav paritet stranih valuta. Uspostavljeno je slobodno kretanje deviznih tečajeva, što je rezultiralo nastankom rizika gubitka u poslovanju zbog mogućih promjena u vrijednosti valuta, ali i pojavom financijskih špekulacija²⁵.

U uzročnoj vezi sa slobodnim kretanjem, odnosno promjenjivošću deviznih tečajeva, povećana je i mogućnost i učestalost promjene kamatnih stopa od strane središnjih banaka. U takvim uvjetima subjekti preferiraju promjenjivu kamatnu stopu kod odobravanja zajmova, odnosno kredita i izdavanja obveznica.

Za razumijevanje swapa, osim svega rečenog, potrebno je posebno istaći kako postoji kontinuirana ekonomska potreba za pribavljanjem novčanih sredstava u stranoj valuti i uz što niže troškove, tj. što nižu kamatu. Zbog te potrebe subjekti se kontinuirano zadužuju, uzimajući zajmove, odnosno kredite i izdavajući vrijednosne papire čijom prodajom pribavljaju novčana sredstva. Istovremeno, zbog nastanka spomenutih rizika, subjekti su zainteresirani za pronalaženje odgovarajućih metoda zaštite od posljedica koje ti rizici mogu uzrokovati.

Ugovorima o swapu ti se rizici smanjuju. Dapače, «velika potreba za osiguranjem od rizika promjene valutnih tečajeva i kamatnih stopa bila je zadovoljena swapovima, terminskim ugovorima, opcijama...»²⁶.

24 Utvrđeni devizni tečaj pojedine valute mogao je fluktuirati unutar raspona od +/- 1%, a u slučaju ozbiljnijih poremećaja platne bilance države, dopuštala se revaloracija i devaloracija valute uz prethodnu suglasnost MMF-a.

25 Pod financijskim špekulacijama mogu se uzeti poslovi koji se temelje na očekivanjima promjene vrijednosti, npr. stranih valuta i promjene kamatnih stopa, u svrhu zarade.

26 Benjamin, s. 65.

2.3. «Paralelni zajam» i «uzajamni zajam»

Prije pojave swapova nastali su «paralelni zajam» i «uzajamni zajam».

Prvo je nastao «paralelni zajam». Ovaj ugovor predstavlja sporazum dvaju subjekata (redovito pravnih osoba, odnosno trgovačkih društava) kojima oni preuzimaju istovremenu i uzajamnu novčanu obvezu međusobne razmjene određenog iznosa vlastitih, domaćih valuta na određeno vremensko razdoblje te uzajamni povrat primljenih iznosa uz plaćanje ugovorenih kamata. Složenost strukture ovog ugovora u praksi rezultirala je pojavom mnogih pravnih dvojbi pri izvršavanju samog ugovora koje su se redovito vezivale uz rizik neispunjenja²⁷.

Maksimalno pojednostavljivanje izložene poslovne tehnike i njeno uobličavanje u “pravno prihvatljiviji” oblik rezultiralo je stvaranjem, tzv. *back-to-back loans*, odnosno “uzajamnih zajmova”. Ovim se ugovorom njegovi subjekti obvezuju da će jedan drugome dati u zajam određeni novčani iznos u različitoj valuti na određeno vrijeme uz obvezu međusobnog plaćanja ugovorene vrste i visine kamata na primljeni iznos. Istekom ugovorenog roka, dolazi do međusobnog povrata primljenih iznosa u primljenoj valuti, čime dolazi do ispunjenja ugovora i njegova prestanka²⁸. Iz izloženog sadržaja i postupka primjene “paralelnog zajma” moguće je prepoznati sličnosti s ugovorom o kamatnom *swapu*, dok se ugovorni model “uzajamnih zajmova” vezuje uz razvoj današnjeg ugovora o valutnom *swapu*.

Paralelne zajmove i uzajamne zajmove postupno su zamijenili ugovori o *swapu*.

2.4. Počeci ugovora o *swapu*

Za razliku od svojih ugovornih prethodnika, *swapovi* nude veću fleksibilnost ugovaranja te strukturiranja ovih financijskih instrumenata “po mjeri” odnosno želji njihovih korisnika (tzv. *bespoke financial products*). *Swapovi* su ovisni o kretanjima kamatnih stopa i onima na deviznom tržištu, s obzirom na to da ova kretanja izravno utječu na uspješnost tržišta *swapovima*.

Prvi ugovor o *swapu* sklopljen je već 1976. godine između nizozemskog trgovačkog društava Bos Kalis Westminister i Imperial Chemical Industries Finance Ltd. London, preko Goldman Sachsa i Continental Illinois Ltd. kao financijskog posrednika (tzv. *swap facilitator*). Međutim podaci o ovom aranžmanu nisu bili obavljani s obzirom na to da je Goldman Sachs ugovaranje cijele financijske transakcije tretirao kao tadašnju stratešku poslovnu prednost²⁹.

Za primjer prvoga sklopljenog ugovora o kamatnom *swapu* ekonomska literatura uzima ugovor sklopljen u kolovozu 1981. godine između IBM-a i Svjetske

27 O tome vidi Strahinjić, Ratko: Ugovor o valutnom i kamatnom *swapu*, Magistarski rad, Pravni fakultet, Zagreb, 1991. (dalje: Strahinjić), s. 9.

28 Ibid.

29 Vidi Gengatharen, R.: *Derivatives Law and Regulation*, Kluwer Law International, London 2001, (dalje: Gengatharen), s.11.

banke kojim se Svjetska banka obvezala servisirati (podmiriti) postojeći dug IBM-a denominiran u švicarskim francima (CHF) i tadašnjoj njemačkoj marki (DEM), dok se IBM zauzvrat obvezao podmiriti postojeći dug Svjetske banke denominiran u američkim dolarima (USD)³⁰. Ovaj ugovor o kamatnom *swapu* prekretnica je razvoja tržišta *swapovima*, s obzirom na to da je neupitan poslovni ugled stranaka predmetnog ugovora zajamčio isplativost ovog financijskog instrumenta.

Kao prvi *cross currency floating to fixed rate swap* navodi se ugovor sklopljen 1981. godine između francuskog automobilskeg proizvođača Renault i japanskog trgovačkog društva za trgovanje vrijednosnicama Yamaichi Securities Co. Radi financiranja poslovnog pothvata u Japanu, Renault je bio zainteresiran za zaduživanje u jenima uz fiksnu kamatu, koju zbog tadašnjih nacionalnih propisa, nije mogao pribaviti na japanskom financijskom tržištu. Na raspolaganju su mu bile kreditne linije denominirane u američkim dolarima uz promjenjivu kamatu. Istovremeno, Yamaichi Securities Co. raspolagao je značajnim iznosima u domaćoj valuti, doznačenih od strane japanskih investitora u svrhu kupnje američkih obveznica s promjenjivom kamatnom stopom (tzv. *Floating Rate Notes*) koje glase na američke dolare. Renault i Yamaichi Securities Co. sklopili su ugovor o valutnom swapu temeljem kojeg je francuski automobilski proizvođač pribavio potrebni iznos jena na koje je plaćao fiksnu kamatu Yamaichiju, dok je Yamaichi na primljeni valutni iznos u američkim dolarima plaćao Renaultu promjenjivu kamatu, koju je isplaćivao iz kupljenih obveznica. Po isteku ugovorenog vremena ugovorne strane međusobno su razmijenile primljene valutne iznose³¹.

3. Pojam i vrste swapa

3.1. Uvodna napomena

Temeljne vrste swapova su valutni swap i kamatni swap. Oni se često prikazuju zajedno, ali poglavito zbog toga što su i jedan i drugi financijske izvedenice i zbog temeljno istovjetne svrhe, a to je otklanjanje rizika promjene vrijednosti kod primarnog instrumenta iz kojeg su izvedeni. Odnosno, zbog otklanjanja rizika gubitka koji bi nastao uslijed promjene vrijednosti strane valute, što je svrha valutnog swapa, odnosno promjene kamatne stope u kreditu koji je od trećeg uzela ugovorna strana ili na vrijednosni papir koji je izdala ta strana, što je svrha kamatnog swapa³².

30 Vidi Hull, J.C.: *Options, Futures and Other Derivatives*, 6th ed., Prentice Hall, New Jersey 2006. (dalje: Hull) s. 149,

Kolb, R.W.: *Futures, Options, and Swaps*, 4th ed., Blackwell Publishing, London, 2003. (dalje: Kolb), s. 670.

31 Vidi Strahinjić, s. 55.

32 Prema Benjamin, s. 67. «swapovi se široko koriste u upravljanju financijskim rizicima, uključujući naročito kamatni, valutni, tržišni i kreditni rizik» pri čemu se pod kamatnim rizikom uzima rizik gubitka povezan s promjenama promjenjive kamatne stope, a valutnim rizikom rizik gubitka povezan s promjenama u relativnoj vrijednosti razlika valuta.

No, kako u drugim činjeničnim okolnostima i pravnim pitanjima glede temeljnih vrsta swapova ima malo zajedničkih elemenata, pojam i vrste swapova dalje će se prikazati zasebno.

3.2. Valutni swap

Ugovorom o valutnom swapu ugovorne strane uzajamno se obvezuju, prvo razmijeniti, odnosno jedna drugoj isplatiti, novčane svote u dvjema različitim valutama, ali iste vrijednosti. Odnosno uz primjenu tečaja u vrijeme isplate, a nakon ugovorenog vremena ponovno razmijeniti, odnosno isplatiti, iste vrijednosti u istim valutama, sada u obrnutom smjeru.

Pri drugoj razmjeni tih različitih valuta primjenjuje se isti tečaj koji se primjenjivao pri prvoj razmjeni³³, odnosno one se razmjenjuju po terminskom tečaju³⁴.

Osim što strane ugovaraju dvostruku razmjenu, međusobne isplate, jednake vrijednosti u različitim valutama, one uz to ugovaraju i međusobna plaćanja kamata na primljene svote³⁵, iako se u dijelu literature plaćanje kamata ne spominje u vezi s pojmom, tzv. «čistog» valutnog swapa³⁶.

Drugim riječima, ispunjenje “klasičnog” ugovora o valutnom *swapu* obično se sastoji od tri ugovorne etape s karakterističnim prestacijama. Kontrahenti najprije međusobno isplaćuju ugovorene valutne iznose čija se visina određuje po promptnom tečaju predmetne valute prema nekoj drugoj ugovorenoj valuti na dan samog sklapanja ugovora. Sljedeća etapa kod ispunjenja ugovora sastoji se u međusobnom plaćanju ugovorene kamate na primljeni iznos strane valute, prema prethodno utvrđenoj dinamici, a tijekom ugovorenog vremena trajanja ugovora. Na kraju, istekom ugovorenog vremena trajanja ugovora, dolazi do međusobnog povrata prethodno primljenih valutnih iznosa, čija je visina utvrđena na dan sklapanja ugovora sukladno terminskom tečaju valuta³⁷.

Ugovor o valutnom swapu možemo podijeliti na tri različite vrste prema vrsti kamatne stope prema kojoj se određuje kamata, koju se strane obvezuju plaćati:

- klasični valutni swap, ako su obje ugovorene stope fiksne,
- *cross currency floating to fixed rate swap*, ako je jedna ugovorena stopa fiksna, a druga promjenjiva i
- *cross currency floating to floating rate swap*, ako su obje ugovorene stope promjenjive.

Ovo razlikovanje vrsta valutnog swapa proizlazi iz različitih ekonomskih interesa i financijskih pozicija ugovornih strana. Jednostavno govoreći, klasičnim

33 Kraemer, Lutz: *Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis*, 1999. (dalje: Kraemer), s. 86.

34 Schwintowski/Schaefer, s. 911.

35 Kraemer s. 86.

36 Schwintowski/Schaefer, s. 911.

37 Vidi Hudson, A.: *The Law on Financial Derivatives*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London 2002. (dalje: Hudson, *The Law*), s. 62.

valutnim swapom otklanja se rizik promjene tečaja strane valute. Kod *currency floating to fixed rate swap* uključen je rizik promjene kamatnih stopa, ali samo kod jedne ugovorne strane, a u slučaju *cross currency floating to floating rate swap* taj je rizik uključen kod obje ugovorne strane.

Posljednje dvije vrste valutnog swapa u literaturi se ponekad izdvajaju iz podjele swapova na kamatne i valutne, i to kao posebna vrsta swapa, kombinirani valutno-kamatni swap³⁸.

3.3. Kamatni swap

Iako se ugovor o kamatnom swapu neobično često naziva «zamjenom kamatnih stopa» (interest rate swap), odnosno ugovorom o zamjeni kamatnih stopa³⁹, tim ugovorom strane ne zamjenjuju kamatne stope – što je doslovno uzeto i nemoguće – niti razmjenjuju kamatne obveze koje imaju prema trećim osobama, a naziv ovog ugovora proizlazi iz ekonomskih učinaka koje njegovo sklapanje i ispunjenje ima za ugovorne strane. Dapače, u pretežno ekonomskoj literaturi, navodi se kako ugovor o kamatnom swapu predstavlja sporazum između dvaju subjekata kojima se oni obvezuju razmijeniti određene kamatne obveze unutar unaprijed određenog vremenskog razdoblja, na temelju prethodno utvrđenog iznosa glavnice⁴⁰. Te, kako njime ugovorne strane preuzimaju međusobnu novčanu obvezu o isplati ugovorene vrste i visine kamate tijekom određenog vremena i prema određenoj dinamici (periodična plaćanja), na istu valutu i isti iznos glavnice⁴¹.

Umjesto toga, za razumijevanje kamatnog swapa treba reći slijedeće.

On je izveden iz ugovora o kreditu⁴² ili drugoga pravnog odnosa koji postoji između strana ugovora o swapu i trećih osoba, u kojima strane ugovora o swapu prema trećim osobama imaju obvezu plaćanja kamata. Strana koja trećem vjerovniku plaća ugovornu kamatu po promjenjivoj (varijabilnoj) stopi izložena je riziku povećanja kamatnih stopa, odnosno riziku povećanja svote koju je kao kamate dužna plaćati tom vjerovniku. Druga strana trećem vjerovniku plaća ugovornu kamatu po fiksnoj stopi. Ako prva strana u razdoblju do potpunog ispunjenja njene obveze prema trećem vjerovniku očekuje povećanje kamatnih stopa, a druga strana smanjenje, prvoj je strani u interesu plaćanje kamata po fiksnoj stopi, a drugoj po promjenjivoj stopi.

Stoga one sklapaju ugovor kojim se druga strana obvezuje plaćati prvoj kamate po promjenjivoj stopi, a prva strana drugoj po fiksnoj stopi i to na istu glavnici, a ta odgovara glavnici duga, i jedne, i druge strane prema trećim vjerovnicima. Drugim riječima, druga strana plaćat će prvoj strani svote, koje prva strana kao kamate plaća

38 Schwintowski/Schaefer, s. 910.

39 Npr. Benjamin, s. 67. rabi izraz «interest rate swap».

40 Rose, S. P.: *Commercial Bank Management*, Richard D. Irwin, Inc., Boston 1991. (dalje: Rose).

41 Vidi Strahinjić, s. 35.

42 Kamatni swap kao izvedenica kredita promatra se npr. u Hudson, Credit. Stoga bi ovdje ugovor o kreditu bio «primarni proizvod» ili «temeljna vrijednost».

svom vjerovniku (uz primjenu promjenjive kamatne stope), a prva strana plaćat će drugoj strani svote, koje druga strana kao kamate plaća svom vjerovniku (uz primjenu fiksne kamatne stope).

Nakon prijeloja međusobnih tražbina prve i druge strane, jedna strana razliku isplaćuje drugoj⁴³. Ako stopa promjenjive kamate bude povećana u odnosu na stopu fiksne kamate, obveza druge strane će biti veća od obveze prve i razliku će druga strana isplatiti prvoj. Ako stopa promjenjive kamate bude smanjena u odnosu na stopu fiksne kamate, veća će biti obveza prve strane i ona će razliku isplatiti drugoj. U prvom će slučaju svota koju druga strana plaća prvoj, odgovarati povećanju svote koju prva strana plaća trećem vjerovniku, što znači da njena imovina neće biti smanjena zbog povećanja (promjenjive) kamatne stope. U drugom će slučaju za svotu, koju prva strana plaća drugoj, imovina druge strane biti povećana, jer će od prve primiti veću svotu od svote koju duguje trećem vjerovniku kao kamatu (po fiksnoj stopi).

Dosljedno tomu, u literaturi se navodi kako pri temeljnom obliku kamatnog swapa strane ugovaraju, tijekom ugovorenog razdoblja, razmijeniti novčane isplate u istoj valuti. Kod navedenog, jedna strana preuzima drugoj isplate «kamata» po fiksnoj stopi na fiktivni nominalni iznos, a zauzvrat se druga obvezuje prvoj na isti fiktivni nominalni iznos isplate «kamata» po varijabilnoj stopi⁴⁴. Ili, drugim riječima, pri tipičnom kamatnom swapu strane ugovaraju da tijekom trajanja ugovora A plaća B čvrsti iznos a B, A varijabilni iznos, a oba na istovjetnu nominalnu svotu kao fiktivnu veličinu na koju se ti iznosi obračunavaju⁴⁵. Također, kamatni swap je «... sporazum između dviju stranaka o međusobnoj periodičnoj isplati određenih iznosa denominiranih u istoj valuti»⁴⁶.

Posebno, pak, treba naglasiti da kod kamatnog swapa strane ne isplaćuju glavnice⁴⁷.

Praksa je stvorila nekoliko vrsta ugovora o kamatnom swapu od kojih su prve dvije osnovne:

- **kuponski kamatni swap** (tzv. *plain vanilla interest rate swap, coupon swap*)
i
- **bazni kamatni swap**.

Kasnih osamdesetih godina dvadesetog stoljeća razvile su se nove vrste financijskih izvedenica temeljenih na ugovoru o swapu, koje se nazivaju *fully paid transactions*)⁴⁸ i to su *floor, cap* i *collar*.

43 Prema Henderson, S. K.: Henderson on Derivatives, LexisNexis Butterworths, London 2003. (dalje: Henderson) s. 45.: «where the variable, or floating amount is greater than the fixed rate amount, then it is surplus of that floating amount over the fixed one which is payable by the party owing that floating amount, and vice versa.».

44 Schwintowski/Schaefer, s. 911.

45 Kraemer s. 79.

46 Vidi Hudson, The Law, s. 50.

47 Claussen, s. 380

48 Vidi Henderson, s. 45.

4. Ekonomska analiza swapova

4.1. Općenito

Unutar područja financijskih izvedenica ugovori o zamjeni ili *ugovori o swapu* zauzimaju vodeće mjesto, u smislu učestalosti njihove uporabe u međunarodnim financijskim transakcijama te u pogledu udjela koji ovi financijski instrumenti zauzimaju unutar ukupne vrijednosti tržišta financijskim izvedenicama⁴⁹. Ugovore o *swapu* kao financijski instrument izuzetno prilagodljive financijsko-pravne strukture, poput ostalih financijskih izvedenica, karakterizira složeni odnos uzajamne povezanosti financijskih i pravnih elemenata unutar integralne, autohtone cjeline.

Swapovi su imali presudan utjecaj na sektore financiranja, omogućujući društvima ulazak u nova tržišta kapitala te iskorištavanje prednosti inovativnih proizvoda bez povećanja rizika. Njihova uporaba, u skladu s općenitim karakteristikama financijskih izvedenica, omogućuje učinkovitije upravljanje tržišnim rizicima, smanjenje troškova financiranja, veću diversifikaciju portfelja i uvećani prinos na uložena sredstva. Konkretnije, ugovor o valutnom *swapu* omogućava sudionicima na tržištu sniženje troškova vezanih uz upravljanje sa stranom valutom, pomoću arbitraže⁵⁰ njihova relativnog pristupa različitim deviznim tržištima. Valutni *swap* najčešće se koristi kod dugoročnog financiranja u stranoj valuti te u slučaju potrebe povećanja likvidnosti na tržištu. Kao što je već rečeno, ovaj ugovor pretvara ekonomske slabosti – poput segmentacije tržišta kapitala, u prednost koristeći se metodama porezne, pravne i tržišne arbitraže.

4.2. Valutni swap

Ekonomska analiza ugovora o valutnom swapu vezana je uz međunarodno tržište kapitala. Iako suvremena financijska teorija smatra kako je među svjetskim financijskim tržištima postignut zadovoljavajući stupanj harmonizacije i integracije, brojna empirijska istraživanja dokazuju kako su svjetska tržišta kapitala izrazito

49 Eksponencijalni rast vrijednosti tržišta ovih financijskih instrumenata jedinstvena je pojava modernih financija. Radi se o najbržem razvoju i rastu u vrijednosti pojedinog financijskog instrumenta u povijesti financija općenito. Godine 2005., vrijednost tržišta swapovima prešla je nominalnu vrijednost od 180 trilijuna američkih dolara. Vidi Kolb, s. 660.

50 Arbitraža, sukladno definiciji ponuđenoj u Rječniku bankarstva (Leko, V. (ur): Rječnik bankarstva, Masmedia, Zagreb, 2003., str. 26.), jest prosudba, ostvarivanje dobiti ili profitiranje na temelju trgovanja istim vrijednosnicama, valutama ili robom, unutar dva ili više tržišta. Pretpostavka arbitraže jest postojanje inherentne nepravilnosti tržišta. Arbitraža omogućuje uspješniju trgovinu unutar tržišta na kojima se djeluje.

segmentirana⁵¹. Ekonomsku motivaciju za sklapanje ugovora o valutnom *swapu* možemo razložiti zahvaljujući pretpostavci nesavršenosti financijskog tržišta. Ne ulazeći zasebno u cjelovitu analizu tržišne asimetrije, naše razlaganje temeljimo na tezi tržišne neefikasnosti u slučaju zaduživanja dvaju subjekata (redovito trgovačkih društava) na određenom financijskom tržištu i pojave, tzv. komparativne prednosti - u smislu nižeg troška zaduživanja čime je jednom od subjekata omogućena strateška prednost naspram drugog⁵².

U tom pogledu, analizu poslovne tehnike sklapanja i izvršavanja ugovora o valutnom swapu moguće je razložiti na jednostavnom modelu dvaju država, uzmimo Francusku i Sjedinjene Američke Države. Pretpostavimo kako se trgovačko društvo sa sjedištem u Francuskoj relativno jednostavno može zadužiti na francuskom tržištu kapitala, no njegov je pristup američkom financijskom tržištu (pretpostavimo da ondje želi investirati i ostvariti svoj kredit) i tamošnjim investitorima otežan. Isto vrijedi i za suprotnu situaciju u kojoj bi se jedno američko trgovačko društvo željelo zadužiti na francuskom tržištu kapitala radi financiranja određene investicije u toj državi⁵³. Pretpostavimo da je društvo A francusko trgovačko društvo koje se može zadužiti u eurima po kamatnoj stopi od 7%, dok američko trgovačko društvo – društvo B, to isto može učiniti po kamatnoj stopi od 8%. Istovremeno, društvo B može ostvariti kredit denominiran u američkim dolarima po kamatnoj stopi od 9% dok društvo A može pozajmiti potrebna sredstva na američkom tržištu kapitala po višoj kamatnoj stopi od 10%. Komparativne prednosti društva A vezane su uz zaduživanje u eurima, dok su one društva B vezane uz zaduživanje u američkim dolarima. Pod uvjetom prethodnog pribavljanja novčanih sredstava u skladu s vlastitim strateškim prednostima na domaćem tržištu kapitala, društva A i B mogu pristupiti sklapanju ugovora o valutnom *swapu*.

Neefikasnost financijskog tržišta jest u tomu što će investitori različito vrednovati i pristupati stranim sudionicima na tržištu od onih domaćih, čime ovi potonji stječu stratešku, komparativnu prednost.

Dakle, temeljni ekonomski razlog sklapanja ugovora o valutnom sklopu je smanjenje troškova zaduživanja na inozemnom tržištu kapitala pomoću svojevrzne arbitraže u smislu odabira tržišta kapitala. U tom pogledu ugovor o valutnom swapu pogodan je alternativan izvor financiranja.

Nadalje, ekonomska svrha ovog ugovora može biti i zaštita od rizika promjena

51 U smislu njihove ograničenosti državnim područjem i nacionalnim pravnim sustavom unutar kojeg djeluju. Ova segmentacija tržišta kapitala većinom je posljedica državnih restrikcija na sastav međunarodnog portfelja pojedinih investitora. O tome vidi istraživanje Bonser-Neal, C. G., Brauer, R. N., Wheatley, S.: *International Investments Restrictions and Closed-End Country Fund Prices*, *The Journal of Finance*, Vol. 45 (2), lipanj 1990, American Finance Association, s. 523-547.

52 Primjerice, trgovačko društvo može imati sjedište u državi na čijem se tržištu zadužuje, nadalje može biti bolje informiran o prilikama na tržištu, može biti u boljoj poslovnoj poziciji (bonitet, kreditna sposobnost) od svog suugovaratelja, itd.

53 Primjer preuzet iz Kolb, s. 668.

u vrijednosti valuta, odnosno deviznog tečaja. Primjerice, ukoliko neko trgovačko društvo želi investirati u američkim dolarima a većina njegove financijske imovine denominirana je u eurima, valutnim *swapom* može se učinkovito zaštititi od rizika promjena u tečajnoj vrijednosti razmjene eura i američkog dolara (tzv. *hedging*).

Ubrzani razvoj i široka primjena valutnog swapa može se zahvaliti i aktualnim računovodstvenim metodama i financijskog izvještavanja.

4.3. Kamatni swap

Učestalost sklapanja i primjene ovog ugovora govori o njegovoj izuzetnoj prilagodljivosti kao financijskog instrumenta koja se izravno nastavlja na tzv. komparativne prednosti koje pojedini sudionici na tržištu koriste kao svoju stratešku prednost u poslovanju. Kod ugovora o kamatnom swapu, radi se da pojedina trgovačka društva mogu ostvariti povoljnije uvjete financiranja (niži trošak zaduživanja) na tržištu, zahvaljujući boljem poznavanju tržišnih prilika, ali i vlastitom, dosljednom, poslovnom bonitetu i kreditnoj klasi. U praktičnom smislu to znači kako će navedeni čimbenici odlučujuće utjecati na ukupni trošak financiranja subjekta s obzirom na to da će se u skladu s njima obračunavati kamate na pozajmljena sredstva, računati visina premije za rizik te visina ostalih naknada i drugi uvjeti zaduživanja.

Uzmemo li kao primjer poslovne banke (većina europsko-kontinentalnih financijskih tržišta je tradicionalno temeljena na bankama, tzv. bankocentričnost) jasno je kako se dio njihova posla sastoji u povećanju prinosa na uložena sredstva (aktiva bilance). Poslovne banke svoja ulaganja financiraju prikupljenim sredstvima (pasiva bilance) koja su, međutim, različite ročnosti i kamatnih stopa (neusklađenost aktive i pasive). Primjerice, banka može na uložena sredstva naplaćivati fiksnu kamatu dok na prikupljena sredstva isplaćuje promjenjivu kamatu (vrijedi i suprotni slučaj). U tom pogledu nepovoljna kretanja kamatnih stopa na tržištu, dakle smanjenje aktivnih i povećanje pasivnih kamatnih stopa imali bi negativne učinke na bančino poslovanje, odnosno njen račun dobiti i gubitka i na novčane tijekove.

Navedeno je moguće razjasniti na sljedećem primjeru. Pretpostavimo da se ugovor o kamatnom *swapu* sklapa na vrijeme od pet godina (tzv. *tenor*), te da se temelji na glavnici od 1 milijuna USD (tzv. *notional amount*, *notional principal amount*) uz godišnje plaćanje kamata. Pretpostavimo da se društvo A obvezuje plaćati fiksnu kamatu od 9% društvu B na navedenu glavnici, a zauzvrat se društvo B obvezuje

plaćati promjenjivu kamatu, prema LIBOR-u⁵⁴ (tzv. *LIBOR flat*), društvu A. Dakle, društvo A plaća društvu B 9% kamate na glavnici od 1 milijuna USD na godinu, što iznosi 90.000 USD⁵⁵. Društvo B plaća društvu A kamate na istu glavnici ovisno o kretanjima LIBOR-a na tržištu. S obzirom na to da se kamate isplaćuju godišnje, neka i u ovom primjeru referencijalna stopa LIBOR-a bude ona za kredite od godine dana. Pretpostavimo da jednogodišnji LIBOR iznosi 8.75% na dan sklapanja ugovora o kamatnom swapu ($t = 0$). Buduća kretanja LIBOR-a nisu poznata kontrahentima. Općenito možemo zaključiti kako će iznos na ime promjenjivog LIBOR-a na kraju svakog razdoblja t , biti $t \cdot I$. Kako se u izloženom primjeru kamatni swap ugovara u petogodišnjem trajanju, kažemo da ugovor ima pet određenih datuma plaćanja (tzv. *determination dates*)⁵⁶ koji su određeni na svaku godinu trajanja ugovora, dakle 0, 1, 2, 3 i 4 te pet datuma dospjeća (tzv. *payment date*). Datum plaćanja je godinu dana kasnije od datuma utvrđivanja plaćanja⁵⁷. Dakle, vrijednosti LIBOR-a će se bilježiti od početka izvršavanja ugovora o kamatnom swapu te će se na temelju toga odrediti njegova vrijednost po završetku prvog razdoblja. Kako smo pretpostavili da će LIBOR na dan sklapanja ugovora iznositi 8.75%, možemo zaključiti kako će prvi iznos koji će društvo B platiti na ime kamata biti 87.500 USD. Sukladno tomu, drugi iznos koji društvo B mora platiti nastupa u vrijeme $t = 2$ i jednak je vrijednosti LIBOR-a temeljem njegovih kretanja u vrijeme $t = 1$.

54 LIBOR je međubankovna, ponudbena kamatna stopa koja se obračunava na međusobne kredite banaka prvorazrednog kreditnog rejtinga, na tržištu kapitala u Londonu. Dospjeće ovih kredita može biti različito – od mjesec do godine dana. Radi se o promjenjivoj kamatnoj stopi koja odražava bankarske troškove prikupljana sredstava na tržištu novca u svrhu daljnjih plasmana. Vrijednost LIBOR-a utvrđuje se svakodnevno i objavljuje ju Britansko udruženje bankara (British Bankers' Association) nakon 11.00 h ujutro, po londonskom vremenu. Referencijalna je stopa za GBP, USD, EUR, YEN, CHF, i dr.

55 Upravo stoga što se iznos glavnice ne "razmjenjuje" među strankama ugovora, već se samo koristi kao temeljni iznos za obračun kamata, u literaturi se naziva *notional amount*.

56 "...the dates at which the amount of payments due from each party are determined."
Vidi Kolb, s. 664.

57 Općenito, kod ove vrste kamatnog *swap*a datum plaćanja slijedi jedan vremenski period kasnije od datuma samog utvrđivanja plaćanja. Većina *swap*ova se uređuje tako da se iznosi unaprijed utvrđuju a zatim podmiruju kao dug ("Most swaps are determined in advance and paid in arrears." Ibid.).

NOVČANI TIJEK KOD KLASIČNOG UGOVORA O KAMATNOM SWAPU

god	LIBOR _t	iznos promjenjive kamate društvo B plaća društvu A	iznos fiksne kamate društvo A plaća društvu B
0	8.75%		
1	LIBOR ₁ = ?	LIBOR ₀ x 1.000.000. USD = 87.500 USD	90.000 USD
2	LIBOR ₂ = ?	LIBOR ₁ x 1.000.000. USD	90.000 USD
3	LIBOR ₃ = ?	LIBOR ₂ x 1.000.000. USD	90.000 USD
4	LIBOR ₄ = ?	LIBOR ₃ x 1.000.000. USD	90.000 USD
5	N/A	LIBOR ₄ x 1.000.000. USD	90.000 USD

* preuzeto iz Kolb, s. 663.

Kao i kod valutnog swapa, ugovor o kamatnom swapu putem arbitraže pronalazi jedinstveno rješenje prema konkretnim potrebama određenog subjekta, koristeći se opet metodom arbitraže – porezne, pravne (u smislu pozitivnopravnog uređenja), kamatne i dr.

4.4. Ekonomska svrha

Ugovorom o kamatnom swapu ostvaruje se zaštita (*hedging*) od rizika promjene kamatnih stopa na tržištu te dodatno osiguranje u smislu predvidljivosti budućih prinosa.

Kako bismo razložili tehniku kamatnog *swapa* pretpostavimo da imamo dva različita trgovačka društva – označit ćemo ih opet kao društvo A i društvo B.

Društvo A sa slabijim kreditnim rejtingom (npr. BB) zadužuje se u iznosu od 100 milijuna USD uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR + 0.50%. Pozajmljena sredstva ulaže u kreditni portfelj uz fiksnu kamatnu stopu u iznosu od 13.25% godišnje. U slučaju da se LIBOR poveća na više od 12.75% društvo A ostvarilo bi gubitak s obzirom na to da bi kamatni troškovi bili veći od njegovih kamatnih prihoda, no u slučaju rasta LIBOR –a društvo A ostvarilo bi dobit.

Društvo B ima prvorazredni kreditni rejting AAA te bi se na domaćem tržištu moglo zadužiti uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR + 0.00% godišnje. No zadužilo bi se uz fiksnu kamatnu stopu od 11% godišnje na iznos od 100 milijuna USD. Sredstva ulaže u kreditni portfelj uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR + 0.75% godišnje. U slučaju smanjenja LIBOR-a društvo B ostvarilo bi gubitak, no u slučaju njegova povećanja ostvarilo bi dobit.

S obzirom na to da društvo A preferira fiksnu kamatu, a društvo B promjenjivu, oni ulaze u *swap*. Ugovor o kamatnom *swapu* sklapaju preko banke posrednika, čime im je omogućena zaštita od negativnih posljedica kretanja LIBOR-a i jeftiniji troškovi financiranja od onih koje bi ostvarili samostalnim zaduživanjem na domaćem tržištu.

Sklapanjem ugovora o kamatnom swapu društvo A plaća kamate po stopi LIBOR + 0.00%, a plaća fiksno po stopi od 11.35%, dok društvo B prima fiksno 11.25%, a plaća LIBOR + 0.00%. Svako od društava otplaćuje svoj dug (glavnica + kamata) i naplaćuje svoje potraživanje (glavnica + kamata) u skladu s ranije sklopljenim ugovorima, dok je ugovor o kamatnom swapu zaseban, samostalan ugovor⁵⁸.

S obzirom na to da u primjeru navodimo banku posrednika kod swap transakcije, zaključit ćemo kako danas više sudionici tržišta ne traže samostalno potencijalnog suugovaratelja za *swap* transakciju, već se s nalogom za pronalaženje prikladnog poslovnog partnera obraćaju samoj poslovnoj (investicijskoj) banci. Same ugovorne strane kamatnog swapa danas često ostaju međusobno nepoznate s obzirom na to da svaka od njih sklapa pojedinačan ugovor o kamatnom swapu s konkretnom bankom, koja kao financijski posrednik prima za navedenu uslugu određenu proviziju.

Najčešće će upravo dva trgovačka društva posredstvom neke poslovne (investicijske) banke sklopiti ovakav ugovor na međusobnu poslovnu korist. No s vremenom, banke su shvatile kako zapravo ne postoji potreba za drugom ugovornom stranom koja bi imala potpuno komplementarne uvjete financiranja. Redovito će upravo banke izravno ući u *swap* transakciju, na način da umjesto određenog subjekta otplaćuju, već postojeći dug koji ovaj subjekt ostvaruje prema određenim, za njega nepovoljnim, uvjetima. Zauzvrat, taj će mu subjekt isplaćivati određena sredstva na ime otplate tog duga po željenoj kamatnoj stopi.

5. Swap u hrvatskim propisima

Swap je izrijeком ili implicite prisutan u više hrvatskih propisa, u prvom redu iz područja javnog prava, koji swap uređuju iz javnopravne perspektive.

Među tim propisima najprije treba spomenuti Zakon o tržištu kapitala⁵⁹ i to zato što on sadrži pojmovnik u kojem u određenoj mjeri objašnjava više pojmova, uključujući i pojam swapa. Iako to čini za potrebe Zakona domašaj pojmovnika sa stajališta ugovora o swapu je neobično važan, jer detaljniji opis u drugim propisima nismo pronašli.

Prema ZTK, zamjene (swaps) ubrajaju se u izvedenice, a izvedenice su jedan od financijskih instrumenata, u koje se još ubrajaju prenosivi vrijednosni papiri, instrumenti tržišta novca i jedinice u subjektima za zajednička ulaganja. U izvedenice se ubrajaju «opcije (options), budućnosnice (futures), zamjene (swaps), kamatni unaprijedni ugovori (forward rate agreements) i bilo koji drugi izvedeni financijski instrumenti koji se odnose na vrijednosne papire, valute, kamatne stope ili prinose»⁶⁰. Iz toga što su swapovi jedna od izvedenica, te iz naznake kako se, između ostalih,

58 Primjer preuzet iz Jurman, A.: *Mogućnosti primjene kamatnih swapova u hrvatskom bankarstvu*, Zbornik Radova Sveučilišta u Rijeci, Ekonomski fakultet, god. 22 (1), svibanj 2004, s. 69-86.

59 NN 88/08 (dalje: ZTK).

60 Čl. 3. st. 1. t. 2. d al. 1. ZTK.

swapovi «odnose na vrijednosne papire, valute, kamatne stope ili prinose», proizlazi da bi swapovi bili izvedeni iz valuta, kamatnih stopa ili prinosa.

Za zaključiti je, dakle, da ZTK uzima swapove, između ostalog, kao izvedenice koje su izvedene iz valuta, kamatnih stopa ili prinosa.

Oni su uvršteni u pojmovnik zato što prema ZTK sklapanje i ispunjenje ugovora o swapu predstavlja jednu od financijskih usluga, odnosno aktivnosti koje su uređene tim Zakonom. Naime, prema njemu investicijske usluge i aktivnosti su između ostalog i zaprimanje i prijenos naloga u svezi s jednim ili više financijskih instrumenata, znači i swapova, izvršavanje naloga za račun klijenata, trgovanje za vlastiti račun i upravljanje portfeljem⁶¹.

Istovremeno oni mogu činiti dio imovine investicijskih fondova. Naime, drugi propis čije odredbe neizravno (implicite) podrazumijevaju i ugovore o swapu je Zakon o investicijskim fondovima⁶², koji ugovore o swapu promatra kao mogući dio imovine investicijskih fondova. Točnije govoreći, imovina i zatvorenog investicijskog fonda i imovina otvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom i imovina otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom može se djelomično sastojati i od «terminskih i opcijskih ugovora i drugih financijskih izvedenica, kojima se trguje na uređenim tržištima ... i/ili financijskih izvedenica kojima se trguje na drugim organiziranim tržištima (OTC)»⁶³, a kako su ugovori o swapu jedna od financijskih izvedenica prema ZTK i prema literaturi, i oni su obuhvaćeni pojmom «drugih financijskih izvedenica» koje mogu biti dio imovine investicijskih fondova.

Postoje, ipak, pretpostavke za to da ugovori o swapu budu dio imovine investicijskih fondova s javnom ponudom, a posebno je bitno da se oni temelje na financijskim instrumentima ulaganja u koje je dopušteno odgovarajućim odredbama ZIF-a, financijskim indeksima, kamatnim stopama, deviznim tečajevima ili valutama u koje fond smije ulagati na temelju svog prospekta i statuta, te da se koriste isključivo za smanjivanje ili ograničavanje rizika ili povećanje prinosa, odnosno smanjenje troškova fonda bez ikakvog povećanja rizika. Nužnost da se financijske izvedenice temelje na kamatnim stopama, deviznim tečajevima ili valutama potrebno je dovesti u vezu s ugovorima o swapu, kamatnom i valutnom, a korištenje u svrhu smanjenja rizika ili povećanja prinosa samo podcrtava opću svrhu sklapanja tih ugovora, koja se i općenito sastoji u smanjenju rizika.

Dok ZIF ugovore o swapu, u okviru financijskih izvedenica, promatra kao dio imovine investicijskih fondova Zakon o obveznim i dobrovoljnim mirovinskim fondovima⁶⁴ promatra ih kao mogući objekt ulaganja imovine mirovinskog fonda. Prikupljena sredstva mogu se ulagati, npr. u određene vrijednosne papire, depozite, potvrde o ulozima, tako da ulaganja u pojedine oblike u strukturi vrijednosti imovine mirovinskih fondova ne prelaze zakonom određeni postotak⁶⁵. Na način «da bude

61 Čl. 5. st. 1. ZTK

62 NN 150/05 (dalje: ZIF).

63 Čl. 78. st. 1. t. 5., čl. 100. st. 1. t. 5. i čl. 136. t. 5. ZIF.

64 NN 49/99, 63/00, 103/03, 177/04, 71/07 (dalje: ZODMF).

65 Čl. 69. i 69.a ZODMF.

usklađena zbog rizika i eventualnih gubitaka zbog promjene kamatnih stopa, tečajeva stranih valuta, odnosno drugih tržišnih rizika s obvezama mirovinskog fonda»⁶⁶, a posebno «da bude valutno usklađena s obvezama mirovinskog fonda, s tim da se najviše 30% imovine mirovinskog fonda može ulagati u imovinu koja je nominirana na valutu različitu od valute na koju glase obveze mirovinskog fonda»⁶⁷. Iako već i citirani način na koji se imovina mirovinskih fondova mora ulagati upućuje na to da je pri ulaganju dopuštena primjena izvedenih financijskih instrumenata, posebno onih deviznog tržišta, ZODMF to dopušta i izrijekom određujući kako se «kod ulaganja imovine mirovinskih fondova mogu ... upotrebljavati terminski ugovori, opcije i ostali izvedeni financijski instrumenti»⁶⁸.

No, različito od primjene tih instrumenata kao dijelova imovine investicijskih fondova, gdje se oni mogu koristiti ne samo u svrhu smanjenja rizika, nego i u svrhu povećanja prinosa, ovdje se ti instrumenti mogu koristiti «samo radi zaštite imovine mirovinskog fonda»⁶⁹. Drugim riječima, dok kod investicijskih fondova svrha korištenja ovih instrumenata može biti i špekulativna, zbog očekivanja povećanja prinosa, ovdje svrha može biti samo zaštitna, zbog očekivanja pada tržišne vrijednosti postojeće imovine.

Primjerice, ako se očekuje pad tržišne vrijednosti dionica koje čine dio imovine, može se sklopiti opcijski ugovor kojim se stječe pravo prodaje dionica na određeni dan u budućnosti i to po ugovorenoj cijeni, neovisno o očekivanoj nižoj tržišnoj cijeni dionica na taj dan⁷⁰. Istovremeno, budući da je špekulativna svrha ovdje zabranjena, ne bi bilo dopušteno sklopiti opcijski ugovor kojim se stječe pravo kupiti dionice na određeni budući dan po ugovorenoj cijeni zbog očekivanja da će tržišna cijena dionica na taj dan biti viša od ugovorene.

Ugovore o swapu podrazumijeva i Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci⁷¹ jer joj dopušta, ne samo izdavanje vrijednosnih papira, nego i ugovaranje «kupnje, prodaje i zamjene vrijednosnih papira i drugih lakoutrživih financijskih instrumenata, kao i prava i obveza u vezi s istima»⁷², pri čemu se ti ugovori mogu «sklapati kao ugovori o promptnoj kupnji i prodaji, kupnji i prodaji na rok, zamjeni, prijeloju, povratnoj kupnji (repo poslovi) te kao drugi ugovori s vrijednosnim papirima»⁷³. Ove ugovore HNB može sklapati radi «provođenja utvrđene monetarne i devizne politike»⁷⁴, što treba promatrati u svezi s njenom nadležnošću da samostalno upravlja međunarodnim pričuvmama RH⁷⁵, koja treba podrazumijevati i zaštitu vrijednosti tih pričuva. Kako

66 Čl. 69.b st. 1. ZODMF.

67 Čl. 69.b st. 3. ZODMF.

68 Čl. 69.c st. 1. ZODMF.

69 Ibid.

70 O opcijskim ugovorima i opcijama detaljnije v. u Slakoper, Zvonimir (ur.): *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, 2007.

71 NN 75/08 (dalje: ZHNB).

72 Čl. 10. st. 1. ZHNB.

73 Čl. 10. st. 2. ZHNB.

74 Čl. 10. st. 1. ZHNB.

75 Čl. 5. ZHNB.

se međunarodne pričuve RH sastoje, između ostalog, i od novčanica i potražnih salda u konvertibilnoj stranoj valuti i od vrijednosnih papira koji sadrže novčanu tražbinu u stranoj valuti⁷⁶, te kako HNB trguje imovinom koja čini međunarodne pričuve RH na promptnom i terminskom tržištu, pri čemu tečaj deviza ugovara⁷⁷, treba podrazumijevati kako to obuhvaća i ugovore o valutnom swapu.

Pojam izvedenih financijskih instrumenata poznaje i ZDP, koji navodi da su "izvedeni financijski instrumenti ... vrijednosni papiri ili ugovori čija se vrijednost mijenja prema promjenama vrijednosti financijskog instrumenta ili drugoga pravnog posla iz kojega su izvedeni"⁷⁸. Kako on ovaj pojam dalje ne razrađuje, držimo da bi se na njega mogla primijeniti odredba ZTK koja nabraja što sve pripada u pojam izvedenica, što dovodi do toga da bi i prema ZDP ugovori o swapu bili jedan od izvedenih financijskih instrumenata.

U tom slučaju, kad god bi jedan ugovor o swapu potpadao pod polje primjene ZDP, na njega bi se primjenjivale odredbe ZDP «koje se odnose na poslove koji su podloga za poslove s izvedenim financijskim instrumentima»⁷⁹, a to bi bilo onda kad se radi o ugovoru između rezidenta i nerezidenta neovisno o valuti i o ugovoru između rezidenata u stranim sredstvima plaćanja⁸⁰. Budući da ugovor o valutnom swapu uvijek podrazumijeva dvije različite valute, proizlazi da bi svaki ugovor o valutnom swapu potpadao pod primjenu ZDP. Kako je kupoprodaja deviza podloga tog ugovora, primjenjivala bi se pravila ZDP o kupoprodaji stranih sredstava plaćanja.

Znači da bi rezidenti i nerezidenti kupoprodaju stranih sredstava plaćanja obavljali u bankama samo u svoje ime i za svoj račun, dok bi banke kupoprodaje stranih sredstava plaćanja ugovarale u svoje ime i za svoj račun te u svoje ime, a za tuđi račun⁸¹. Uz to, za ugovore o valutnom swapu važne su odredbe koje određuju da «sudionici tržišta stranih sredstava plaćanja mogu kupovati, odnosno prodavati devize promptno i terminski (na rok)» te da «terminska kupnja, odnosno prodaja deviza ... jest kupnja, odnosno prodaja kod koje je rok za izvršenje obveze duži od dva radna dana od sklapanja ugovora»⁸².

76 Čl. 18. st. 2. HNB. Pod utjecajem terminologije ekonomske struke te vrijednosne papire ZHNB i drugi propisi često nazivaju «dužnički vrijednosni papiri».

77 Čl. 17. ZHNB.

78 Čl. 5. st. 2. ZDP.

79 Čl. 18. st. 1. ZDP.

80 Čl. 1. st. 1. ZDP. Prema čl. 2. st. 1. rezidentima se smatraju pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, osim njihovih podružnica u inozemstvu, podružnice stranih trgovačkih društava i trgovaca pojedinaca upisane u registar koji se vodi kod nadležnog tijela državne vlasti ili uprave u Republici Hrvatskoj, trgovci pojedinci, obrtnici i druge fizičke osobe sa sjedištem odnosno prebivalištem u Republici Hrvatskoj koje samostalnim radom obavljaju gospodarsku djelatnost za koju su registrirane (u daljnjem tekstu: poduzetnici pojedinci), fizičke osobe s prebivalištem u Republici Hrvatskoj, fizičke osobe koje u Republici Hrvatskoj borave na osnovi važeće dozvole boravka u trajanju najmanje 183 dana, osim diplomatskih i konzularnih predstavnika stranih zemalja te članova njihovih obitelji, i diplomatska, konzularna i druga predstavništva Republike Hrvatske u inozemstvu koja se financiraju iz proračuna te hrvatski državljani zaposleni u tim predstavništvima i članovi njihovih obitelji. Prema st. 2. istog članka, sve druge osobe smatraju se nerezidentima.

81 Čl. 42. st. 2. i 3. ZDP.

82 Čl. 43. ZDP.

6. Sklapanje ugovora o swapu

6.1. Ugovorne strane

U svezi s ugovornim stranama treba promotriti pitanje može li svaka osoba biti ugovorna strana ili u svezi s tim postoje li kakva ograničenja.

Imajući u vidu prikazane hrvatske propise, prvo se može uočiti kako su HNB i banke ovlaštene sklapati ugovore o valutnom swapu temeljem izričitih odredbi ZHNB i ZDP. Glede drugih osoba, u obzir treba uzeti odredbe ZTK. Kako iz njega proizlazi da bi sklapanje i ispunjenje ugovora o swapu predstavljalo jednu od financijskih usluga, odnosno aktivnosti⁸³, primjenjivale bi se odredbe ZTK o osobama koje su ovlaštene pružati financijske usluge, a to su, kratko govoreći, investicijska društva i kreditne institucije⁸⁴. Dapače, prema izričitoj odredbi čl. 6. ZTK osim iscrpno, a ne primjerice pobrojanih osoba «nitko drugi u Republici Hrvatskoj ne smije pružati investicijske usluge, niti obavljati investicijske aktivnosti»⁸⁵.

Stoga se postavlja pitanje valjanosti ugovora koje bi sklopile osobe izvan kruga ovlaštenih za to u čl. 6. ZTK.

Na prvi pogled, budući da su te odredbe prisilne pravne prirode, zaključiti bi se moglo kako bi ugovori sklopljeni između drugih osoba bili ništavi zbog protivnosti prisilnim propisima. Također bi se moglo reći i kako ti prisilni propisi zapravo ograničavaju promet spomenutim objektima, tj. da ih čine objektima u ograničenom prometu, što bi također upućivalo na ništavost ugovora zbog protivnosti činidbe prisilnim propisima⁸⁶.

S druge strane, odredbe ZTK drugim osobama ne zabranjuju pojedinačno i prigodno sklapanje ugovora, nego pružanje investicijskih usluga i obavljanje

83 Prema čl. 5. st. 1. ZTK investicijske usluge i aktivnosti su: 1. zaprimanje i prijenos naloga u svezi s jednim ili više financijskih instrumenata, 2. izvršavanje naloga za račun klijenata, 3. trgovanje za vlastiti račun, 4. upravljanje portfeljem, 5. investicijsko savjetovanje, 6. usluge provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata uz obvezu otkupa, 7. usluge provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata bez obveze otkupa

84 Čl. 6. st. 1. – 3. ZTK: Pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj može: 1. investicijsko društvo koje je za to dobilo odobrenje za rad od Agencije, 2. investicijsko društvo sa sjedištem u državi članici koje nije kreditna institucija ili financijska institucija i koja u skladu s odredbama ovog Zakona ustroji podružnicu u Republici Hrvatskoj ili je ovlaštena neposredno pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj, 3. podružnica investicijskog društva sa sjedištem u trećoj državi koja je za to dobila odobrenje za rad od Agencije. Osim društava iz stavka 1. ovog članka, pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj može: 1. kreditna institucija koja za to dobije odobrenje od Hrvatske narodne banke, 2. kreditna institucija ili financijska institucija iz države članice koja, u skladu s odredbama zakona koji uređuje osnivanje i poslovanje kreditnih institucija, ustroji podružnicu u Republici Hrvatskoj ili je ovlaštena neposredno pružati financijske usluge u Republici Hrvatskoj, 3. podružnica kreditne institucije sa sjedištem u trećoj državi koja je za to dobila odobrenje za rad od Hrvatske narodne banke. U Republici Hrvatskoj investicijske usluge iz članka 5. stavka 1. točke 8. ovog Zakona može obavljati i tržišni operater koji ispunjava uvjete propisane ovim Zakonom».

85 Čl. 6. st. 4. ZTK.

86 Čl. 322. st. 1. ZOO.

investicijskih aktivnosti, što znači pružanje tih usluga, odnosno obavljanje aktivnosti kao djelatnosti⁸⁷, a prema općim pravilima o ništetnosti pravnih poslova sama zabrana sklapanja ugovora jednoj strani ne dovodi do ništavosti ugovora⁸⁸. Kako odredba ZTK drugim osobama zabranjuje pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti, držimo da se ovdje radi o zabrani sklapanja ugovora, a to, ponavljamo, ne bi dovelo do ništetnosti sklopljenog ugovora, nego samo do javno pravnih sankcija⁸⁹.

Uz to, ništavost je najteža pravna posljedica prekoračenja granica slobode ugovaranja, propisana radi zaštite važnih interesa javnog poretka, pa kad takvi interesi javnog poretka nisu povrijeđeni, ugovor ne treba biti ništav. U prilog tezi o potrebi stajališta o valjanosti ugovora upućuje i načelo *favor negotii*, prema kojem ugovor treba uzeti valjanim, a ne ništavim, kad god je to moguće.

Ako ugovorne strane same ne bi mogle ispuniti preuzete obveze, zato što im to priječe prisilni propisi, moglo bi se zauzeti stajalište kako, između ostalih obveza, nastaje i obveza da ovlaštenoj osobi daju odgovarajući nalog, koji će ovlaštena osoba (npr. banka) provesti za račun tih ugovornih strana i čijim ispunjenjem će biti ispunjene njihove obveze iz sklopljenog ugovora. Takva situacija ne bi odudarala od drugih svakodnevnih situacija u kojima ugovorne strane same ne mogu ispuniti preuzete obveze, nego trećim osobama daju naloge za poduzimanje pravnih poslova kojima će biti ispunjene njihove obveze (npr. nalozi za otpremu robe špediterima ili nalozi za otvaranje akreditiva ili izdavanje garancija bankama).

Budući da predmet poslovanja, odnosno djelatnosti osoba koje u ZTK nisu navedene kao osobe ovlaštene za pružanje investicijskih usluga, odnosno obavljanje investicijskih aktivnosti, ne mogu biti te usluge, odnosno aktivnosti, načelno je moguće postaviti pitanje valjanosti pravnih poslova poduzetih izvan okvira pravne sposobnosti (*ultra vires*). To je pitanje moguće postaviti, stoga što je primjena teorije *ultra vires* u nekim državama dovela do ništetnosti više ugovora o swapu⁹⁰. Suprotno tomu, prema izričitoj odredbi ZOO valjani su i pravni poslovi koje pravna osoba poduzme izvan djelatnosti koje čine predmet njena poslovanja, pa otpada mogućnost da prema hrvatskom pravu poslovi poduzeti *ultra vires* ne bi bili valjani⁹¹.

87 Čl. 35. ZTVP glasi : «(1) Poslove s vrijednosnim papirima kao djelatnost smiju obavljati samo brokersko društvo i banka, koji su za obavljanje tih poslova dobili dozvolu Komisije i upisali ih kao djelatnosti u sudski registar. (2) Osobe koje nemaju dozvolu Komisije ne smiju kao djelatnost obavljati poslove s vrijednosnim papirima.»

88 Čl. 322. st. 2. ZOO.

89 Podrobnije v. u Gorenc, Vilim (ur.): Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005. (dalje: Komentar ZOO), s. 472. i dalje.

90 U Engleskoj prema odluci House of Lords i u Njemačkoj prema starijem stajalištu Saveznog suda, prema Schwintowski/Schaefer), s. 926. i dalje. Ipak, u Njemačkoj je danas vladajuće gledište kako i država, na koju se odnosilo ranije stajalište Saveznog suda, može valjano poduzimati poslove *ultra vires*. Prema Wadsley, Jan – Penn, Graham: *The Law Relating to Domestic Banking*, 2000. (dalje: Wadsley/Penn), s. 279. u engleskom pravu strana koja je više primila od druge dužna je višak vratiti drugoj strani primjenom instituta stjecanja bez osnove .

91 Čl. 274. st. 2. ZOO.

6.2. Tehnika sklapanja i sadržaj ugovora

6.2.1. Općenito

Ugovori o swapu redovito se sklapaju «u dva koraka».

Strane koje namjeravaju sklopiti jedan, ali redovito više, ugovora o swapu prvo se sporazumijevaju o pravilima koja će se primjenjivati na buduće ugovore o swapu koje će sklapati. Drugim riječima, one «sklapaju», tzv. «okvirni ugovor» koji sadrži odredbe koje će se primjenjivati na pojedinačne ugovore, koje će strane kasnije sklapati, ali ne i bitne sastojke pojedinog ugovora o swapu koji će sklopiti⁹².

Kako ZOO ne poznaje izraz «okvirni ugovor», potrebno je kratko ga objasniti.

Strane, poglavito trgovci, koje namjeravaju sklopiti više ili niz ugovora iste vrste i istoga tipa ponekad, prije sklapanja prvoga od tih ugovora, u pisanom obliku određuju značajan dio sadržaja tih budućih ugovora, tako da za nastanak budućih ugovora preostane suglasiti se o njihovim bitnim sastojcima, dok su ostali sastojci određeni «okvirnim ugovorom» (npr. značenje pojedinih izraza, vrijeme ispunjenja, mjesto ispunjenja, posljedice zakašnjenja, mjerodavno pravo, nadležnost za rješavanje sporova i slično). Kako su po posljednjem «okvirni ugovori» usporedivi s općim uvjetima ugovora, odnosno poslovanja, literatura ih ponekad uvršćuje u opće uvjete poslovanja⁹³. Istodobno ovdje opće uvjete ne priprema jedna strana, nego obje zajednički, ili obje strane prihvaćaju opće uvjete koje je izradio netko treći. Strane te uvjete prihvaćaju izrijeком, dok se opći uvjeti poslovanja, općenito govoreći, primjenjuju čim je suugovaratelj sastavljača za njih znao ili morao znati⁹⁴.

Okvirni ugovor koji prihvaćaju strane koje namjeravaju sklopiti ili sklapati ugovore o swapu redovito je ISDA Master Agreement, koji je izradila Međunarodna udruga swap «dealera»⁹⁵

6.2.2. ISDA Master Agreement

ISDA Master Agreement rezultat je rada Međunarodne udruge swap «dealera», koja je već 1985. godine izradila ISDA Code of Standard Wording, Assumptions and Provisions for Swaps, a 1992. prvi Master Agreement. Danas se rabi posljednji Master Agreement iz 2002. godine.

Kao i u drugim slučajevima u kojima postoji potreba za ujednačavanjem ugovornih odredbi koje će se primjenjivati na buduće ugovore koje će sklapati strane, posebno ako se radi o ugovorima s međunarodnim obilježjem u kojima strane ne pripadaju istome pravnom krugu, npr. jedna u common law, a druga u kontinentalni pravni krug, Master Agreementom se nastoji ujednačiti sadržaj ugovora na koje se primjenjuje. U ovome je slučaju to osobito značajno jer se radi o novim tipovima

92 Budući da prihvaćanjem okvirnog ugovora još ne nastaju obveze strana, u izrazu «sklapaju tzv. okvirni ugovor», riječ sklapaju je pod navodnicima.

93 Npr. Schwenzer, Ingebrog: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. izdanje, (dalje: Schwenzer), s. 285.

94 Čl. 295. st. 5. ZOO.

95 International Swap Dealers Association, Inc.

ugovora, koji su neimenovani i kao takvi nisu opisani u propisima koji uređuju ugovore.

On se ne primjenjuje samo na ugovore o swapu, nego sadrži odredbe koje se mogu primijeniti i na druge financijske izvedenice, odnosno ugovore koji se sklapaju.

Naime, kako su se usporedo sa swapovima razvijali i brojni drugi oblici složenih financijskih instrumenata, odnosno financijskih izvedenica, bilo je razložno izraditi jedan tipski ili konkretnije okvirni ugovor prikladan za različite vrste transakcija od kojih su ovi složeni instrumenti sastavljeni (tzv. *composite financial products*) te ih u teleološkom smislu smatrati dijelom jedinstvenog ugovora. U tom pogledu takav okvirni ugovor trebao bi biti usmjeren na određivanje načina na koji bi se sve neispunjene obveze mogle svesti na jedan neto-iznos koji subjekti međusobno duguju (tzv. *netting*)⁹⁶.

ISDA Master Agreement (posljednja, treća revizija izvršena je 2002. godine čime se broj stranica ovog ugovora povisio na 28) upravo je takav okvirni ugovor i predstavljao svojevrsne opće uvjete poslovanja, kojim se na složenom tržištu financijskih izvedenica uspostavlja red i povećava pravna sigurnost. Ovim se okvirnim ugovorom različite financijske izvedenice međusobno povezuju te se uređuju međusobne obveze i prava ugovornih strana u slučaju neispunjenja, promjene poreznih propisa, eventualnog spora oko prebijanja dugovanih iznosa i drugih sporova koji bi mogli proizaći iz samog ugovora.

ISDA Master Agreement sastoji se u prvom redu od standardnog, odnosno tipskog ugovora. Uz taj ugovor nalazi se «Schedule to the Master Agreement», odnosno dodatak u koji se unose podaci o odredbama standardnog ugovora koje strane žele primijeniti, a koje ne žele primijeniti i o odredbama kojima žele dopuniti odnosno izmijeniti odredbe standardnog ugovora. I na koncu, posebne odredbe koje zapravo predstavljaju bitne sastojke svakoga pojedinog ugovora što se sklapa uz primjenu Master Agreementa navode se u odvojenim potvrđama⁹⁷, dok se svaki pojedini ugovor u standardnom ugovoru naziva «specified transaction».

Sam standardni, odnosno tipski ugovor sadrži odredbe o:

- plaćanjima vezanim uz svaku pojedinu transakciju;
- ovlasti za zastupanje i pravovaljanosti posebnih poslovnih informacija koje subjekti međusobno razmjenjuju;
- postupanju u slučaju uskraćivanja, odnosno neplaćanja poreza (tzv. *tax withholdment*);
- ugovornim standardima (tzv. *covenants*) kojih se subjekti moraju pridržavati tijekom trajanja ugovora;
- raskidu ugovora u slučaju izmjene određenih okolnosti;
- postupanju u slučaju neispunjenja neke od ugovornih obveza, bilo od strane

96 Vidi Hudson, A.: *The Law on Financial Derivatives*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London 2002, s. 122.

97 Tako i Firth, 10-012.

samih ugovornih strana ili trećih te

- **podmirenju međusobnih obveza po prestanku ugovora**⁹⁸.

Osim toga on sadrži i druge definicije i ugovorne standarde koji su uobičajeni za financijske transakcije, primjerice o valuti, restrikcijama glede prijenosa novčanih iznosa, nadležnosti i pravu koje se primjenjuje na sam ugovorni odnos, pojašnjenja nekih lokalnih poslovnih običaja, itd.

Nasuprot tomu standardni odnosno tipski ugovor ne sadrži definicije financijskih izvedenica pri čijem ugovaranju se rabi, nego govori o «specified transactions». Stoga razumijevanju pojedinih tipova ugovora koji se sklapaju uz primjenu ISDA Master Agreement bitno doprinose knjižice koje također izdaje ISDA i koje sadrže standardne definicije i druge odredbe potrebne za razumijevanje pojedinih tipova financijskih izvedenica. Osim toga, danas se pitanja obvezatne popratne dokumentacije vezane uz pojedinu financijsku izvedenicu, ali i druge pravne nedoumice rješavaju pomoću definicija i pravila sadržanih u tiskanim priručnicima (tzv. *pulications* odnosno *booklets*).

Svaka knjižica definicija odnosi se na određenu vrstu financijskih izvedenica (tzv. *main families of derivative products*) te obuhvaća njene podvrste. Potrebno je naglasiti kako je priroda ove popratne dokumentacije dinamična te da kod ugovaranja ovakvih transakcija pomoću ISDA –inog okvirnog ugovora svakako treba revidirati pojedine termine i prilagoditi ih potrebama pojedinog ugovornog odnosa, upravo stoga što je svaka financijska izvedenica zapravo jedinstvena. Dakako da se definicije u tiskanim knjižicama periodički revidiraju i osuvremenjuju, ovisno o kretanjima na financijskom tržištu.

Općenito govoreći treba uočiti kako ovaj vrijedan rezultat kontinuiranih napora za ujednačavanjem ugovora o financijskim izvedenicama bitno doprinosi svojoj svrsi, ali i kako je ispunjenje njegove svrhe ograničeno. Kao i značajan broj drugih ujednačenih odredbi koje se široko primjenjuju pri sklapanju ugovora s međunarodnim obilježjem, npr. Ujednačena pravila i običaji za dokumentarne akreditive Međunarodne trgovačke komore, ISDA Master Agreement čitav niz pravnih pitanja ostavlja otvorenim. To podrazumijeva potrebu popunjavanja značajnih pravnih praznina odgovarajućim pravnim pravilima mjerodavnog prava, a to pak, kad god ugovor ima međunarodno obilježje, prethodnu potrebu određivanja mjerodavnog prava.

S tim u vezi potrebno je reći kako ISDA Master Agreement sadržajem i terminologijom pripada u common law u kojem je i nastao. Stoga će pri nužnom povezivanju ISDA Master Agreementa s pravilima mjerodavnog prava u svakom pojedinom slučaju, njegovom supsumiranju pod terminologiju i sadržaj mjerodavnog prava i pri njegovom tumačenju postojati značajno manje otvorenih pitanja kad je mjerodavno pravo neke od država koje pripadaju tom pravnom krugu, nego kad je mjerodavno pravo države koja pripada kontinentalnom pravnom krugu. Dapače, neki autori spominju svojevrsni sukob između common lawa i kontinentalnog pravnog kruga koji, pogotovo zahvaljujući njemačkoj i francuskoj judikaturi, sve

češće primjenjuje specifična tumačenja pojedinih ugovornih odredbi povezanih s poslovanjem financijskim izvedenicama.

6.2.3. *Pojedini ugovori*

Svaki pojedini ugovor o swapu sklopljen je, kao i svaki drugi ugovor, tek kad se ugovorne strane suglase o njegovim bitnim sastojcima. Kako ISDA Master Agreement, kao okvirni ugovor, ne sadrži bitne sastojke, pojedini ugovori o swapu nastat će tek u trenutku kad se strane suglase o bitnim sastojcima svakoga pojedinog ugovora o swapu.

Bitni sastojci ugovora o kamatnom swapu precizno i pregledno su navedeni, primjerice u standardnom, odnosno tipskom ugovoru jedne banke, koji je dostupan na web stranici⁹⁹. Prema tom standardnom odnosno tipskom ugovoru bitni sastojci ugovora o valutnom swapu su:

1. rok zamjene (tenor) koji uključuje datum početka roka zamjene i datum završetka roka zamjene;
2. iznos i valuta glavnice za koju će se obračunavati ugovorene kamate;
3. određenje varijabilne kamatne stope, što uključuje određenje ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti i elemente odredivosti varijabilne kamatne stope i relevantan datum utvrđivanja vrijednosti referentne kamatne stope primjenom koje se varijabilna kamatna stopa u pojedinom slučaju izračunava (datum utvrđivanja vrijednosti referentne kamatne stope);
4. određenje fiksne kamatne stope, što uključuje određenje ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti i iznos fiksne kamatne stope;
5. datum namire (kojih unutar roka zamjene može biti više) i
6. obračunsko razdoblje (kojih unutar roka zamjene može biti više).

Ispravu o sklapanju pojedinog ugovora, koja sadrži bitne sastojke, ovaj tipski ugovor naziva zaključnica, a ISDA Master Agreement potvrda¹⁰⁰. U dijelu engleske literature se, međutim, polazi od načela neformalnosti ugovora, te navodi kako u slučaju nesuglasnosti sadržaja usmenog sporazuma sa sadržajem pisane potvrde, prednost treba dati sadržaju usmenog sporazuma, jer je potvrda samo dokaz o sklopljenom sporazumu¹⁰¹.

Bitni sastojci ugovora o valutnom swapu proizlaze iz njegova opisa danog u literaturi. Budući da se tim ugovorom strane obvezuju razmijeniti određenu novčanu svotu u različitim valutama i u budućnosti ponovno, u obrnutom smjeru, razmijeniti istu svotu, proizlazi da su bitni sastojci ovog ugovora svota koja se odmah razmjenjuje i to i u jednoj i u drugoj valuti, tečaj sadašnje razmjene i tečaj buduće razmjene. Ako

99 [http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20okamatnih%20stopa%20\(IRS\).doc](http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20okamatnih%20stopa%20(IRS).doc).

100 «Confirmation» iz čl. 1. c) ISDA Master Agreement. Činjenicu da ona sadrži bitne sastojke pojedinog ugovora potvrđuju Firth, Simon, *Derivatives Law and Practice*, 2004. (dalje: Firth) 11-004 i Hudson, *The Law*, s. 220.

101 Firth, 3-036.

bi valutni swap uključivao i kamate, bitni sastojak ugovora činila bi i kamatna stopa, odnosno način određivanja kamatne stope.

Osim sadržaja potvrde, sadržaj ugovora o swapu redovito čini i sadržaj ISDA Master Agreementa i «Schedule to the Master Agreement» koje su ugovorne strane prihvatile prije sklapanja pojedinih ugovora, čiji su bitni sastojci sadržani u potvrđama. Poslije toga, sadržaj ugovora čine praksa uspostavljena između ugovornih strana, trgovački običaji, a na koncu i dispozitivne odredbe mjerodavnog prava koje se primjenjuje na ugovor¹⁰².

7. Građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu

7.1. Englesko pravo

Temeljno pitanje koje postavlja engleska literatura, i to ne samo glede swapova, nego i glede drugih financijskih izvedenica na koje se redovito primjenjuje ISDA Master Agreement, je pitanje čine li svi poslovi sklopljeni između dvije strane uz primjenu ISDA Master Agreementa jedan ugovor ili više pojedinačnih ugovora. Iako bi ISDA Master Agreement zahtijevao da se svi poslovi uzmu kao jedan ugovor, vladajuće gledište je suprotno, da se radi o više pojedinačnih ugovora, jer oni ne nastaju samim potpisivanjem ISDA Master Agreementa, nego pojedinačnih potvrda koje sadrže bitne sastojke svakoga pojedinog ugovora sklopljenog uz primjenu istoga ISDA Master Agreementa¹⁰³.

Literatura nadalje nudi više odgovora na pitanje pravne kvalifikacije swapova, zapostavljajući značajne pravne razlike između valutnog i kamatnog swapa. Ugovori o swapu vide se i analiziraju kao financijski terminski ugovori, kao «executory contracts», kao uzajamni dug i kao obveze koje postoje pod uvjetom.

Shvaćanje swapova kao financijskih terminskih ugovora znači da se složene financijske transakcije razmatraju kao jednostavne (temeljne) transakcije «upakirane» (uklopljene) unutar istog financijskog instrumenta. U tom smislu swapovi se mogu razmatrati kao niz terminskih poslova¹⁰⁴. Svaki datum isplate iznosa kamata može se smatrati kao terminsko plaćanje, obvezu plaćanja određenog duga čija se visina izračunava u odnosu na referentnu kamatnu stopu na točno određeni dan. Master Agreement u tom slučaju predstavlja jedan «krovni ugovor» (tzv. umbrella contract) unutar kojeg se izrijekom navodi svaka pojedina transakcija od koje se sastoji ovaj složeni financijski instrument.

102 To proizlazi iz okolnosti što ugovori o swapu imaju karakter trgovačkih ugovora, o čemu podrobnije v. niže «Građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu, Hrvatsko pravo».

103 Hudson, *The Law*, s. 193.

104 Za terminske poslove v. naprijed «Pojam i temeljne vrste izvedenica», a podrobnije u Slakoper, Zvonimir (ur.): *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, 2007., s. 977. i dalje.

Shvaćanje kamatnih swapova kao «executory contracts»¹⁰⁵ najbliže je kontinentalnom pojmu ugovora sa sukcesivnim činidbama, pri čemu sve činidbe čine jednu cjelinu, pa neispunjenje jedne može dovesti do raskida ugovora u cjelini. To proizlazi iz stava o postojanju jedinstvenog ugovora, koji se ne smatra ispunjenim do dana kada je izvršeno i posljednje plaćanje¹⁰⁶. Suprotno tomu, gledište kako se radi o uzajamnom dugu vidi svako pojedinačno plaćanje jedne i druge strane tijekom trajanja ugovora kao zasebnu ugovornu obvezu¹⁰⁷.

Dio literature koji swapove vidi kao uvjetne obveze ističe kako obveza plaćanja određenog novčanog iznosa u sklopu *swapa*, ovisi o ispunjenju nekog prethodnog uvjeta. Kod kamatnog swapa takav prethodni uvjet predstavljale bi promjene u kamatnoj stopi na tržištu. U smislu ove teorije ugovor o kamatnom swapu mogao bi se razložiti na niz zasebnih ugovora s obvezom plaćanja uvjetovanom nastupom određenog prethodnog uvjeta¹⁰⁸.

7.2. Njemačko pravo

Pri kvalificiranju swapova njemačka literatura odvojeno promatra valutne swapove i kamatne swapove.

Gledišta literature o pravnoj prirodi valutnog swapa nisu jedinstvena. Navodi se kako preteže mišljenje da je ugovor o valutnom swapu dvostruki kupoprodajni ugovor, gdje je promptni devizni ugovor vezan uz terminski devizni ugovor, dok manjina, valutni swap vidi kao dvostruki ugovor o razmjeni ili kao ugovor *sui generis*¹⁰⁹. Istovremeno se zauzimaju i čvrsta gledišta kako čisti valutni swap neprijeporno predstavlja posebni oblik deviznog terminskog posla¹¹⁰, ali i kako on nije ni kupoprodaja niti zajam, nego atipični ugovor kojim se knjiški novac razmjenjuje za strani knjiški novac pri čemu pretežu elementi sukcesivne razmjene¹¹¹.

Tezi da bi valutni swap bio kupoprodaja prigovara se tvrdnjom kako nedostaje kupoprodajna cijena i kako se ne može odrediti koja strana je kupac, a koja prodavatelj jer se razmjenjuju valute¹¹², koja proizlazi iz shvaćanja da strani novac nema svojstva potrebna da bi bio podvrgnut pojmu predmeta kupoprodaje. Umjesto toga, novčana obveza vidi se kao obveza pribavljanja vrijednosti, odnosno imovinske

105 Prema Hudson, *The Law*, s. 198 ugovor o kamatnom swapu smatra se *executory contract* obzirom da: «... it is formed at the creation of the agreement but it requires performance to be made at some point in the future».

106 Prema Hudson, *The Law* s. 198. «Completion of all payments is the pre-requisite of performance and not the making of any individual payment».

107 Ibidem, 203.: «...where periodical payments are required to be made by each party to a swap which will continue over time until expiry, each payment made by each party should be seen as a distinct contractual debt obligation».

108 Ibidem, 206.

109 Schwintowski/Schaefer, s. 916.

110 Schwintowski/Schaefer, s. 924.

111 Kraemer s. 156. – 157.

112 Schwintowski/Schaefer, s. 916.

moći («Vermögensmacht»), a ne obveza predaje stvari¹¹³, jer se u njemačkom pravu i novčane obveze u stranoj valuti pretežno uzimaju kao novčane obveze, točnije kao obveze pribavljanja stranog knjiškog novca¹¹⁴.

Pitanju je li obveza isplate strane valute novčana obveza posvetit će se posebna pozornost pri pravnom kvalificiranju valutnog swapa sa stajališta hrvatskog prava.

Kao i glede valutnog swapa i glede kamatnog swapa u njemačkom pravu razmatraju se mogućnosti da bi on bio kvalificiran kao kupoprodaja, razmjena, zajam ili atipični ugovor.

Glede mogućnosti da bi bio kvalificiran kao razmjena, navodi se kako se kod razmjene radi o razmjeni individualnih vrijednosti¹¹⁵ te kako on nije razmjena u smislu par. 515. BGB, jer nema razmjene takvih vrijednosti, nego se ugovorom o kamatnom swapu utemeljuju uzajamne novčane obveze¹¹⁶, odnosno «isključivo preuzimaju obveze plaćanja prema drugoj ugovornoj strani»¹¹⁷. Taj ugovor nije ni zajam jer zajam podrazumijeva prepuštanje kapitala s ugovaranjem kamata kao naknade za prepuštanje kapitala dok se «kod čistog kamatnog swapa ne prepušta ... kapital, nego se obveze plaćanja orijentiraju na nominalnu svotu glavnice»¹¹⁸. Sukladno tomu posebno se ističe kako se ne radi o uzajamnom plaćanju kamata, kao što se često pogrešno formulira, jer obveza plaćanja kamata kao samostalni predmet obveze ne može postojati¹¹⁹ nego može postojati samo kad postoji glavna obveza, odnosno glavnica na koju se plaćaju kamate, a ovdje su obveze plaćanja ugovorenih svota glavne obveze ugovornih strana.

Kod kamatnog swapa postavlja se i pitanje odnosa tog ugovora prema pravnim poslovima s kojima je on povezan, jer je on povezan, npr. s ugovorima o kreditu koje su ugovorne strane kao korisnici kredita sklopile s trećim osobama kao davateljima kredita.

Ugovori o swapu ne sadrže poveznicu prema pravnim poslovima (npr. kreditima) u svezi s kojima se sklapaju ugovori o swapu i oni predstavljaju novu i samostalnu obvezu plaćanja¹²⁰ te nema međusobnog utjecaja povrede ugovora o swapu na pravne poslove u svezi s kojima su oni sklopljeni, ni *vice versa*¹²¹, osim u slučaju tzv. cross-default-klausule u ugovoru o swapu koja daje pravo jednostranog raskida ugovora u slučaju da je otkazan ugovor o kreditu s kojim je povezan ugovor o swapu. Budući da su oni u pravilu neovisni od poslova financiranja s kojima su u vezi, postoji njihova apstraktnost u odnosu na poslove koji predstavljaju njihovu gospodarsku bazu.

113 Kraemer s. 135.

114 Kraemer s. 136.

115 Kraemer s. 147.

116 Claussen, s. 382.

117 Schwintowski/Schaefer, s. 915. Slično Claussen s. 381.

118 Kraemer s. 107.

119 Kraemer s. 107.

120 Kraemer s. 164.

121 Kraemer s. 180.

7.3. Hrvatsko pravo

7.3.1. Zajednička obilježja ugovora o valutnom swapu i kamatnom swapu

U poredbenoj literaturi jedinstveno se navodi kako su ugovori o swapu potpuni dvostranoobvezni, odnosno sinalagmatični ugovori¹²², a to je neprijeporno i za hrvatsko pravo¹²³. To dovodi do toga da se na njih, osim pravila koja se odnose na sve pravne poslove, primjenjuju i pravila koja se odnose samo na dvostranoobvezne ugovore¹²⁴.

Ugovore o swapu sklapaju osobe koje imaju svojstvo trgovaca¹²⁵ i to u obavljanju njihovih gospodarskih djelatnosti odnosno u vezi s tim djelatnostima. Time ti ugovori ispunjavaju i subjektivne i objektivne pretpostavke potrebne da bi bili kvalificirani kao trgovački ugovori¹²⁶. Jednostavno govoreći, ugovori o swapu su trgovački ugovori¹²⁷.

Okolnost što su ugovori o swapu trgovački ugovori izaziva više značajnih posljedica. Ona, u prvom redu, utječe na hijerarhiju pravnih izvora koji se primjenjuju na ove ugovore, jer se na obvezne odnose između trgovaca u prvom redu primjenjuje praksa koju su trgovci međusobno razvili, zatim trgovački običaji, i to prije dispozitivnih odredbi ZOO, uvijek ako postoje i ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu, a dispozitivne odredbe ZOO tek ako strane drukčije ugovore ili ako nema ni prakse razvijene između trgovaca, niti trgovačkih običaja. Osim toga, ugovorne strane uvijek su obvezane najmanje na pozornost dobrog gospodarstvenika. Na ugovore se primjenjuju odredbe ZOO koje se odnose na trgovačke ugovore, a neke su ustanove isključene od primjene (npr. ustanova prekomjernog oštećenja¹²⁸).

Okolnost što ugovore o swapu sklapaju trgovci utječe i na način ispunjenja obveza plaćanja koje proizlaze iz ugovora o swapu. Naime, trgovci su obuhvaćeni pojmom poslovnog subjekta iz Zakona o platnom prometu u zemlji¹²⁹, a poslovni

122 Zobl/Kramer, s. 216. – 217., Schwintowski/Schaefer, s. 918. i Kraemer s. 106.

123 Pojam sinalagmatičnih ugovora v. u Klarić, Petar – Vedriš, Martin: *Gradansko pravo*, 9. izd., s. 493.

124 Čl. 357. – 374. ZOO koji uređuju odgovornost za nedostatke ispunjenja, pravilo istodobnog ispunjenja, prigovor neizvjesnog ispunjenja, raskid ugovora zbog neispunjenja, *clausulu rebus sic stantibus* i nemogućnost ispunjenja

125 Prema čl. 1. Zakona o trgovačkim društvima (NN 111/1993, 34/1999, 121/1999, 118/2003 i 107/2007) (dalje: ZTD) trgovac je «osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti». Iscrpnije v. u Gorenc, Vilim – Slakoper, Zvonimir – Filipović, Vladimir – Brkanić, Vlado: *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, 3. izd., 2004., s. 3.

126 Prema čl. 14. st. 2. ZOO trgovački ugovori su «ugovori što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti». Iscrpnije v. u *Komentar ZOO*, s. 27. i dalje.

127 Za njemačko pravo tako Kraemer s. 119.

128 Čl. 375. ZOO.

129 NN 117/2001 (dalje: ZPPZ). Prema čl. 2. st. 4. ZPPZ «poslovni subjekt je pravna osoba, tijelo državne vlasti, tijelo državne uprave, jedinica lokalne samouprave, jedinica područne (regionalne) samouprave i fizička osoba koja obavlja registriranu djelatnost u skladu s propisima».

subjekti dužni su svoja novčana sredstva držati na računima kod banaka i sva plaćanja obavljati preko tih računa¹³⁰. Kako je ova odredba ZPPZ prisilne pravne prirode, plaćanja bankovnim računima, tj. prijenosom tražbine s bankovnog računa dužnika na bankovni račun vjerovnika, treba uzeti kao zakonsko sredstvo plaćanja između trgovaca.

Imajući sad u vidu da se novčana tražbina imatelja bankovnog računa prema banci, temeljem ugovora o tekućem računu, obavljanju platnog prometa ili o novčanom pologu, naziva žiralni ili knjiški novac, jednostavno se može reći kako okolnost što ugovore o swapu sklapaju trgovci dovodi do toga da oni obveze plaćanja iz tih ugovora ispunjavaju žiralnim (knjiškim) novcem, tj. prijenosom tražbine s bankovnog računa dužnika na bankovni račun vjerovnika¹³¹. Obveza plaćanja ispunjena je u trenutku kad banci vjerovnika «stigne novčana doznaka u korist vjerovnika ili nalog (virman) dužnikove banke, odnosno druge pravne osobe da odobri računu vjerovnika iznos naznačen u nalogu»¹³².

Ugovori o swapu su dugoročni ugovori s trajanjem od dvije do deset ili više godina, ponekad kraćim od svega jedne godine ili dužim i do dvadeset godina¹³³. Tijekom tog vremena ugovorne strane razmjenjuju činidbe, pa se postavlja pitanje radi li se o ugovorima kojima nastaje trajni obvezni odnos, odnosno ugovorima s trajnim činidbama, ili o ugovorima sa sukcesivnim činidbama, a u drugom slučaju i pitanje čine li sve sukcesivne činidbe jednu cjelinu ili ne čine. Ta su pitanja posebno bitna zbog posljedica zakašnjenja, odnosno neispunjenja jedne od sukcesivnih činidbi.

Posebno, prema dijelu literature kamatni swap bio bi trajni obvezni odnos¹³⁴ zato što se ispunjava tijekom dužeg vremena davanjem uzastopnih činidbi koje prema volji ugovornih strana predstavljaju gospodarsko jedinstvo, ali se zastupa i gledište kako ni on nije pravi trajni obvezni odnos nego ugovor o sukcesivnoj isporuci¹³⁵.

Kad se obveze i pravni položaj strana ugovora o swapu usporede s obvezama i pravnim položaj strana u tipičnim ugovorima s trajnim činidbama, kao što su ugovori o najmu i zakupu, proizlazi da obveze strana ugovora o swapu, koje se sastoje u periodičnim činidbama, ne odgovaraju pojmu trajnih činidbi, nego pojmu sukcesivnih činidbi¹³⁶. Teže od toga je pitanje čine li sve sukcesivne činidbe jednu cjelinu, kad bi u slučaju neispunjenja jedne od njih bio moguć raskid ugovora u cjelini, ili ne čine, kad bi u slučaju neispunjenja jedne od njih ugovor mogao biti raskinut samo glede

130 Čl. 18. ZPPZ.

131 Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hnosell – Vogt – Wiegand (ur.): Obligationenrecht I; Honsell – Vogt – Watter (ur.) Obligationenrecht II, 3. izd. (dalje: Basler) I, s. 498.

132 Čl. 177. st. 1. ZOO.

133 Kraemer s. 112.

134 Zobl/Kramer, s. 216. – 217.

135 Tako navode Schwintowski/Schaefer, s. 918.

136 Tako i Schwintowski/Schaefer, s. 918.

budućih periodičnih činidbi¹³⁷. Prema autoru, na ovo pitanje se ne može odgovoriti općenito, nego glede pojedinih vrsta swapa.

Čistim ugovorom o valutnom swapu strane dva puta, u obrnutim smjerovima, razmjenjuju isu vrijednost u različitim valutama, i očito bez druge razmjene svrha ugovora ne može biti postignuta ni za jednu ugovornu stranu. Iz toga proizlazi da sve činidbe ugovornih strana čine jednu cjelinu.

Čistim ugovorom o kamatnom swapu jedna strana periodično plaća drugoj svotu koja odgovara razlici između fiksne i varijabilne kamatne stope na određenu glavnicu pri čemu je svrha za jednu stranu otklanjanje rizika promjene (varijabilne) kamatne stope. Iz toga bi proizlazio zaključak kako ovdje svrha ugovora djelomično može biti postignuta i djelomičnim ispunjenjem, odnosno kako se ne može reći da vjerovnik ne bi imao interesa za djelomično ispunjenje. Znači da sve činidbe, odnosno pojedinačna plaćanja ne bi činila jednu cjelinu.

7.3.2. Valutni swap

Prema autoru ugovor o valutnom swapu koji se odnosi na domaću i stranu valutu, u temeljnom obliku, koji podrazumijeva samo razmjene novčanih svota u različitim valutama, a ne i plaćanje kamata, odgovarao bi ugovoru kojim se istovremeno sklapaju dva kupoprodajna ugovora tako da jedna strana u prvom ima svojstvo prodavatelja, a u drugom svojstvo kupca, a druga strana obrnuto.

Strana valuta koju se strane obvezuju isplatiti prva sad, a druga kasnije, je predmet oba kupoprodajna ugovora, koji se prodavatelj obvezuje prenijeti, tj. isplatiti, a domaća valuta koju se strane obvezuju isplatiti, druga sad, a prva kasnije, je cijena, koju se kupac obvezuje isplatiti prodavatelju.

Imajući u vidu da predmet prodavateljeve obveze redovito čine stvari i prava¹³⁸, potrebno je utvrditi odgovara li strana valuta pojmu mogućih predmeta prodavateljeve obveze, a analizu započeti prikazom pojma novca.

On je opće mjerilo vrijednosti i ujedno je zamjenjiv za druga dobra, a ta mu svojstva daje okolnost što države prisilnim propisima određuju što je novac na njihovom državnom području. Posebno, zamjenjivost za sve druge vrste dobara proizlazi iz vjerovnikove obveze primanja, kad dužnik ispunjava novčanu obvezu, onoga što propisi određuju kao novac, a to se naziva zakonsko sredstvo plaćanja. Drugim riječima, novcem na području određene države, sa stajališta obveznog prava, treba uzeti samo ono što njeni (prisilni) propisi određuju kao zakonsko sredstvo plaćanja¹³⁹.

De lege lata novčana jedinica, tj. valuta RH je kuna i ona je zakonsko sredstvo

137 Prema čl. 365. ZOO zakašnjenje s ispunjenjem jedne od uzastopnih obveza u pravilu omogućava raskid ugovora samo glede budućih obveza, a glede dotad ispunjenih samo ako vjerovnik za «njihovo ispunjenje bez ostalih ispunjenja» nema interesa, što je slučaj kad sve uzastopne obveze čine jednu cjelinu. Iscrpnije v. u Komentar ZOO, s. 548. i dalje.

138 Komentar ZOO, s. 576.

139 Podrobnije v. u Slakoper, Zvonimir (ur.): Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet u Rijeci, 2007., s. 71. i dalje.

plaćanja u RH¹⁴⁰, stoga novcem u RH, odnosno kad se primjenjuje pravo RH treba uzeti samo kunu. *A contrario*, druge novčane jedinice, odnosno valute u RH nisu novac u pravnom smislu, pa proizlazi da obveza plaćanja domaće valute ima karakter obveze plaćanja, odnosno karakter novčane obveze, koja se kod kupoprodaje naziva cijena, dok obveza plaćanja strane valute nema karakter novčane obveze. Stjecatelj strane valute, naime ne stječe zakonsko sredstvo plaćanja neposredno razmjnjivo za sva druga dobra, koje ujedno vjerovnici novčanih obveza moraju primiti kad dužnici tih obveza ponude plaćanje.

Dakle, strana koja isplaćuje domaću valutu, ima svojstvo kupca, a da bi ugovor o valutnom swapu odgovarao kupoprodaji, strana valuta, koju isplaćuje druga strana, mora odgovarati pojmu jednog od mogućih predmeta prodaje.

Prema ZOO prodavatelj se kupcu obvezuje predati svar, a «prodavatelj nekog prava ... pribaviti to pravo kupcu»¹⁴¹, što podrazumijeva da predmet prodaje može biti i pravo i to «svako subjektivno i prenosivo pravo iz bilo kojega pravnog područja»¹⁴², a za mogućnost da ono bude predmet kupoprodaje nužno je samo da se radi o subjektivnom i prenosivom pravu¹⁴³.

Kad bi druga strana prvij predavala stranu valutu u obliku stvari (novčanica i kovanog novca), moglo bi se stranu valutu uzeti kao stvar. No, kako smisao novca u općenitom smislu, dakle i strane valute, nije u materijalnosti nego u tome da nosi i ima vrijednost....., te kako strane ne ispunjavaju obveze plaćanja predajom novčanica, nego prijenosom novčane tražbine na račun vjerovnika, tj. tzv. žiralnim ili knjiškim novcem, otpada mogućnost da se strana valuta uzme kao stvar, a ostaje mogućnost da se uzme kao pravo.

Imatelj strane valute, odnosno terminologijom ZDP-a, stranih sredstava plaćanja, bilo u obliku novčanica ili tražbine od banke temeljem ugovora o depozitu ili ugovora o tekućem računu, u vezi s tom stranom valutom ima odgovarajuće pravne ovlasti, a kako pravne ovlasti čine sadržaj subjektivnog prava¹⁴⁴, može se reći da strana valuta predstavlja određeno subjektivno pravo njenog imatelja. To pravo je neprijeporno imovinsko pravo, a ne pravo osobnosti, i nije neodvojivo od osobe njegova imatelja, nego je prenosivo, iako ne neograničeno, nego u okvirima koje određuje ZDP.

Stoga držimo da se strana valuta može supsumirati pod pojam subjektivnog prenosivog prava i da tako ulazi u okvir mogućih predmeta obveze prodavatelja, odnosno mogućih predmeta prodaje.

Iduće pitanje je što bi bila cijena koju se obvezuje platiti kupac strane valute. Odgovor je tečaj strane valute jer je svota domaće valute koju se kupac obvezuje platiti rezultat izračuna vrijednosti strane valute uz primjenu tečaja te valute prema HRK. Dapače, osobe koje objavljuju tečajeve stranih valuta i same tečaj uzimaju kao cijenu, jer u tečajnoj listi naznačuju cijenu kad stranu valutu prodaju («prodajni

140 Čl. 21. st. 1. i 2. ZHNB;

141 Čl. 376. st. 2. ZOO.

142 Komentar ZOO, s. 577.

143 Tako i Komentar ZOO, s. 577.

144 Klarić/Vedriš, s. 66. i dalje.

tečaj») i kad stranu valutu kupuju («kupovni tečaj»). Izloženo dovodi do supsumiranja ugovora o valutnom swapu, koji se odnosi na domaću i stranu valutu, pod pojam kupoprodaje.

Dosljedno tomu, ako bi se ugovor o valutnom swapu odnosio na dvije strane valute, a ne na domaću i stranu, on bi u hrvatskom pravu odgovarao pojmu ugovora o razmjeni, jer se tim ugovorom strane obvezuju razmijeniti stvari ili prenosiva prava¹⁴⁵ u koja, kao što je navedeno, treba ubrojiti stranu valutu.

U slučajevima kad, osim obveza isplate određene novčane svote, ugovor o valutnom swapu sadrži i obvezu plaćanja kamata na primljenu glavnicu, ugovor bi odgovarao pojmu ugovora o zajmu i to bez obzira radi li se o kamati po fiksnoj ili po promjenjivoj (varijabilnoj) kamatnoj stopi. Naime, predmet ugovora o zajmu može biti novac, ali i zamjenjive stvari i zamjenjiva prava¹⁴⁶. Kako je neprijeporno da strana valuta – bilo u obliku novčanica ili tražbine na bankovnom računu, nije individualnost (*species*), nego je zamjenjiva, moguće ju je uvrstiti u pojam zamjenjivih prava i kroz to ona može biti predmet ugovora o zajmu.

Razumije se da bi se ustvari radilo o istovremenom sklapanju dva ugovora o zajmu, pri čemu su u drugom ugovoru strane zamijenilo svojstva zajmodavatelja i zajmoprimatelja iz prvog ugovora.

7.3.3. Kamatni swap

Za potrebe pravne kvalifikacije ugovora o kamatnom swapu, osim literature, koristili smo i obrazac ugovora jedne banke, objavljen na internetskoj stranici te banke, koji stoga ujedno uzimamo kao standardni ili tipski ugovor o kamatnom swapu te banke¹⁴⁷.

Prema izričaju ugovorne odredbe jedna se «strana obvezuje platiti drugoj kamatu dobivenu obračunom dogovorene varijabilne ili fiksne kamatne stope na određenu glavnicu, dok se druga ugovorna strana obvezuje platiti prvoj kamatu dobivenu obračunom dogovorene varijabilne ili fiksne kamatne stope na određenu glavnicu». Ove obveze ugovornih strana podrazumijevaju prethodno ugovaranje svota i valuta glavnice za koju će se obračunavati ugovorene kamate i određivanje varijabilne ili/i fiksne kamatne stope i «ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti».

Međutim, ni iz jedne odredbe tog standardnog ili tipskog ugovora ne proizlazi da bi bilo jedna ili druga strana bile dužne isplatiti drugoj strani glavnicu na koju se obračunavaju ugovorene kamate. Kako te obveze nema, svote koje se strane međusobno obvezuju platiti nemaju i ne mogu imati karakter kamate, jer karakter kamate može imati samo svota koja se plaća u svezi s nekom glavnicom. Ako ne postoji tražbina glavnice, ne može postojati ni tražbina kamate, što je neprijeporno i

145 Čl. 474. ZOO. Podrobnije v. u Komentar ZOO, s. 738. – 740.

146 Komentar ZOO, s. 765.

147 [Http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20\(IRS\).doc](http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20(IRS).doc)

u poredbenoj literaturi¹⁴⁸.

Iz toga proizlazi da ugovor o kamatnom swapu ne može biti kvalificiran kao ugovor o zajmu. On ne može biti kvalificiran ni kao ugovor o kupoprodaji, jer obje strane imaju obvezu plaćanja, odnosno ni jedna od njih nema obvezu predaje stvari ili prijenosa prava, niti kao ugovor o razmjeni, zato što obje strane imaju obvezu plaćanja, a ne obveze predaje stvari ili prijenosa prava. Također, ako se karakteristične bitne obveze ugovornih strana usporede s bitnim obvezama strana drugih imenovanih ugovora, proizlazi da se ugovor o kamatnom swapu ne može podvesti pod pojam ni jednoga imenovanog ugovora opisanog u ZOO.

Prema tomu, preostaje da se ovaj ugovor uzme kao atipični, odnosno neimenovani ugovor. Dosljedno, na njega se ne mogu primjenjivati pravila ZOO koja uređuju neki od imenovanih ugovora, nego samo opća pravila koja se primjenjuju na sve naplatne (potpune dvostranoobvezne) ugovore.

Uz to treba reći kako ugovor o kamatnom swapu treba uvrstiti među apstraktne, a ne među kauzalne, pravne poslove, jer iz tog ugovora nije razvidna kauza, odnosno gospodarska svrha obvezivanja. Dapače, ona u okviru samog tog ugovora ni ne postoji, nego postoji samo u svezi s drugim pravnim poslovima koje ugovorne strane poduzimaju s trećim osobama.

U svezi s posljednje spomenutom činjenicom treba reći i kako ugovor o kamatnom swapu u pravilu nije pravno povezan s pravnim poslovima koje njegove strane poduzimaju s trećim osobama. Makar ti poslovi i ugovor o kamatnom swapu čine jednu gospodarsku cjelinu koja ima jedinstvenu svrhu, pravna sudbina ugovora o kamatnom swapu neovisna je o pravnoj sudbini pravnih poslova s kojima je on gospodarski povezan. Na primjer, zakašnjenje ili neispunjenje obveza iz tih poslova ne utječe na prava i obveze strana ugovora o kamatnom swapu, ni vice versa. Jedino iznimno, u slučaju ugovaranja cross default klauzule, postoji pravna veza između ugovora o kamatnom swapu i pravnih poslova s kojima je gospodarski povezan.

7.3.4. *Kombinirani kamatno-valutni swap*

Kod kombiniranog kamatno-valutnog swapa strane se obvezuju na početku razmijeniti glavnice u različitim valutama prema aktualnom tečaju, a tijekom trajanja ugovora na periodična plaćanja čvrstog iznosa u jednoj valuti i varijabilnog u drugoj valuti. Dakle, različito nego kod čistog kamatnog swapa, gdje strane međusobno ne isplaćuju glavicu, tj. nominalni iznos, ovdje strane to čine, iz čega proizlazi da periodične isplate ovdje zaista imaju karakter kamata koje se plaćaju za korištenje glavnice. Po tomu je ova vrsta swapa slična ranijim uzajamnim zajmovima kod kojih su dva društva iz različitih država jedno drugome davala zajam, svatko u svojoj domaćoj valuti, a u istim vrijednostima¹⁴⁹.

148 Kamate se uzimaju kao naknada za prepuštanje kapitala (Schwenzer, s. 55.), odnosno kao naknada za mogućnost uporabe kapitala koja ovisi o proteku vremena (Schwintowski/Schaeffer, s. 557.), odnosno kao naknada za uporabu kapitala prepuštenog na određeno vrijeme koja je neovisna od dobitku i prihodu (Palandt, s. 262.) što sve podrazumijeva postojanje glavnice.

149 Kraemer s. 153.

Iako bi se na prvi pogled ovdje zaista radilo o dva istovremeno sklopljena ugovora o zajmu, pri čemu u drugom, strane imaju zamijenjene uloge zajmodavca i zajmoprimca, u njemačkoj literaturi se navodi kako to nije uzajamni ili dvostruki zajam zato jer jedna strana drugoj daje istu vrijednost i zato jer smisao ugovora nije u prepuštanju kapitala na uporabu¹⁵⁰. Umjesto toga on bi bio atipični ugovor kod kojeg su prisutni i međusobno neodvojivi elementi zajma i razmjene¹⁵¹.

Zbog zadnje navedenih razloga ovo je stajalište prihvatljivo i za hrvatsko pravo.

7.4. Posebno o aleatornosti ugovora o swapu

7.4.1. U poredbenom pravu

U poredbenom općem obveznom pravu ugovori o swapu razmatraju se u okvirima prikaza aleatornih pravnih poslova, kod kojih u trenutku nastanka prava i obveze strana još nisu u cijelosti poznati, nego su ovisni o nekom vanjskom i neizvjesnom događaju¹⁵². Oni se uvršćuju među nepotpune obveze zato što njihovim poduzimanjem ne nastaju utužive tražbine, odnosno obveze¹⁵³.

Točnije govoreći swapovi se spominju kao jedan od diferencijalnih poslova, koji čine jednu skupinu ugovora na sreću, čija svrha je u osiguranju dobitka ili izbjegavanju gubitka pozivom na fluktuaciju vrijednosti ili cijene imovine bilo koje vrste¹⁵⁴. Istovremeno se vide i kao terminski poslovi.

Temeljno i općenito pravilo koje postoji u svezi s igrama i okladama je pravilo prema kojem iz njih ne nastaje zahtjev odnosno obveza¹⁵⁵ i ono se odnosi i na «diferencijalne poslove i takve poslove o isporukama roba ili vrijednosnih papira, koji imaju karakter igre ili oklade»¹⁵⁶.

U švicarskom pravu, unatoč tomu, kad se takav ugovor sklapa radi osiguranja od rizika promjene tečaja predmeta ugovora (hedging), prigovor postojanja karaktera igre ne može se staviti¹⁵⁷, što znači da nastale obveze nisu nepotpune, nego potpune, tj. da stranama pripadaju i odgovarajući zahtjevi. S druge strane, kad se ugovor sklapa u špekulativnu svrhu, postoji mogućnost prekoračenja granice pojma igre, ali

150 Kraemer s. 153.

151 Kraemer s. 155.

152 V. Klarić/Vedriš, s. 111.

153 Par. 762. njemačkog Bürgerliches Gesetzbuch (dalje: BGB) i čl. 513. švicarskog Obligationenrecht (dalje: OR).

154 Prema engleskom Financial Services and Markets Act 2000, Schedule 2, diferencijalni posao je «(a) a contract for differences; or (b) any other contract the purpose or pretended purpose of which is to secure a profit or avoid a loss by reference to fluctuations in- (i) the value or price of property of any description; or (ii) an index or other factor designated for that purpose in the contract»; <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/20000008.htm>. Slično za švicarsko pravo v. Basler I, s. 2670., a za njemačko Palandt, s. 1127.

155 Čl. 513. st. 1. OR i par. 762. st. 1. BGB.

156 Čl. 513. st. 2. OR.

157 Basler I, s. 2675. – 2676.

samo sklapanje u špekulativnu svrhu ne dovodi do neutuživosti tražbine, a postoji i predmnjeva da se terminski ugovori ne sklapaju s nakanom igre¹⁵⁸.

Slično tomu i u njemačkom pravu¹⁵⁹.

I u engleskom pravu igrom ne nastaje utuživa tražbina i postavlja se pitanje predstavljaju li izvedenice igru, odnosno okladu, koja postoji kad dvije strane imaju suprotna gledišta o nastanku budućeg neizvjesnog događaja i sporazumijevaju se o dobitku one strane čije se gledište pokaže točnim. No, u sudskoj praksi izraženo je gledište kako se ne radi o okladi ako se ugovor sklapa u dobroj vjeri iz komercijalnih razloga i ako element oklade ne preteže i nije bit transakcije. Nakon donošenja Zakona o financijskim uslugama iz 1986. izvedenice kredita, što uključuje i kamatne swapove, treba uzeti kao investiciju koja je i izuzeta od primjene Zakona o igrama izričitom odredbom tog Zakona¹⁶⁰.

Stoga se može zaključiti da i u engleskom pravu sklapanjem ugovora o swapu nastaje utuživa tražbina.

7.4.2. U hrvatskom pravu

Sa stajališta hrvatskog prava, na pitanje aleatornosti ugovora o swapu treba primijeniti pravna pravila austrijskog ABGB i važećih propisa.

Pravna pravila austrijskog ABGB treba primijeniti zato što drugi važeći propisi obveznog prava, a napose ZOO, ne uređuju ugovore na sreću, te zato što se pravna pravila austrijskog ABGB mogu primijeniti temeljem Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941.¹⁶¹ prema kojemu se propisi, koji su bili na snazi 6. travnja 1941. mogu primjenjivati u RH kao pravna pravila na odnose koji nisu uređeni važećim propisima, ako su, u skladu s posebnim propisima, do 31. prosinca 1991. primjenjivana u RH i ako su, u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Ukratko, pravila ABGB mogu se primijeniti, između ostalog, ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Ugovori na sreću su ugovori kojima se obećava i prihvaća nada neke koristi, koja se još ne zna, a mogu biti naplatni ili besplatni ovisno o tomu je li druga strana nešto zauzvrat obećava ili ne obećava¹⁶². Na prvom mjestu u ugovore na sreću ubrajaju se oklada i igra. Oklada postoji kad o nekom događaju koji je objema stranama nepoznat u trenutku sklapanja ugovora, strane ugovaraju određenu cijenu u korist one strane čija tvrdnja o tom događaju je bila uspješna¹⁶³, a posebno je važno istaći kako se cijena ne može potraživati putem suda¹⁶⁴, što znači da okladom ne nastaje utuživa tražbina, odnosno zahtjev.

158 Zobl/Kramer, s. 207.

159 Palandt s. 1127

160 Hudson, Credit, s. 56. – 58. V. i Firth, 3-029 – 3-031.

161 NN 73/91.

162 Par. 1267. austrijskog Allgemeine Buergerliche Gesetzbuch (dalje: BGB).

163 Par. 1270. ABGB.

164 Par. 1271. ABGB, a identično i čl. 513. OR., par. 762. BGB, te u engleskom pravu prema Hudson, Credit, s. 56.

Jednostavnije rečeno, utuživa tražbina ugovorne strane ne nastaje kad o budućem neizvjesnom događaju ovisi treba li ugovorena korist pripasti jednoj ili drugoj strani, tako da u slučaju pojave događaja ona pripadne jednoj, a u slučaju da se on ne pojavi drugoj strani. Stoga je bitno ustanoviti postoje li takve okolnosti u slučaju sklapanja ugovora o swapu: ako one postoje, ugovor ima karakter oklade i ne bi nastala utuživa tražbina, a ako ne postoje utuživa tražbina nastaje.

Ugovor o čistom kamatnom swapu odgovara pojmu oklade jer se u trenutku sklapanja ugovora ne zna koja će strana drugoj strani biti dužna platiti. Naime, promjena kamatne stope je stranama nepoznata, a o njoj ovisi hoće li, nakon prijeboda međusobnih tražbina, jedna ili druga strana biti dužna obaviti isplatu razlike drugoj strani.

Bitno drukčije, ugovor o čistom valutnom swapu nema karakter oklade jer su u trenutku sklapanja ugovora poznati i pravni položaj ugovornih strana, odnosno njihove obveze, i same obveze koje su određene.

Stoga se pitanje postojanja utužive tražbine postavlja samo u svezi s kamatnim swapom. Na to pitanje treba odgovoriti istovjetno kao što je odgovoreno u švicarskom, njemačkom i engleskom pravu i to iz istovjetnih razloga. Posebno treba naglasiti okolnost što su ugovorne strane trgovci, koji u okviru pozornosti dobrog gospodarstvenika svjesno preuzimaju rizik postojanja i visine svoje obveze, te što se ugovori sklapaju upravo u svrhu otklanjanja rizika promjene kamatne stope. Osim toga treba reći i kako bi se moglo uzeti da pravilo da se trgovački ugovori i ugovori na sreću ne mogu pobijati zbog prekomjernog oštećenja¹⁶⁵ podrazumijeva valjanost tih ugovora. I na kraju, u izlaganju o ugovorima o swapu u hrvatskim propisima navedeno je više propisa koji, ne samo što ne zabranjuju sklapanje tih ugovora, ili ih oglašuju ništetnim, nego izravno i izriječno ili neizravno opisuju i uređuju pojedina pitanja u svezi s tim ugovorima. To znači da ti propisi podrazumijevaju valjanost ugovora o swapu.

165 Čl. 375. st. 5. ZOO.

Summary

Currency Swaps and Interest Rate Swaps

Following the disintegration of monetary system established by the Bretton Wood agreement and enactment of the British restrictive currency regulations the currency swaps and interest rate swaps have been developed. The currency swaps are aimed at risk protection from fluctuating exchange rates of foreign currency and the interest rate swaps at risk protection from floating interest rates. Protection is accomplished by the first type of contracts in such a manner as to contractual parties stipulate the current exchange of two currencies according to the exchange rates at the time of entering into a contract and repeated exchange of the same currencies in opposite directions after the expiration of a contract and according to a stipulated exchange rate. The latter imply existence or emerging of an obligation to pay interest rates by contractual parties to third persons. More specifically, one party is obliged to pay interest rates according to fixed rate and the other party according to floating rate. With the aim to protect themselves from risks of floating interest rates oscillations these parties stipulate a payment of difference between the fixed rate and floating rate at the time of payment.

The currency swap and interest rate swap belong to financial derivatives, i.e. financial instruments which have been derived from other financial instruments, in this particular case from foreign currencies and interest rates. The swaps are present in numerous Croatian regulations as well as in domestic business practice. In business practice these contracts have regularly been stipulated, first of all, by stipulation of a framework contract, that is ISDA Master Agreement which contains provisions on general requirements applied in individual contracts subsequently stipulated in the form of sales agreement or endorsement. The last part of the article deals with a civil legal qualification of swaps in English and German law as well as conclusions on the qualification according to Croatian law. A special attention is given to the issue on swap validity in regards to its aleatory nature.

Key words: *banking contracts, currency swap, interest rate swap;*

Riassunto

CONTRATTI DI SWAP DI VALUTA E DI INTERESSI

A seguito della disintegrazione del sistema monetario costituito con l'Accordo di *Bretton Wood* e della restrittiva normativa monetaria britannica, si sono sviluppati i contratti di *swap* di valuta e di *swap* di interessi. I contratti di *swap* di valuta sono volti a proteggere dal rischio della variazione del tasso di cambio della valuta straniera, mentre i contratti di *swap* di interessi tutelano dalle fluttuazioni del tasso variabile degli interessi. Nel primo tipo di contratto, al fine di perseguire la tutela, le parti stabiliscono l'attuale cambio delle due valute secondo il tasso corrente al momento della contrattazione, come pure un nuovo scambio delle stesse valute nel senso opposto alla scadenza del tempo stabilito dal contratto, e ciò in base al tasso prestabilito. Il secondo tipo di contratto, invece, presuppone l'esistenza o la costituzione di un'obbligazione di corresponsione degli interessi delle parti contrattuali verso soggetti terzi, ossia l'obbligazione in capo ad una parte di corrispondere gli interessi a tasso fisso, mentre per la controparte di corrisponderli a tasso variabile. Al fine di evitare il rischio della fluttuazione del tasso variabile, le parti concordano di versare la differenza tra il tasso fisso e quello variabile al momento del pagamento.

I contratti di *swap* di valuta e di interessi si annoverano tra i derivati finanziari, ossia tra i c.d. strumenti finanziari, che derivano da altri strumenti finanziari, nel caso di specie dalle valute straniere e dagli interessi. Essi sono presenti, sia in diverse leggi croate, che nella prassi nazionale. Nella prassi professionale solitamente questi contratti vengono conclusi attraverso la previa stipula di contratti quadro, ovvero attraverso lo *ISDA Master Agreement*, con il quale si fissano le condizioni generali dei singoli contratti, i quali successivamente vengono conclusi sotto forma di conferma. Al termine del lavoro si pone in rilievo la qualifica giuridica del contratto di *swap* nei diritti inglese e tedesco; si traggono, poi, le conclusioni circa detta qualifica con riferimento al diritto croato. In particolare si analizza la questione della validità dei contratti di *swap* alla luce del loro carattere aleatorio.

Parole chiave: *contratti bancari, swap di valuta, swap di interessi.*

KORIŠTENA LITERATURA I PROPISI

1. **Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut:** Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Bd. I i II, 1987.
2. **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell – Vogt – Wiegand (ur.):** Obligationenrecht I; Honsell – Vogt – Watter (ur.) Obligationenrecht II, 3. izd.
3. **Benjamin, Joanna:** Financial Law, 2007.
4. **Bonser-Neal, C. G., Brauer, R. N., Wheatley, S.:** International Investments Restrictions and Closed-End Country Fund Prices, The Journal of Finance, Vol. 45 (2), lipanj 1990, American Finance Association
5. **Brealey, Richard A. – Myers, Stewart C.:** Principles of Corporate Finance, 1988.
6. **Claussen, Carsten Peter:** Bank- und Boersenrecht, 2. izd.
7. **Firth, Simon:** Derivatives Law and Practice, 2004.
8. **Gengatharen, Rasiah:** Derivatives Law and Regulation, Kluwer Law International, 2001.
9. **Gorenc, Vilim – Slakoper, Zvonimir – Filipović, Vladimir – Brkanić, Vlado:** Komentar Zakona o trgovačkim društvima, 3. izd.
10. **Gorenc, Vilim (ur.):** Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005.
11. **Građanski zakonik njemački (Buergerliches Gesetzbuch)**
12. **Henderson, Schuyler K:** Henderson on Derivatives, LexisNexis UK, 2004.
13. **Hudson, A.:** Modern Financial Techniques, Derivatives and Law, Kluwer Law International, 2000.
14. **Hudson, Alastair (ur.):** Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues, 1999.
15. **Hudson, Alastair:** Swaps, Restitution and Trusts, Sweet & Maxwell, 1999.
16. **Hudson, Alastair:** The Law on Financial Derivatives, Sweet & Maxwell, 2002.
17. **Hull, J.C.:** Options, Futures and Other Derivatives, 6th edition, Prentice Hall, New Jersey, 2006.
18. **James, Simon:** The Law of Derivatives, LLP Professional Publishing, 1999.
19. **Jurman, A.:** Mogućnosti primjene kamatnih swapova u hrvatskom bankarstvu, Zbornik Radova Sveučilišta u Rijeci, Ekonomski fakultet, god. 22 (1), svibanj 2004, str. 69-86.
20. **Klarić, Petar – Vedriš, Martin:** Građansko pravo, 9. izdanje
21. **Kolb, Robert W., James, Overdahl A.:** Financial Derivatives, 2003.
22. **Kraemer, Lutz:** Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis, 1999.
23. **Nobel, Peter:** Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. izdanje
24. **Opći građanski zakonik austrijski (Allgemeine Buergerliche Gesetzbuch)**
25. **Orsag, Silvije:** Vrijednosni papiri, 2003.
26. **Overdahl, J.A.:** Futures, Options, and Swaps, 5th ed., Blackwell Publishing, Oxford, 2007.
27. **Palandt,** Buergerliches Gesetzbuch, 62. izd.
28. **Rebmann, Kurt – Saecker, Franz Juergen – Rixecker, Roland (hrgs.):** Muenchener Kommentar BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd 2a, 4. izdanje
29. **Rose, S. P.:** Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston 1991.
30. **Schwintowski, Hans-Peter – Schaefer, Frank A.:** Bankrecht, 1997.
31. **Slakoper, Zvonimir (ur.):** Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet u Rijeci, 2007.
32. **Strahinjić, Ratko:** Ugovor o valutnom i kamatnom swapu, magistarski rad, Pravni fakultet, Zagreb, 1991.

33. **Wadsley, Jan – Penn, Graham:** *The Law Relating to Domestic Banking*, 2000.
34. **Wood, Philip R.:** *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting*, Sweet & Maxwell, 1995.
35. **Zakon o deviznom poslovanju**, NN 96/03, 140/05 i 132/06
36. **Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci**, NN 75/08
37. **Zakon o investicijskim fondovima**, NN 150/05
38. **Zakon o obligacijama švicarski (Obligationenrecht)**
39. **Zakon o obveznim i dobrovoljnim mirovinskim fondovima**, NN49/99, 63/00, 103/03, 177/04, 71/07
40. **Zakon o obveznim odnosima**, NN 35/05 i 41/08
41. **Zakon o platnom prometu u zemlji**, NN 117/2001
42. **Zakon o trgovačkim društvima**, NN 111/1993, 34/1999, 121/1999, 118/2003 i 107/2007
43. **Zakon o tržištu kapitala**, NN 88/08
44. **Zobl, Dieter – Kramer, Stefan:** *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, 2004.

SOME LABOUR AND SOCIAL QUESTIONS IN THE EUROPEAN UNION PORT SECTOR

Dr. Boris Jerman, docent
The Faculty of Maritime Studies
and Transport Portorož,
Luka Koper,
Republika Slovenija

UDK: 349.22::061.1EU
349.3::061.1EU
Ur.: 27. ožujka 2009.
Pr.: 12. svibnja 2009.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

NEKA PITANJA IZ RADA I SOCIJALNA PITANJA U LUČKOM SEKTORU EUROPSKE UNIJE

Devedesetih godina prošlog stoljeća lučki sektor je doživio značajne promjene. Dodirna je točka ovih promjena liberalizacija u pristupu tržištu lučkih usluga. Ova je pojava utjecala na sve zainteresirane strane koje imaju veze s lukama, između ostalog i na lučke radnike. Nije li različito organiziranje lučkih radnika kako bi zaštitili svoja radna i socijalna prava u suprotnosti s Ugovorom o Europskoj zajednici i drugim EU propisima o tržišnom natjecanju bilo je jedno od glavnih pitanja koje je pratilo liberalizaciju pristupa tržištu lučkih usluga. Odgovor na ovo pitanje je negativan budući da ne spadaju u poduzetništvo prema odredbama Ugovora o Europskoj zajednici te se na njih ne mogu primjenjivati niti odredbe o tržišnom natjecanju tog Ugovora. Iako je radni i socijalni status lučkih radnika uistinu složen ne postoji posebno zakonodavstvo koje bi ga reguliralo. U tom se pogledu trebaju primijeniti odredbe Ugovora o Europskoj zajednici i opće zakonodavstvo Europske unije iz područja rada i socijalnih pitanja. Postojali su neki pokušaji usvajanja posebnog zakonodavstva za tržište lučkih usluga koje je također sadržavalo odredbe o radnom i socijalnom statusu lučkih radnika, no svi su ti pokušaji propali. Posljednji EU dokument iz područja tržišta lučkih usluga je Priopćenje o europskoj lučkoj politici. U sebi sadrži neke teme koje se odnose na radni i socijalni status lučkih radnika. Tako je državama članicama i državama u postupku pridruživanja predloženo da vode računa o radnom i socijalnom statusu lučkih radnika prilikom kreiranja svojih radnih i socijalnih politika.

Ključne riječi: lučki radnik, sindikat, lučki sektor, Smjernica o lučkim uslugama.

1. Introduction to the transformation of the EU port sector

The port sector plays an important part in the European Union's (EU) economy. Its numerous ports from the Mediterranean to the North Sea are key points of modal transfer whereas their roles are vital for the handling of 90% of Europe's international trade¹. All EU Member States are well aware of this fact. It is therefore not surprising that considerable investments have been made into the port sector and advanced technologies have been introduced in performing port services. However, this is only one aspect of the general development related to the port sector. Another important aspect is related to the legal area, more specifically to the liberalisation of the access to the market of port services, i.e., to a process which began in the early 90s with the decisions of the European Court of Justice (ECJ) and the European Commission (Commission). The essential point for them is that since dock work is not to be understood as a service performed in the public interest, there is no reason to perform it under monopoly conditions.

After the first ECJ's and Commission decisions, the EC started to work on the drafting of documents². Within the documents two Proposals for a Directive of the European Parliament and the Council on Market Access to Port Services (Port Service Directive) represented the attempt to pass from a case by case approach in regulating the port services market to a regulatory framework which would have been able in to regulate that area a systematic way. Regardless of the type of document (whether their function is *regulatory or only consultative*), they were first and foremost focused on raising the productivity and efficiency in performing port services. In this respect it is emphasized that liberalisation or open access to the market for port services on the basis of transparent and non-discriminatory procedures in granting the authorisation for performing applicable services, necessitates that the costs of port services be covered by their users³, as well as engaging private capital in financing the port infrastructure; transparency of the state funding; a consistent division of accounts whereby a managing body provides the port services etc.

The labour and social policy in ports accounts for an area which was not fully covered by the Commission in its documents and the discussions which followed,

1 COM (2007) 616 final, {SEC(2007)1339} {SEC(2007)1340} Communication on a European Ports Policy, Introduction .

2 COM (97) 678 final, *Green Paper on Seaports and Maritime Infrastructure (Green Paper)*, COM/2001/0035 final – COD 2001/0047 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council On Market Access to Port Services (First proposal for a Port service directive), COM/2004/654 final – COD 2004/0240 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council On Market Access to Port Services (Second proposal for a Port service directive); COM (2007) 616 final, {SEC(2007)1339} {SEC(2007)1340} Communication on a European Ports Policy.

3 In the past ports tended to be seen mainly as trade facilitators and growth poles for regional and national development providing services of general economic interest by the public sector and which principally were to be paid for by taxpayers; whereas now the trend has increasingly moved towards considering ports as commercial entities which ought to recover their costs entirely from port users who benefit from them directly. – Green paper, point 38. f

despite the fact that this constitutes an important area in the creation of the EU port policy. Each effort to increase the productivity and efficiency in ports should be accompanied by an optimal social and labour port policy. Therefore it can not be comprehended that labour and social rights represent mostly a factor of costs in performing port services. In recent decades more and more advanced technologies have been introduced in ports, bringing about the need for well trained dockworkers who are able to meet all the challenges of the new technologies. Such workers can contribute to raising the productivity in ports, from which the stakeholders benefit, thus, the work of such a manpower should be paid in proportion to their contribution to the raising of productivity, especially if the stakeholders want to continue successfully recruiting and obtaining such quality manpower. Well trained workforce is important not only to increase the productivity in ports, but also to prevent work accidents considering the danger present in the port environment.

Training of dockworkers and providing adequate wages is only one of the aspects of labour and social rights in the ports. There are others such as guaranteeing permanent work, reasonable work time, enough rest, adequate pension and health insurance policies, a healthy work place with as little potential dangers as possible, and the like. When making these arguments it should be taken into account that the labour in EU Member States obtained a certain level of labour and social rights that can not be overlooked in the ports, nor can it be ignored that stakeholders had benefits from a great part of labour and social rights granted to the workers.

2. Main reasons for social protection of dock workers in ports

In the past, port workers were rather disadvantaged in terms of social rights. They depended entirely on the needs of ship owners who hired them when their ships arrived in ports. This condition of temporary employment led not only European port workers, but workers all over the world to protect themselves.

There are different systems of employee social protection which are manifested in two forms: On the one hand, the dockworkers are registered in special registers kept under control by public bodies or parity committees, formed by dockworkers (or trade union associations which represent them), by ports' entities, associations of users or by port companies (depending on the kind of port management, public or private). On the other hand, dockworkers are associated into particular trade union associations, which protect their interests and conditions of labour and can be integrated into large trade union associations on both the national and international level⁴.

4 G. Righetti, *Trattato di Diritto Marittimo*, First Part, First Volume, 1987, p. 866.

3. European Community legislation on social and labour status of dock workers

EC has developed a huge amount of legislation in the labour and social area. Typically for the latter is that there are no acts regulating a specific labour and social situation in the port sector. Accordingly, it is necessary to apply the general provision of EC's primary and secondary legislation in order to regulate the dock workers status.

A discussion about the issue which EU primary and secondary legislation applies to the specific situation of port workers, could be very ample. For this reason, only the legislation from which main issues have arisen in practice, shall be mentioned hereinafter.

When discussing the EC's primary legislation it is necessary to mention the EC Treaty and to emphasize those provisions which regulate free movement of workers. Ports throughout the EC shall ensure that they do not discriminate on the basis of the nationality between employees from other Member States. Free movement of workers in ports is directly connected with the freedom of movement for workers as one of the four freedoms regulated in the EC Treaty, from Article 39 to 42. The aim of the provisions regarding the free movement of workers is to establish a unified market of labour force. Freedom of movement for workers is strongly connected with other freedoms also regulated by the Treaty (free movement of goods, services and capital), whereas its effective performance cannot be conceived without them. Although in these issues the free movement of workers has been predominantly thought of in the economic sense, it is also a social category. Freedom of movement for workers in the common market enables workers and members of their families to gain means which are necessary for improving their standard of living⁵.

The EC's Treaty provisions which regulate the freedom of free movement for workers were deliberated by the European Court of Justice (ECJ) in the case of *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielli* (*Merci Convenzionali case*)⁶ wherein ECJ stressed the incompatibility of the Italian legislation, since it stipulated that members of dock companies had to be of Italian nationality⁷.

Another very important issue in the port sector are collective agreements which set out terms of employment for a large numbers of employees. In many ports their application represents a problem because dock workers for whom the collective

5 P. Grile, *Pravo Evropske unije*, Second volume, 2001, p. 434.

6 10th December 1991, C170/90, *Il diritto marittimo*, 1991, p. 1128.

7 The court emphasized that Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaty, in particular those provided in Article 12 (this Article was Article 7 of the EEC Treaty at the time of the judgement), which contained the general prohibition of discrimination on grounds of nationality. As regards workers, these principles have been specifically applied by Article 39 (ex 48) of the Treaty. In this respect, the ECJ concluded that it should be recalled that Article 39 (ex 48), of the EC Treaty precludes, first and foremost, rules of a Member State which reserve to nationals of that States the right to work in an undertaking of that State, such as the Port of Genoa company.

agreements are valid, receive higher wages than workers on the free market and it is obvious that the productive costs are higher. In this respect a question is if such collective agreements and different systems of employee's social protection can be submitted to the EC Treaty competence provisions⁸. The answer is negative mostly because the aim of the EC Treaty competence provisions is to achieve the economic goals which are manifested in augmenting the productivity by enabling all interested subject to have equal possibility of market competition in market and not to protect social status of workers through collective agreements and other forms of their protection as, for example, registered and/or recognized dock workers, dock workers pools etc. To this end, it is important to mention the ECJ's Judgement in Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Albany case),⁹ in which where the ECJ denied that EC Treaty's competence provisions shall have regulated collective agreements¹⁰. Very similar and important ECJ's Decision for the port sector in this respect is also the Jean Claude Becu, Annie Veweire, NV Smeg and NV Adia Interim (Jean Claude)¹¹, where ECJ took the position that recognized dockers in a port area cannot be regarded as constituting an undertaking in conformity to the EC Treaty's provisions and therefore they can not be a subject of its competition provisions¹².

As regards the secondary legislation in labour and social area there is a handful of regulations, directives and communications. The secondary legislation is very important in practice which regulates safety and health at work, work equipment and protection from different risks at work. Significant part of this legislation is joined in the Directive 89/391/EEC (the "Framework" Directive) which is mentioned also in Communication on a European Ports Policy¹³ issued by the Commission after the failure of two drafts of Port Services Directive¹⁴. Among secondary legislation, one should mention regulations and directives which regulate the free movement for workers. They are issued on basis of Article 40 of the EC, which enable the

8 In EC Treaty the provisions regarding free competence are in Title VI Common Rules on Competition, Taxation and Approximation of Law from Article 81 till Article 97.

9 21. Septembre 1999, C-67/96, (1999) ECR I-5751.

10 The issue in this case was: Is a collective agreement between employers and employees to set up a »second pillar« pension fund (additional to the social security pension) an agreement which infringes Article 81 (ex 85) of the EC Treaty. The answer of the court was no, because such an agreement should be seen in the light of the social policy provisions of the EC Treaty and not in the light of competition provisions.

11 16th September 1999, C22/98, (1999) ECR I-5665.

12 See *infra* 4.1.

13 See *infra* 5.

14 See *infra* 4.2.

adoption of such secondary legislation¹⁵. In this respect many important regulations and directives were adopted.¹⁶

From many regulations and directives regulating the labour and social area we should mention expose the Working Time Directive¹⁷. It has its legal grounds in Article 138 (ex 118a) of the EC Treaty, which provides that the Council shall adopt, by means of directives, minimum requirements for encouraging improvements, especially in the working environment, to ensure a better level of protection of the safety and health of workers.

Typically for port work is that it is very unpredictable and very often depends on peaks when the work shall be organized in shifts and during the night. In this respect the Working Time Directive plays an important rule, as it sets down the minimum standards for daily rest, weekly rest period, maximum weekly working time and especially night work. All this is of great importance for the protection of dock workers, although for the port other matters are recommendable that would have been prescribed by this directive. One such matter is overtime work, which is mentioned only in preliminary provisions, where the limitation of duration of overtime work is very roughly mentioned. Another such matter is the distribution of

15 The council shall, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, issue directives or make regulations setting out the measures required to bring about freedom of movement for workers, as defined in Article 39, in particular:

(a) by ensuring close cooperation between national employment services;

(b) by abolishing those administrative procedures and practices and those qualifying periods in respect of eligibility for available employment, whether resulting from national legislation or from agreements previously concluded between Members States, the maintenance of which would form an obstacle to liberalisation of the movement of workers;

(c) by abolishing all such qualifying periods and other restrictions provided for either under national legislation or under agreements previously concluded between Member States, as imposed on workers of other Member States condition regarding the free choice of employment other than those imposed on workers of the State concerned;

(d) by setting up appropriate machinery to bring offers of employment into touch with applications for employment and to facilitate the achievement of a balance between supply and demand in the employment market in such a way as to avoid serious threats to the standard of living and level of employment in the various regions and industries.

16 Some of important secondary EC legislation regarding the freedom of movement for workers:

Council Regulation 1612/68 of October 1968 on Freedom of Movement for Workers Within the Community; OJ 1968 L 257 as amended by Council Regulation 312/76 and Council Regulation 2434/92, Council directive 73/148 on the Abolition of Restrictions on Movement and Residence Within the Community for Nationals of Members States with Regard to Establishment and the Provision of Services, Council Directive 68/360 on the Abolition of Restrictions on Movement and Residence Within the Community for Workers of Member States and Their Families, Council Directive 64/221 on Measures Concerning the Movement and Residence of Foreign Nationals which are Justified on Grounds of Public Policy, Public Security and Public Health, Council Regulation 1251/70 on the Right of Workers to Remain in the Territory of Another Member State After Having Been Employed in that State.

17 Directive 1993/104/EC as it was amended by Directive 2000/34/EC.

working time, which is sometimes inevitable because of the unpredictability of the starting time for the commencement of the stevedoring operations, mostly because of unpunctual arriving of vessels in ports.

The respect of the Directive's provision for dock work is not absolute. According to Article 17 (2), Member States can derogate certain of its provisions regarding rest, breaks, weekly rest period and length of night work in the case of activities involving the need of continuity of service or production. Such continuity is usually an indispensable condition for an effective performance of dock services. Therefore, it is not surprising that this directive explicitly defines that dock workers can be a subject to the derogation for Directive's provisions in above mentioned cases. The possibility of derogation from Directive's provisions is not unlimited and can be realised only on condition that equivalent compensation rest periods are granted to the workers concerned or, in exceptional cases, when due to objective reasons it is not possible to grant such periods, provided that appropriate protection is given to the workers concerned.

As already indicated, there are no special EC legislation regulating the labour and social relationships in port sector. The idea for starting the process of regulation via special EC legislation arose in the 90s. The labour and social area in this process was not the main goal, but it was not completely ignored by the different proposals prepared in order to achieve this goal. All attempts of regulating the port sector were to a large extent unsuccessful, mostly due to the reasons described hereinafter.

4. The main characteristics of the labour and social policy in the EU from the 90s

4.1. Court practices and Commission's Decisions

The situation of labour and social rights in EU ports is closely connected with the events which caused a great change in the comprehension of the nature of port services in the last decades. The main characteristic is that a great part of port services are no longer comprehended as services performed in the general economic interest¹⁸. The first changes in this direction happened in the 1970s when the feasibility of a joint European port policy became a point of debate¹⁹. It was only after the Judgement of the Court of Justice in the French Seamen's case²⁰ which confirmed that the general freedom and competition principles laid down in the Treaty of Rome were applicable

18 The only exemption are services performed with the intention to provide safety and environmental protection in the ports where certain exclusive rights for their performers are permitted. Typically services of that kind are technical nautical services like pilotage, towing and mooring which are provided to ensure safe navigation. – see Green Paper, point 30-35 and 85-90; Art. 14, First Proposal for a Port Service Directive; Art. 5, Second Proposal for a Port Service Directive.

19 E. Van Hoydonk, *The regime of port authorities under European law including an analysis of the port services directive*, Antwerp Maritime Law Seminars, 2003, p. 88.

20 Case 167/73, *Commission v. France* (1974) ECR 359.

to the transport sector as a whole and thus also the port sector that the port sector became aware of the immediate consequences of Community law²¹.

In the 1990s, the legal status of ports under Community law drew renewed attention with a number of ECJ and Commission Decisions. A turning point for this event in the 1990s was a decision regarding *Merci Convenzionali* case²². The company *Siderurgica Gabrielli* imported steel from Germany and entrusted the unloading of the goods to *Merci convenzionali porto di Genova s.p.a.* Because of a strike of stevedores in the port of Genova, who were organized in two single port companies with a monopoly on the loading and discharging of cargo, it was not discharged on time, and the company *Siderurgica Gabrielli* brought an action to the court for compensation for delays. Before the Italian judge decided in the matter he had submitted to the ECJ two preliminary questions: Whether Article 86 (1) (ex 90.1) precluded the application of Italian law restrictions on dock work, and whether Article 86 (2) (ex 90.2) could provide a justification based on entrustment with the provision of services of general economic interest.

The ECJ held that Article 86(1) (ex 90.1) when seen in conjunction with free trade and competition provisions precluded rules of a Member State which confers on an undertaking established in that state the exclusive right to organize dock work, and requires it for that purpose to have recourse to a dock work company whose workforce is composed exclusively of nationals of that Member State.

With regard to Article 86 (ex 90) , the ECJ held that dock work was not work of general economic interest exhibiting special characteristics or, even if it were, that the application of the competition rules would be such as to obstruct the performance of a task of general economic interest. This means that dock work does not fall under the exception of Article 86(2) (ex 90.2).

This court judgement, in which the ECJ stated that in Italy a double monopoly existed, first on the level of management²³ and second on the level of dockworkers²⁴ and the request of commissioner with responsibility for competition requesting the Italian Navigation Code to be amended, brought port reform to Italy. This reform was realized despite protests of Italian doctrine, although some of those protests appeared to have been well founded. The main problem was that the ECJ did not distinguish between the status of dock workers organized in companies and undertakings in Italian ports which were performing port services. Only dock workers in Italian ports organised in companies, which were legal entities, enjoyed under Article 110 of the Navigation Code (itl. *Codice della navigazione*) legal monopoly, because according

21 E. Van Hoydonk, *supra* 19, p. 88.

22 *Merci Convenzionali* case, *supra* 6, p. 1128.

23 Accordingly, under the Article 111 Navigation code the performing of the port services was in the hands of undertakings which received the concession from the compartment for maritime navigation and from the head of the port inspector for internal navigation, accordingly the modality prescribed by law.

24 The monopoly on the level of dockworkers meant that for performing dock operations in each port there was a company of dock workers with exclusive right to perform port operations. This exclusive right was regulated by Article 110 of the Navigation Code.

to the mentioned article, they were the only one authorized to perform loading and unloading as well as some other ports operations²⁵. There is no doubt that such a regulation is in direct contrast with EC legislation on competition. Another situation existed with undertakings performing port services, according to Article 111 of the Navigation Code. They were allowed to perform such services in Italian ports only if they were given a concession. In case all participants in the concession proceeding for performing services in ports had equal position and possibilities, the EC competition legislation was not infringed²⁶.

One of the main consequences of the reform was that the port companies were abolished and undertakings which operated in the ports could directly employ dockworkers. The next great change was self-handling, meaning that port users can perform port services by themselves if they get authorization, which requires that the following conditions be fulfilled: a ship disposes with its own equipment and crew, who are able to perform the port operations and that security is given²⁷.

The mentioned self-handling which was a consequence of the reform after the *Merci Convenzionali* case, did not produce huge oppositions of Italian stevedores, as apposed to the self-handling regulated in the two drafts of Port Service Directives. In addition, after the *allowing self-handling* in Italian legislation, ship crews did not take a great initiative in performing operations of loading and unloading in ports.

After the Decision in *Merci Convenzionali* case, many other decisions of the ECJ and the Commission regarding port services were issued²⁸ but none of them treated the labour and social relationship directly. Another very important ECJ Judgment regarding dockworkers was the case of *Jean Claude Becu, Annie Veweire, NV Smeg and NV Adia Interim (Jean Claude)*²⁹. In this case Smeg, a grain warehousing business in the Ghent port area, hired workers provided by Adia Interim, a temporary employment agency, rather than recognised dockworkers³⁰. During the proceeding

25 C. Medina, *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del trattato istitutivo della Comunità economica europea : il giudizio della corte del Lussemburgo*, Studi in onore di Enzo Volli, 1993, 273.

26 *Ibidem*, 276.

27 *Indent d*, Par. IV., Art. 16. Law no. 84/94.

28 *Holyhead I: B&I Line/Sealink*, 11th June 1992, (1992) 5 CMLR 223; *Corsica Ferries Italia v. Corporazioni Dei Piloti*, 17th May 1994, Case C-18/93, (1997) ECR I-1547, (1997) 5 CMLR 484); *Holyhead II: Sea Containers/Stena Sealink*, 21th December 1993, Case IV/34.689, OJ 1994 L15/8; *Diego Cali & Figli v. Servizi Ecologici Porto di Genova*, 18th March 1997, Case C-343/95, (1997) ECR I-1547, (1997) 5 CMLR 484, (1997) CCH 1183; *Rodby*, Commission Decision EC 94/119, 21th December 1993, OJ 1994 L55/52; *Irish Continental Group v. CCI Morlaix*, 16th May 1995, Case IV/35.388, (1995) 5 CMRL 177.

29 *Jean Claude*, *supra* 11.

30 According to Art. 1 of Belgium Law of 8 June 1972 (*Staatsblad*, 10 August 1972, p. 8826, »the 1972 Law«) no one shall cause the dock work in port areas to be performed by anyone other than recognized dockworkers. Under Article 4 of that Law, a fine is to be imposed on employers, or their employees or agents, who have caused or permitted dock work to be performed in breach of the provisions of that law or the decrees implementing it.

the national court posed two questions regarding compatibility with European Community (EC) law on Member State legislation which allows only “recognised” dockworkers to perform dock work and regarding the concept of such undertakings in the context of port activities.

In taking the decision The ECJ first stressed that the prohibition contained in Article 86 (1) (ex 90.1) of the Treaty, which appears in Part Three, Title V (now, after amendment, Title VI EC), Chapter 1-relating to the rules on competition, Section 1 – entitled “Rules applying to undertakings” – of the EC Treaty, is applicable only if the measures to which it refers concern “Undertakings”³¹. The employment relationship which recognized dockworkers have with the undertakings for which they perform dock work is characterised by the fact that they perform the work in question for and under the direction of each of those undertakings, so that they must be regarded as “workers” within the meaning of Article 39 (ex 48) of the EC Treaty. Since they are, for the duration of that relationship, incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockworkers do not therefore in themselves constitute “undertakings” within the meaning of community competition law³². Even taken collectively, the recognized dockworkers in a port area cannot be regarded as constituting an undertaking³³.

On the above basis the ECJ ruled that article 86 (1) (ex 90.1) of the Treaty does not confer the individual right to oppose the application of legislation of a Member State which requires them to have resources for the performance of dock work, exclusively to recognised dockworkers such as referred to in the Belgian “1972 Law” organising dock work, and to pay those dockworkers fair remuneration in relation to the wages of their own employees or the wages which they pay to other workers.

The decision of the ECJ was not accepted peacefully by all; it was evident that recognized dockworkers, who had an exclusive right to perform the dock work and receive much greater wages than non-recognized dockworkers, had an impact on the EU market; on the other hand there was also the opinion that they had the nature of an undertaking. This opinions derived from the widespread comprehension of an undertaking formed by the ECJ in recent years³⁴. There was the change from the subjective conception according to which the undertaking represents “a unified conception of personal, material and immaterial elements which belong to certain autonomous legal person which is directed to follow permanently a determined economic aim, to an objective-functional concept on which basis the undertaking represents ‘whichever entity’ which exercises the economic activity disregarding the

31 Jean Claude, *supra* 11, para. 24.

32 *Ibidem*, para. 26.

33 *Ibidem*, para. 27.

34 See M. Brignardello, *La disciplina italiana e belga del lavoro portuale al vaglio della Corte di Giustizia CE nelle sentenze Porto di Genova e Porto di Gand*, *Il diritto marittimo*, 2000, p. 477.

juridical status of a determined entity and its mode of financing”³⁵. When studying if recognised dock-workers can have the characteristics of an undertaking, the aim of their organising should be taken into account. In case of recognized dockworkers from Gent it is more evident that they rather organised themselves in order to protect their social status than to run a lucrative activity in the market, which is one of the key elements in defining an undertaking.

4.2. Documents of the EC bodies

After some very significant ECJ and Commission Decisions the latter issued the Green Paper on Seaports and Maritime Infrastructure (Green Paper). The Green Paper does not represent a binding document for EU Members. Its purpose is to launch a wide ranging debate on individual port issues and possible future policies which should help to increase port efficiency and improve port and maritime infrastructure by integrating ports into the multimodal trans-European network and should also meet the Community responsibilities under the Treaty to ensure free and fair competition in the port sector³⁶. From its text it is evident that the Green Paper supports free access to the market of port services for all those port services where it is not necessary to protect public interests (*services related to the cargo*) and consistent respect of EC competition laws. The paper also emphasised the necessity of attracting private capital to invest in port infrastructure and that port services are financed by port users on commercial principles, ensuring that investments and services rendered by port service providers will be demand driven. Labour and social policy are not the central points of the Green Paper. They are mostly mentioned in the context of the rigidities which are still characteristic a cargo handling services. Examples are the registration of port workers and the existence of labour pools in a number of EU ports, which have their origin in the past, when port work was highly irregular, in order to cope with the “peaks”, mainly due to the unpredictable pattern of ship arrivals. Generally restrictions or conditions for registration do not pose problems as long as they are non-discriminatory, necessary and proportional. On the other hand an obligation for port operators to participate in the pools and or use exclusively workers who are members of the pool for their port operations may under certain circumstances constitute a de-facto restriction to the market access³⁷. The Green Paper does not describe these circumstances but it is not difficult to envisage situations where pools or other organisations of dock workers, which have the monopoly on labour work,

35 In this respect M. Brignardello compares the decision of ECJ from 13 July 1962, Klöckner, Werke AG, Hoesch AC v. High Authority of the European Coal and Steel Community, Racc. 1962, p. 600, with contemporary court practice from 90’s and namely ECJ , 18. June 1998, Case 35/96, European Commission v. Republic of Italy, *Il diritto marittimo*, 1999, p. 494; ECJ 19. January 1994, Case 364/92, SAT Fluggsellschaft mbH v. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne, *Foro it*, 1994, IV, p. 308; ECJ, 23. April 1991, Case 41/90, Höfner and Elsnér v. Macroton GmbH *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 1992, p. 1326. – *Ibidem*.

36 Green Paper, Executive Summary, point 3.

37 Green Paper, point 84.

have an influence on the restriction of market access and consequently on the costs of services. In *Merci Convenzionali* case it was emphasised that the unloading of the goods could have been effected at lower cost by the ship's crew, so that compulsory recourse to the services of the two undertakings enjoying exclusive rights involved additional expense³⁸.

The next step of the Commission in its attempt to regulate the market of port services was the first proposal for a Port Service Directive. The main intention of that proposal was to set the frame of uniform legislation of EU Member states regarding access to the market of port services, assuring the performance of the provision of competition and the separation of the public port management from the private. It was the first attempt at designing a specific European legal regime for the port sector. From the establishment of the EC the port sector remained the only sector without a specific legal framework. The consequence of such a situation was that the Commission was forced to meet case by case the eventual problems connected with free competition and fundamental liberties (freedom of establishment, free circulation of labour, goods and services) regulated by the Treaty³⁹. When the Commission issued the first proposal for a Port Service Directive it arose from the principles contained in the Lisbon Agenda, which emphasised the interest of liberalisation of all sectors in transport.

The first proposal for the Port Service Directive left to the Member States autonomy in regulating the area of social policy. In other words, it did not affect the application of the social legislation of Member States, including relevant rules on the employment of personnel⁴⁰.

One of the most contestable provisions, which essentially contributed to its rejection in the EU Parliament on 20 November 2003 was the provision regulating self-handling, which permitted Member States to take the necessary measures to allow self-handling to be carried out in accordance with the Directive⁴¹. On the basis of this provision the dockworkers and their associations were afraid of a work reduction. The port/user self-handler should not have been obliged to call on local service providers established within the port⁴². This would inevitably put pressure on the system of mandatory recognition or registration of dockworkers as laid out in Convention 137 of the International Labour Organisation of 1973 granting priority of engagement to registered dockworkers⁴³.

38 *Supra* 6.

39 M. Vernola, *Direttiva servizi portuali: Motivi di un naufragio*, *Il diritto marittimo*, 2006, p. 779.

40 In the Art. 15 of first proposal for Port Service Directive it was defined that without prejudice to the application of Directive, and subject to the other provisions of Community law, Member States shall undertake the necessary measures to ensure the application of their social legislation.

41 Par. 1, Art. 11, first proposal for Port Service Directive.

42 E., Van Hoydonk, *Prospects after the rejection of the European Port Services Directive*, *Il diritto marittimo*, 2004, p. 854.

43 Art. 3 (2) Convention C 137.

After the rejection of the first proposal for a Port Service Directive the Commission started to work on a second proposal. That proposal had its origin in the so called "Port Package" adopted by the Commission on 13 February 2001, which contained the first proposal for a Port Service Directive⁴⁴.

One of the important challenges of the second proposal for a Port Service Directive was assuring social stability. This proposal took a quite neutral position regarding social policy. It did not affect the application of the social legislation of Member States. The only requirement was that national social legislation must not be 'below' whatever was laid down by applicable community legislation⁴⁵.

Among the provisions of the second proposal for Port Service Directive which would have an impact on employment in the ports it is worthwhile mentioning the provisions which regulate self-handling. It was treated as a situation in which an undertaking (a self-handler), which could normally buy port services, provides these services for itself, using its own land-based personnel⁴⁶. This represented a compromise in respect of a first proposal for a Port Service Directive, where the port users were not obliged to use land-based personnel. The only exemption in the second proposal for a Port Service Directive where self-handling in performing cargo handling operations and passenger services was permitted by using the vessel's regular sea-faring crew was the authorised regular shipping service carried out in the context of Short Sea Shipping and Motorway of the Seas cargo operations⁴⁷. Authorised Regular Shipping Service was the regular short-sea service, which operated exclusively between ports situated in the customs territory of the Community⁴⁸. This meant that self-handling with non-land-based personnel was not possible in case the above mentioned sea service came from, went to or called at ports outside the Community Customs territory or a free zone of a port in this territory. The main aim of this compromise was to increase the employment in ports, with local communities as main beneficiaries. Although the system of self-handling according to the second proposal for a Port Service Directive did not represent such a danger for the reduction of jobs of dockworkers as the first proposal, it has been criticised for favouring ship owners who will integrate the ports in their productive chains. It will not have as a consequence the increase of productivity in the ports, but mostly the exclusion of port operators and users of port services from the market. The port terminal opened on the basis of self handling to all interested parties becomes a mono-client terminal of the ship owner, who will thereby obtain through financial and economic power a kind of leverage to exclude or to dictate the quota of the maritime traffic to competitors and

44 M. Vernola, *supra* 39, p. 778.

45 Art. 4., second proposal for Port Service Directive.

46 Art. 3 (9), second proposal for Port Service Directive.

47 Second proposal for Port Service Directive, Art. 13.2.

48 *Ibidem*, Art. 3 (14).

therefore have primacy in the port⁴⁹.

In the case of self-handling, the second proposal for a Port Service Directive in no way affected the application of national rules concerning training requirements and professional qualifications, employment and social matters, including collective agreements, provided that they opposed neither to the Community law nor the international obligations of the Community and the Member State concerned⁵⁰.

Furthermore, the second proposal for the Port Services Directive was rejected 18 January 2006 and all the area of regulating the port work including labour and social policy which accompany this area remained opened. These attempts to put into force a directive which would have regulated the market of port services showed all the reality of the European port sector, where a variety of interests and a system of managing the ports are present, causing serious difficulties on the way to its adoption and ultimately to its rejection.

With the mentioned draft directives, the EU expressed a great interest to achieve an evident liberalization in the market of port services. The goal of the mentioned liberalization was to end with monopolies and to lower costs, improve the efficiency and encourage investments. It can not be denied that a progress was made in this direction but not thanks to the EC ports legislation which was a complete failure, but rather thanks to the ECJ practice, Commission Decisions and the Green Paper, since the last one indicated in a very systematic way the main characteristics of the future EU port policy. In search for the reasons why EC ports Directives failed, there are at least two reasons which have something to do with protecting the acquired positions of stakeholders in ports. The first stakeholder is represented by dock workers who were afraid that liberalization would bring cuts in jobs, lower wages especially in case of ships companies which had serious intention to introduce self-handling by their crews and labour. The second stakeholder is represented by port services' performers that obtained concessions in contrast to EC competition law and law which regulates public private partnership. For such port service operators the first draft of the Port Service Directive defined very short periods of ending their concession after the Directive would have come in power⁵¹. The third reason for the failure of the Port Service Directive had nothing to do with conservation of obtained position by certain ports stakeholders but with historical and social reasons. So many

49 This possibility mentioned Munari directly before the presentation of a second proposal for a Port Service Directive. – see F. Munari, *Rischi e obiettivi di una revisione delle norme sull'accesso al mercato dei servizi portuali*, *Il diritto marittimo*, 2004, p. 846.

50 Second proposal Port Service Directive, Art. 13 (4).

51 In the first draft of the Port Service Directive this matter was regulated in Article 16 which in case of significant investments in immovable assets when authorisation for performing port services was not granted in conformity with the rules of Directive and was not preceded by a public tender or an equivalent procedure, defined that a new authorisation procedure in conformity with the rules of Directive must have been out within 5 years of the date of transposition of Directive in the case of a sole service provider and within 8 years in all other cases. According to the same Article, different was the position where the authorisation was not granted in conformity with the rules of Directive but was preceded by a public tender or an equivalent procedure, in this case the maximum duration of the existing authorisation was 25 years.

system of managing the ports have been developed in Europe and they differ from each other even within the same state. In such a variety of different systems it is not easy to achieve a common regulation of this area.

5. Possible solutions for regulating the labour and social area in the ports sector after the rejection of a second proposal of the Port Service Directive and the position of the Commission

After the rejection of the second proposal of a Port Service Directive, and despite the fact that there were a lot of questions regarding the future development of port regulation on the EU level, it was very clear that the third attempt to form a Port Service Directive or any other attempt of the regulation of the EU Port market would have been unrealistic at least on the short run.

Such situation did not mean that all endeavours to provide suitable solutions after the rejection of the second proposal for a Port Service Directive ceased. The Commission took over the initiative of the European Sea Ports Organisation (ESPO) to organise a series of thematic regional workshops involving all relevant European sector organisations and covering the themes of a European port policy. The preliminary conclusions of these workshops were presented and debated in Algeciras on 31 May 2007 at the ESPO Annual Conference. For this occasion ESPO issued the publication “A Port Policy for all Seasons”⁵² wherein the main points of its vision of the EU port policy were presented: Development of ports and port-related infrastructure, port financing, state aid and transparency of accounts, relations between port authorities and service providers, port labour and technical-nautical services, logistics, administrative procedures and hinterland connections, competitiveness and the public perception of EU ports.

The fifth chapter, Port Labour and Technical-Nautical Services, covers health, safety and training at work, as well as the freedom of employers in engaging personnel for a dock work.

Regarding health, safety and freedom at work, ESPO supports the general point of view already accepted in this area and they do not differ from the point of view of other organisations with memberships that follow labour policies with completely different interests in other areas⁵³. In that respect ESPO emphasized that the efficiency of operations in ports depends both on the reliability and safety components which are, despite technological progress, to a large extent determined by the human factor. This explains the need for a qualified and well-trained workforce in ports covering all services and operations, both on land and on board ships⁵⁴. In this respect the EU can promote high reliability and safety standards in European ports by providing adequate

52 <http://www.espo.be/downloads/archive/14963ea6-1d8e-4c83-b186-906099468ac3.pdf>, 24.12.2007.

53 Typical organizations of that kind are organizations of dock workers, which support a system of registered dock workers and their collecting in pools.

54 A Port Policy for all seasons, 5.2.

support to training and education programmes, projects aimed at exchanging best practice and by enforcing applicable legislation in the field of health and safety⁵⁵. Such a point of view is not surprising because the high standard of dock worker protection in the area of health, safety and training does not benefit only the workers but also terminal operators.

However, the burning question concerns the employment of dockworkers. ESPO defends the principle that service providers in ports should have freedom in engaging qualified personnel of their choice and employing them under conditions required by the service, provided that all applicable social and safety legislation is respected⁵⁶. In this context, ESPO does not believe that ILO Convention 137, which imposes a registration system for dockworkers as well as rules on priority employment, is in line with the basic right of service providers to engage qualified personnel of their own choice and with the basic freedoms of the Treaty⁵⁷. This opinion on the part of ESPO is not surprising because the performance of port services only by registered dock workers who are in pools ensures that port services will be performed at higher cost. In general dock workers who are organized in whatever manner to protect their labour rights do not obtain only better safety conditions at work, health protection and better training but also higher wages than workers in the free market. Such a situation is evident also from the case of Jean Claude⁵⁸ where the warehouseman in the Port of Ghent hired workers from the free market instead recognised dock workers.

Furthermore, following the rejection of the second proposal for a Port Service Directive associations of dock workers took the initiative. The International Dockworkers Council (IDC) presented its position regarding the future European Port Policy in the Position Paper on a European Port Policy (Position Paper)⁵⁹. On some points it is entirely opposite to the position of ESPO, which is not unusual given that the IDC represents the interest of dockworkers. It is clear that IDC favours the ratification of ILO Convention 137⁶⁰. That, in all respects, runs counter to the right of a service provider to employ personnel of their own choosing, as ESPO proposed to the Commission. The mentioned ESPO proposal represents a direct attack on the "pool system". IDC considers that there is and should be no legislation, and, that would affect or impede the existence of pool systems that serve to organise, distribute or contract port labour⁶¹. Accordingly, the IDC "pool systems" are generally seen to be beneficial to competitiveness and productivity, and can serve as useful tools for economic flexibility that is vital for port operations⁶².

While ESPO and IDC have a different opinion on the freedom of engagement of dockworkers by port service providers, they do come together in the area of

55 *Ibidem.*

56 *Ibidem*, 5.3.

57 *Ibidem.*

58 *Supra* 11.

59 <http://empa-pilots.org/pdf/IDCPortPolicyFinal.pdf>, 24.12.2007.

60 *Position Paper*, 4.1.

61 *Ibidem*, 7.26.

62 *Ibidem*,

professional training of dockworkers, health and safety at work. The IDC recognises that nowadays dock work is increasingly demanding and requires more specialised skills and therefore adequate training is necessary⁶³. Dock work involves a potential high level of risk but the IDC does not consider work related deaths, injuries or illnesses to simply be accidents, as they view them as result of negligence and they can be prevented by adequate training, careful planning, proper management, and above all a willingness to treat the issue of safety and health as an intrinsic part of the investment in stevedoring activities⁶⁴. IDC does not strive for adopting special legislation regarding the safety and health of work in ports, rather supports existing EU legislation⁶⁵.

Considering that certain questions regarding labour and safety at work are not very realistic they will be solved among different associations or stakeholders with very different interests engaged in the port sector; it is expected that EU institutions will take into consideration the interests of all engaged parties.

This has been done in the port sector when the Commission, on the basis of consultation organised in collaboration with ESPO, issued the Communication on a European Ports Policy, published 18 October 2007. It covers several areas of port policy including the questions regarding labour and social policy. It represents a soft law approach on the area of port services which can not be ignored by anyone engaged in the port sector. It treats many questions important for EU ports such as port performance and hinterland connections, environmental protection, ensuring adequate waste facilities, short sea shipping, e-maritime approach, port authorities, public financing, port concessions, port dues, technical-nautical services, dialogue between ports and cities and work in ports.

Labour and social matters are treated in the section Work in Ports⁶⁶ and in the subsection Cargo Handling⁶⁷. One of the key points of the Commission in the Communication on a European Ports Policy is the necessity of a social dialogue between the social partners⁶⁸. In this respect, the Commission will encourage the establishment of a European sectoral dialogue committee in ports within the

63 *Ibidem*, 7.2.

64 *Ibidem*, 7.8.

65 It is evident from the IDC statement that Commission Communication 2002-2006 COM 118 entitled »How to Change in Society and the World: New Communication Strategy on Safety and Hygiene at Work«, where IDC affirms that this Communication is not being entirely applied in many EC ports (see, *ibidem*, 7.11). Communication 2002-2006 COM 118 outlines a general medium – term strategy for occupational safety for the period 2002 till 2006 by exposing on a European level an integral dimension of risks at work (existent risks and new risks) and measures, and proposes how to prevent them. A part of this Communication is also a plan to adapt the extant legal framework regarding safety and health at work, whereas the problem is not that some areas of safety and health are not regulated by special provisions (like the port sector), but that people tend to see Community legal frameworks as excessively complex and ambiguous. Its simplification is emphasised also in Communication (see point 14 of Communication).

66 *Communication on a European Ports Policy*, 6.

67 *Ibidem*, 4.5.

68 *Ibidem*, 6.1.

meaning of Commission Decision 98/500/EC⁶⁹. One of the important examples of social dialogue regarding the ports occurred on Malta in the framework of the 2007 Port Labour reform⁷⁰. The social dialog has been going on also in Slovenia, where the negotiations regarding a new collective agreement have been recently concluded in the Port of Koper, the largest Slovenian seaport. This collective agreement is of great importance as in Slovenia there is no specific legislation regarding the labour in ports. In fact, the existing Slovenian labour legislation does not cover many questions important for the port sector. Among most important questions are the those regarding situations of sudden increase of work in the port. The Slovenian Labour legislation admits, that the conditions for the repartition of working time in case of the increased extent of work is regulated by the collective agreement. But on the other hand, its compulsory provisions prevent in a great part the flexibility of above mentioned repartition of working time. In case that there is a need for repartition of working

69 In issuing this Decision the Commission drew mostly from Art. 118b of the Treaty which states that the Commission is to endeavour to develop dialogue between management and labour at the European level which could, if the two sides consider it desirable, lead to a relation based on an agreement; and from point 12 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers which states that employers of employees' organizations, on the one hand, and workers' organizations on the other, should have the right to negotiate and conclude collective agreements under the conditions laid down by national legislation and practice. According to the mentioned Decision the social dialogue takes place inside the Sectoral Dialogue Committees. Such Committees are established in those sectors where the social partners make a joint request to engage in a dialogue at the European level, and where the organisations representing both sides of industry fulfil the following criteria: a) they shall relate to specific sectors or categories and be organised at the European level; b) they shall consist of organisations which are themselves an integral and recognised part of Member States' social partner structures and have the capacity to negotiate agreements, and which are representative of several Member States; c) they shall have adequate structures to ensure their effective participation in the work of the Committees (Art. 1. Decision).

70 The main objectives of the 2007 Port Labour Reform were: streamlining existing legislation, including under the »better regulation« initiative of the EU, rendering legislative provisions simpler and more practical, reflecting the needs of the industry, and to transfer the port labour regime from legislation to contract law; establishing the number of port workers in the pool and providing additional temporary labour; reducing the port labour charges by at least 20 per cent. Once the negotiations were concluded between social partners the agreement was finalized with the following main contents: a) abolition of all former labour committees and establishing a revised Port Workers Board, which is appointed by the Minister and is composed of a chairman and two representatives of the port workers (the board is responsible for recommendations to the authority on filling vacancies in the labour pool, the conditions of work of port workers, the establishment of fees for port work services, the discipline of port workers and the resolution of disputes), b) establishment of a number of permanent port workers (when a number of port workers is insufficient to meet demand filling it by the authorising terminal operators to employ other persons to provide labour services on condition that a person would have attended and obtained a certificate from a basic course in port work at a maritime institute), c) »Service Level Agreements« that establish the organisation of port work as best suits the particular terminal but within the confines of existing legislation and health and safety laws, d) establishment of the terms and conditions for the allocation of labour by Services Level Agreements could establish e) settlements of disputes in cases where transshipment rates and other specific labour services are negotiated between the terminal and pool for port workers, f) reducing of port workers fees by circa 20 per cent, g) the pension fund to pay port workers, h) training schemes for port workers through refresher training organised by terminals, maritime institutes, and the chartered Institute for Logistics and Transport (Malta).

time for ten workers or more, a previous free days notice shall be sent⁷¹. However, sometimes it is difficult to predict increased volume of work for three days in advance in ports. In case of the increased volume of work, the Slovenian legislation allows the employment of new workers for a defined time on basis of the fixed-term contract, but Slovenian courts are very rigid in establishing whether there was an actual increase of work and its cessation, which is often the reason why a fixed-term contract is by a court decision transformed into permanent employment contract. This is the main reason for employers' caution in concluding such of contracts. The described situations illustrate just some of the problems regarding the employment relationships of dock workers in Slovenia which can be only partly solved by the social dialogue or through collective agreements because of compulsory provisions of the Slovenian Labour Legislation. On the other hand, there are no problems with pools of dock workers in Slovenia and other organising of dock workers because such organising of dock workers does not exists. Compared to other workers, dock workers in Slovenia do not have a special status.

The situation is the same in other countries of the former Yugoslavia, such as Croatia and Montenegro. Dock workers in these countries are not protected by special labour legislation but by general legislation, which applies to all workers. The only special protection are the collective agreements concluded between dock workers and their employers which have to be in line with the current legislation.

In the Communication on a European Ports Policy the Commission establishes its position regarding the most burning topic in the area of labour policy, namely pools of dock workers. The Commission learned that in some EU ports dockworkers are often employed directly by terminal operators, while in some ports they are contracted via "pools", entities in charge of recruiting and training port workers. Commission does not observe that these pools and workers who are their members, could constitute a restriction to market access and furthermore, it does not expose situations when such restriction could be realized. Furthermore, the Commission emphasises that Treaty rules on freedom of establishment and freedom to provide services can fully apply to the activities carried out by the pools⁷². With this position the European Commission did not support all those who endeavour to abolish the pools or even affirm that they are in the contrast to Treaty rules. In this respect the Communication on a European Ports policy establishes fertile ground for EU Members States to ratify the 137 ILO Convention although under if it is in conformity with the Treaty. In the past there were a lot of doubts whether this Convention is in conformity with the Treaty, even between the EU institutions which recommended its ratification of this convention⁷³.

71 Art. 47 Labour Relationship Act.

72 Communication on a European Ports Policy, 4.5.

73 The European Economic and Social Committee recommends in its own-initiative opinion that the Commission should encourage Member States to ratify ILO Convention 137 and other related ILO Conventions (European Economic and Social Committee (2007), p. 2). This recommendation however contradicts the provision on p. 11 of the opinion which invites the Commission to first set out its views on whether ILO Conventions 137 and 152 on dock work are in line with the principles set out in the European Treaties and the existing body of EU law (the «acquis communautaire») before calling upon the Member States to ratify the two conventions.

It seems however that the Commission did not take into consideration all aspects regarding pools of dock workers. It can not be denied that Treaty rules on freedom of establishment and freedom to provide services can fully apply to the activities carried out by the pools, but on the other hand, it cannot be denied that pools of dock workers have in practice a lot of possibilities to restrict market access. When other protagonists with the same or similar qualities can not participate in performing port services which the consequence can be higher prices of services and other products. Pools of dock workers can play a positive role when they help to provide basic labour and social rights without affecting the market, but it should be taken into account that such functions of the pools were much more important in the past than in the present situation. In the past the occupation of dock workers was not permanent; today in the ports with advanced technology and great investment capacity long-term employment has become the rule. It must also be stated that today national legislation and competent state institutions protect workers much better than in the past. That being said, the pools are not longer a *sine qua non* for the workers protection.

Other important matters of the Communication on a European Ports Policy regarding labour and the social sphere are training, health and safety at work. These matters are less pressing, since for the most part, a consensus between different stakeholders in ports, has been reached.

The Commission, IDC and ESPO recognise that training of port workers has become of primary importance for safe and efficient operation in ports. Work in ports has consequently evolved and, as the consultation has shown, a set of common requirements for training of port workers should be established at the Community level, which is necessary to enhance the mobility of European port workers by means of mutual recognition of their qualifications⁷⁴.

Regarding the health and safety of workers at work the Commission stated in the Communication on a European Ports Policy that the general rules of Directive 89/391/

EEC (the “Framework” Directive)⁷⁵ are important for improving working conditions⁷⁶. That Directive represents the basis for several individual directives for particular areas of safety and health at work⁷⁷. Up to the issuance of the Communication on a European Ports Policy, the eighteen individual Directives covering specific sectors

75 The object of Directive 89/391/EEC is to introduce measures to encourage improvements with regard to the safety and health of workers at work (Art. 1.1.). It is applicable to all sectors of activity, both public and private (industrial, agricultural, commercial, administrative, service, educational, cultural, leisure, etc.) (Art. 1.2). In the Directive are several provisions which lay out for employers and workers different obligations in order to achieve the goals followed by the Directive. The main employee’s obligations are: Ensuring that an assessment is made of the risks to the safety and health of workers, taking necessary preventive measures, ensuring that workers and their representatives receive necessary information, in particular on safety and health risks, prevention measures, first aid, fire fighting, ensuring that each worker receives adequate and job-specific safety and health training, consulting workers and their representatives and allowing them to take part in discussions on all questions relating to safety and health at work. The main worker obligations are: Taking care as far as possible of his/her own safety and health and making correct use of machinery, tools, dangerous substances, personal protective equipment, informing the employer and workers of any situation that represents a serious and immediate danger to safety and health, cooperating with the employer and workers to ensure that the working environment and conditions are safe.

76 Communication on a European Ports Policy, 6.3.

77 According to the Art. (1)16 of Directive 89/391/EEC Council, acting on a proposal from the Commission based on Article 118a of the Treaty, shall adopt individual Directives, *inter alia*, in the areas listed in the text of annex: work equipment, personal protective equipment, work with visual display units, handling of heavy loads involving risk of back injury, temporary or mobile work sites, fisheries and agriculture.

and risks were adopted⁷⁸. According to the Commission most of these Directives are relevant for work in ports⁷⁹. With a more detailed analysis of individual directives it is evident the most important directives for the port sector are those which include provisions regarding safety and health requirements for the work place, equipment at the work place, risks related to exposure to carcinogens at work (if such cargo is stored in the ports), safety and/or health signs at work, risks arising from physical agents like noise and vibrations.

The Commission also emphasised the Communication COM (2007) 62 entitled: Improving Quality and Productivity at Work: Community Strategy 2007-2012 on Health and Safety at Work covers also the area of health and safety at work in the port sector⁸⁰. The main topic of this communication is an ongoing, sustainable and uniform reduction in accidents at work and occupational illnesses⁸¹. In order to achieve this ambitious goal many instruments are proposed. One of them is proper

78 Council Directive Concerning the Minimum Safety and Health Requirements for the Workplace (89/654/EEC), Council Directive Concerning the Minimum Safety and Health Requirements for the Use of Work Equipment by Workers at Work (Second Individual Directive within the Meaning Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) (89/655/EEC), Council Directive on the Minimum Safety and Health Requirements for the Use by Workers of Personal Protective Equipment at the Workplace (89/656/EEC), Council Directive on the Minimum Safety and Health Requirements for the Manual Handling of Loads where there is a Risk particularly of Back Injury to Workers (90/269/EEC), Council Directive on the Minimum Safety and Health Requirements for Work with Display Screen Equipment (90/270/EEC), Council Directive on the Protection of Workers from the Risks Related to Exposure to Carcinogens at Work (90/394/EEC), Council Directive on the Protection of Workers from Risks Related to Exposure to Biological Agents at Work (90/679/EEC), Council Directive on the Implementation of Minimum Safety and Health Requirements at Temporary or Mobile Construction Sites (92/57/EEC), Council Directive on the Minimum Provision of Safety and/or Health Signs at Work (92/58/EEC), Council Directive on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety & Health at Work of Pregnant Workers and Workers who have Recently given Birth or are Breastfeeding (92/85/EEC), Council Directive Concerning the Minimum Requirements for Improving the H&S Protection of Workers in the Mineral-Extracting Industries through Drilling (92/91/EEC), Council Directive on the Minimum Requirements for Improving the Safety and Health Protection of Workers in Surface and Underground Mineral-Extracting Industries (92/104/EEC), Council Directive Concerning the Minimum Safety and Health Requirements for Work on Board Fishing Vessels (93/103/EEC), Council Directive on Occupational Health and Safety Requirements for Using Hazardous Chemicals and Materials Containing the Latter (98/24/EEC), Council Directive on Occupational Health and Safety Requirements for Working in Potentially Explosive Atmospheres (99/92/EEC), Directive of the European Parliament and of the Council on the Minimum Safety and Health Requirements Regarding the Exposure of Workers to the Risks Arising from Physical Agents (Vibration) (02/44/EC), Directive of the European Parliament and of the Council on the Minimum Safety and Health Requirements regarding the Exposure of Workers to the Risks Arising from Physical Agents (noise) (03/10/EC), Directive of the European Parliament and of the Council on the Minimum Safe and Healthy Requirements Regarding the Exposure of Workers to the Risks Arising from Physical Agents (electromagnetic fields) (04/40/EC), Directive of the European Parliament and of the Council on the Minimum Safe and Healthy Requirements Regarding the Exposure of Workers to Risks from Physical Agents (artificial optical radiation) (06/25/EC).

79 Communication on a European Ports Policy, 6.3.

80 Ibidem.

81 Communication COM (2007) 62, 3.

implementation of EU legislation on the area of safety and health on work⁸². The core of this legislation is the Directive 89/391/EEC (the “Framework” directive) and individual Directives issued on its basis.

The self-handling which was one of the reasons for rejection of both proposals for a Ports Service Directives is not mentioned in the Communication. From this point of view, EU Member States are free in regulating this sensitive area. The only limitation is the general EU legislation on competition regulated by the EC Treaty.

From a general point of view the Communication on a European Ports Policy defines basic points of port policy in the EU Member States, permitting its Member States a lot of room for initiative in creating new port policy. Since its text is not binding, it permits the Commission to be engaged with the questions regarding the port policy on the basis of a case-by-case method, which primarily means that the Commission considers each case separately on the basis of primary Community law. This method was one of those already considered after the rejection of the first proposal for a Port Service Directive⁸³.

6. Conclusion

The EU port service sector has in recent decades experienced considerable transformation. From the activity which was merely comprehended as an activity performed in the general economic interest it was transformed into an activity wherein the regulation of free competition for a great part of port services shall be strictly respected. This transformation had an impact on EU labour and social policy. Many decisions of the ECJ and Commission and documents issued by it and the EU parliament treating the questions of the EU labour and social policy in ports were issued. There were also a lot of efforts by different organisations which represented different interests relating to the port sector to influence EU institutions, which had been engaged in the creation of a European port policy in the last decade.

Certainly different organisations representing different interests in the port sector exposed two main questions regarding European port policy: the First one is whether or not to support the organisation of dockworkers in labour pools and similar organizations to protect their labour and social status; and the Second is the improvement of dock workers rights in some basic areas of their labour and social status like training, safety and health at work.

It should be pointed out that organising dockworkers with the view of protecting their labour and social rights is not in contrast to the Treaty and other EU competition laws. It can become so if it has an impact on the EU market by limiting access to it. However, although organising dock workers in pools and similar organisations is not in contrast with EU legislation, such organizing has, in practice, lost a lot of its past *raison d'être*, when permanent jobs were an exception and the state did not provide

82 *Ibidem*, 4.1, 4.2.

83 See Van Hoydonk, E., *supra* 42, p. 862.

them efficacious protection. Today legislators have adopted adequate legislation and the state provides for institutions to protect workers rights.

From another point of view pools of dock workers and similar organisations can over a long term reduce the competitiveness of the port sector if they *unreasonably* demand wage increases. That can have an influence on all stakeholders in ports, including dock workers. The most effective way to overcome such a situation is a social dialogue among all stakeholders in order for them to realize that each of them has to renounce a part of the present benefit for growth of ports in the future.

As the two Proposals for a Directive of the European Parliament and of the Council on Market Access to Port Service failed, the Communication on a European Ports Policy momentarily represents the only EU document which systematically treats the port sector. It does not have obligatory nature and represents only a guide to EU Member States to illustrating some possible concept regarding the regulation of the port sector according to the EU legislature. General EU labour and social legislation is thorough and comprehensive enough to regulate a wide spectrum of questions from this area, so that there is no need to adopt special legislation of that kind for the port sector.

Regarding the Communication on a European Ports Policy there are questions whether it is more in favour of the large Member States, some of them with a very developed port sector, of the or smaller ones, like Malta, Cyprus, Slovenia and the Baltic States, that are still transforming their port sector to the requirement of EU legislation. Considering that the Communication represents only a framework in which some basic points regarding a future EU port policy are explicated, it leaves enough space for all EU Member States to create their own port policy following the basic principles of EU legislation on one hand, and specificities in their ports on the other.

The Communication is not only relevant for the states that are already members of the EU, but also for those who are negotiating for accession. While the Communication as such does not have obligatory content, it can function as a useful guideline in the adjustment of their port systems to the requirements of the EU legislation.

Summary

In the nineteen nineties the port sector experienced considerable transformation. The common point of this transformation is liberalisation of access to the market of port services. This event has touched all stakeholders in ports, one of them are also dock workers. One of the main questions which accompanied the liberalisation of access to the market of port services was whether different organising of dock workers with the intent to protect their labour and social rights is not contrary to the European Treaty and other EU competition laws. The answer to this question is negative due to the fact they do not constitute an undertaking in conformity to the provisions of EC Treaty, and therefore, they cannot be a subject of its competition provisions. Although the labour and social status of dock workers is quite complex matter there is no special legislation to regulate it. In this respect the EC Treaty and general EU legislation regarding labour and social area shall be respected. There were some attempts to adopt special legislation for the market of port services which contained also provisions regarding the labour and social status of dock workers, however, all these attempts failed. The last EU's document in the area of the market of port services is Communication on the European Ports Policy. It contains also some topics regarding the labour and social status of dock workers, for which is recommendable to be respected by EU member states and joining states in their creation of labour and social policy for dock workers.

Key words: *Dock worker, Labour pool, Port sector, Port Service Directive.*

Riassunto

**ALCUNE QUESTIONI LAVORISTICHE E PREVIDENZIALI
NEL SETTORE PORTUALE DELL'UNIONE EUROPEA**

A partire dagli anni '90 del secolo scorso il settore portuale ha subito una considerevole trasformazione. Il comune denominatore di questa trasformazione è rappresentato dalla liberalizzazione dell'accesso al mercato dei servizi portuali. Tale circostanza ha inciso su tutte le parti interessate collegate al porto e tra loro anche sui lavoratori portuali. Una delle questioni principali che accompagnò la liberalizzazione dell'accesso al mercato dei servizi portuali fu rappresentata dalla questione se la diversa organizzazione dei lavoratori portuali al fine di tutelare i loro diritti in ambito lavoristico e previdenziale non fosse in contrasto con il Trattato dell'Unione europea o con altre normative comunitarie sulla concorrenza. La risposta a tale interrogativo è negativa, giacché non rientrano nell'impresa in forza delle disposizioni del Trattato dell'Unione Europea e, pertanto, nei loro confronti non si possono applicare nemmeno le disposizioni del medesimo concernenti la concorrenza. Sebbene lo status lavoristico e previdenziale dei lavoratori portuali costituisca una questione certamente complessa, tuttavia non esiste una legislazione specifica che disciplina detto settore. A tale riguardo occorre applicare le disposizioni del Trattato dell'Unione europea, come pure la normativa comunitaria generale riguardante il settore del lavoro e delle questioni sociali. Va rilevato che ci furono dei tentativi di emanazione di una legislazione speciale per il mercato dei servizi portuali, la quale avrebbe previsto anche delle disposizioni sui profili lavoristici e previdenziali dello status dei lavoratori portuali; tuttavia, tutti i tentativi sono falliti. L'ultimo documento comunitario concernente il mercato dei servizi portuali è la Comunicazione sulla politica portuale europea, la quale contiene alcuni temi che si riferiscono a profili lavoristici e previdenziali dello status dei lavoratori portuali. Pertanto, agli Stati membri ed a quelli candidati all'ingresso viene suggerito di tenere in considerazione i profili lavoristico e previdenziale dello status dei lavoratori portuali in occasione della creazione delle proprie politiche di previdenza sociale e del lavoro.

Parole chiave: *lavoratore portuale, sindacato, settore portuale, Direttiva sui servizi portuali.*

KOLIZIONE NORME ZA ZAŠTITU POTROŠAČA U DIREKTIVAMA EVROPSKE ZAJEDNICE I UREDBI RIM I - NOVI IZAZOV ZA ZRSZ^{1*}

Dr. sc. Zlatan Meškić
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

UDK: 366.5::061.1EU
Ur.: 27. svibnja 2009.
Pr.: 11. studenog 2009.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Nacionalne implementacije brojnih potrošačkih direktiva Evropske zajednice čine osnovu zaštite potrošača pri prekograničnim ugovornim i vanugovornim obvezama unutar EU. Ipak, ove direktive sa načelom minimalne harmonizacije i sektoralnim područjem primjene nisu ostvarile cjelovitu regulaciju zaštite potrošača. Ovakva situacija neće se promijeniti ni u slučaju usvajanja prijedloga Komisije za jedinstvenu potrošačku direktivu, kojom bi bila predviđena maksimalna harmonizacija, tj. potpuno ujedinjenje prava, ali samo unutar područja primjene ove direktive koja ne bi derogirala sve postojeće potrošačke direktive. Stoga kolizionopravna zaštita potrošača zadržava važnu ulogu u prekograničnoj zaštiti potrošača unutar Evropske unije, pa i sklapanju potrošačkih ugovora sa poduzetnicima iz trećih zemalja. Ta pozicija potvrđena je i odredbom prijedloga za potrošačku direktivu kojom se kolizionopravna zaštita potrošača treba prepustiti Uredbi Rim I.

Uredbom Rim I u oblasti zaštite potrošača ostvareni su osnovni ciljevi modernizacije Rimske konvencije. Ponovno je uspostavljeno jedinstvo sa međunarodnom nadležnosti prema Uredbi Brisel I, sa kriterijem usmjerenja poslovanja stvoren je fleksibilniji standard koji omogućuje odgovore i na buduće izazove modernog poslovanja, te su generalno područjem primjene obuhvaćene sve vrste potrošačkih ugovora. Konačni uspjeh Uredbe Rim I postigao bi se usvajanjem predložene sveobuhvatne potrošačke direktive, koja bi derogirala postojeće kolizione norme u potrošačkim direktivama i Uredbi Rim I dopustila da njen unaprijeđeni sistem prekogranične zaštite zaista i dođe do primjene.

Ključne riječi: *Europska unija, Međunarodno privatno pravo, zaštita potrošača.*

1 * Rad je pisan na bosanskom jeziku kao izvornom jeziku autora.

1. Uvod

Koliziono-pravna zaštita potrošača EU zasniva se prije svega na članu 5. Rimske konvencije kao pratećem pravu EU², kojeg će od 17.12.2009. godine zamijeniti član 6. Uredbe Rim I³, članovima 15.-17. Uredbe Brisel I⁴ kao i kolizionim normama potrošačkih direktiva nove generacije⁵. Uredba Brisel I je u formi uredbe doneseni modernizovani nasljednik Briselske konvencije⁶, s kojom je Rimska konvencija gradila jedinstven pravni sistem. Kolizione norme direktiva nastale su iz nastojanja zakonodavca EU da popuni pravne praznine člana 5. Rimske konvencije. Njihove slabosti u nauci već su opširno diskutovane.⁷ Tako je sa potrošačkopravnog aspekta nalog za modernizaciju Rimske konvencije i njenu preobrazbu u Uredbu Rim I (od sada: Rim I) jasan: jedinstvena kolizionopravna regulacija potrošačkog prava, koja bi potrošačke kolizione norme iz direktiva učinila nepotrebnim, te sa Briselskom uredbom gradila eficientan sistem zaštite.

2. Kolizione norme potrošačkih direktiva EZ

2.1. Uvod

Prijem kolizionih normi u mlađe potrošačke direktive EZ zasnovan je na mišljenju zakonodavca EU⁸ da je harmonizacijom privatnog prava u EU stvoren zaseban pravni poredak, koji se garantovanom zaštitom potrošača i sopstvenim vrijednostima

2 Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze data na potpisivanje 19. juna 1980. u Rimu, Sl. list L 266 9.10.1980; Vidi *Reichelt*, *Europarecht* (2002) 45.

3 Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. juna 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rimska uredba ili Rim I), Sl. list L 177 od 4.7.2008., str. 6–16; Vidi *Meškić*, *Europäisches Verbraucherrecht- Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008).

4 Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), Sl. list 2001 L 12/1.

5 Član 6. stav 2. Direktive o nepoštenim klauzulama (Direktiva 93/13/EEZ, Sl. list 95 str. 29); član 12. stav 2. Direktive o zaštiti potrošača pri ugovorima na daljinu (Direktiva 97/7/EZ, Sl. list L 144 str. 19); član 7. stav 2. Direktive o prodaji potrošačke robe (Direktiva 99/44/EZ, Sl. list 171 str. 12); član 12. stav 2. Direktive o oglašavanju finansijskih usluga za potrošače na daljinu (Direktiva 2002/65/EZ, Sl. list L 271); član 9. Direktive o zaštiti kupaca u vezi s određenim aspektima ugovora vezanih uz otkup prava na korištenje nekretnina na određeno vrijeme (Direktiva 94/47/EZ, Sl. list L 280 str. 83).

6 Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.09.1988., Sl. list 1972. L 299 str. 43-44.; Vidi *Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza*, u *Reichelt* (ed.), Heft 9 der Vorlesungsreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2001) 15.

7 Vidi umjesto mnogih *Jayme/Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht* 1994: Quellenpluralismus und offene Kontraste, IPRax 1994, 405.

8 Lisabonski (reformski) ugovor, koji je još u procesu ratifikacije, nastoji izbrisati termin Evropske zajednice i u potpunosti ga zamijeniti terminom Evropske unije u svrhu izbjegavanja konfuzije koju su ova dva termina do sada uzrokovala. Stoga se, osim u formalnim nazivima pravnih akata koje je donijela Zajednica, preporučuje isključivo korištenje termina Prava EU, te zakonodavca EU, u svrhu ostvarivanja željene jedinstvene terminologije.

potencijalno razlikuje od prava trećih zemalja. Ovaj poredak ostvaruje efikasno dejstvo ovisno o njegovoj stvarnoj primjeni na sve slučajeve, koji su prema odluci *in concreto*, „slučajevi Zajednice“.⁹ Dok Direktiva o ugovorima sklopljenih van poslovnih prostorija¹⁰ i Direktiva o putovanjima sa paket aranžmanom¹¹ nisu sadržavale kolizione norme, koliziona norma člana 6. stava 2. Direktive o nepoštenim klauzulama¹² postala je uzor za kolizione norme u svim kasnijim potrošačkim direktivama. Ona određuje da „zemlje članice donose nužne mjere da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu direktivom, kada je pravo treće zemlje izabrano kao mjerodavno pravo za ugovor i ugovor stoji u bliskoj vezi sa prostorom (jedne ili više)¹³ zemalja članica.“

Uočljivo je da zakonodavac potrošača smatra vrijednim zaštite samo u slučaju izbora mjerodavnog prava, ali ne i u slučajevima koji bi se vezivali objektivno.¹⁴

Odnos kolizionopravnih propisa direktiva, tj. njihovih nacionalnih implementacija prema članu 5. Rimske konvencije, regulisan je u članu 20. Rimske konvencije, prema kojem kolizione norme direktiva uživaju nadređenost primjene nad Rimskom konvencijom u njihovom području primjene. U skladu s tim član 5. Rimske konvencije, zahvaljujući kolizionoj normi Direktive o prodaji potrošačkih dobara, izgubio je svoje najvažnije predmetno područje primjene, naime „ugovore o dostavi pokretnih stvari“, za cijeli niz kolizionopravnih problema.¹⁵ Ovakva pravna situacija neće se promijeniti ni nakon stupanja na snagu Uredbe Rim I, jer njen član 23., uprkos oprečnim propisima u prijedlogu za donošenje Uredbe, određuje da kolizione norme za ugovorne obligacione odnose, koje su sadržane u posebnim oblastima Prava EU, ostaju nedirnute ovom uredbom.

2.2. Osnovne karakteristike kolizionih normi sadržanih u potrošačkim direktivama

Već sam član 5. Rimske konvencije odstupa od klasičnog MPP-a¹⁶ utoliko što materijalno-pravna vrednovanja, tj. zaštitu potrošača, uključuje u kolizionopravno

9 Schilling, *Binnenmarktkollisionsrecht* (2006) 302.

10 Direktiva 85/577/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, Sl. list L 372 str. 31.

11 Direktiva 90/314/EZ o putovanjima sa paket aranžmanom, Sl. list L 158 str. 59.

12 Direktiva 93/13/EZ o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima, Sl. list L 95 str. 29.

13 Član 12. stav 2. Direktiva 97/7/EZ o zaštiti potrošača pri ugovorima na daljinu, Sl. list L 144 str. 19.

14 Izuzetak čini član 9. Timesharing-Direktive, koji najmanji nivo zaštite ove Direktive čini prinudnim uvijek „kada se nekretnina nalazi na suverenoj teritoriji jedne zemlje članice“.

15 *Jayne/Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht 1997: Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“?*, IPRax 1997, 385 (388).

16 O klasičnom MPP-u vidi *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts VIII* (1849); *Schwind*, *Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts* (1975); *Neuhaus*, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* (1976); *Picone*, *Les methodés de coordination entre ordre juridique en droit international privé* (2000); *Thue*, *Internasjonal privatrett* (2002); *Rigaux/Fallon*, *Droit international privé* (2005); *Kropholler*, *Internationales Privatrecht* (2006).

vezivanje.¹⁷ Ipak član 5. Rimske konvencije ostaje u okviru klasičnog MPP-a, jer ne vezuje za materijalnopravne propise, nego dosljedno za činjenična stanja i jer je uređen univerzalno, čime se u pojedinim slučajevima primjenjuje pravo potrošača, bez uslova da domovina potrošača mora biti zemlja članica EU.¹⁸ Nasuprot tome, jednostrane kolizije norme direktiva u potpunosti odustaju od prostornog sadržaja pravdenosti MPP-a i slijede isključivi cilj da Pravo EU, harmonizirano putem direktiva, zaštite od izbora prava treće zemlje.¹⁹ Ovaj cilj dijele sa *ordre public* i direktivi daju karakter međunarodnih normi neposredne primjene u smislu člana 7. stav 2. Rimske konvencije.²⁰ Za razliku od klasičnih prinudnih propisa ne posjeduju bezuslovnu volju za dejstvom, već se primjenjuju samo kada je izabrano pravo treće zemlje manje povoljno od propisa direktiva. Ovo poređenje povoljnosti prava ne proizilazi izričito iz same formulacije kolizionih normi u direktivama, nego rezultira, s jedne strane iz odgovarajućeg tumačenja u skladu sa Rimskom konvencijom, i s druge strane iz postavljenog cilja da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu u direktivama. S obzirom da se mora osigurati samo da zaštita ne padne ispod nivoa propisanog direktivama, primjena prava treće zemlje mora biti spriječena samo kada pruža jednak ili niži nivo.²¹

Pri tome direktive EZ ovu posebnu zaštitu pružaju samo u slučaju da postoji „bliska veza“ sa područjem (jedne ili više) zemalja članica.²² „Bliska veza“, međutim, osim u kolizionoj normi *Timesharing*-direktive, koja formulacijom odstupa od navedenih, nigdje nije konkretizovana i time ostavlja širok prostor za nacionalne implementacije.

Konačno, kolizije norme potrošačkih direktiva, sa izuzetkom člana 9. *Timesharing*-direktive, ne sadrže propise o objektivnom vezivanju, čime zaštita potrošača pri nedostatku izbora prava, bez obzira na dovoljno jaku vazuu sa EU, smije zaostajati za kriterijima direktiva.²³ U skladu s tim u nauci se, s pravom, sumnja u

17 Leible, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte* (1999) 353 (364).

18 *Junker*, *IPRax* 1998, 65 (70);

19 *Ehle*, *Wege zu einer Kohärenz der Rechtsquellen im Europäischen Kollisionsrecht der Verbraucherverträge* (2001) 58; *Kreuzer* ih opisuje kao „kolizije norme koje osiguravaju Evropsko privatno pravo“, *RabelsZ* 2006, 1 (48).

20 *Jayme*, *Klauselrichtlinie und Internationales Privatrecht- Eine Skizze*, u *FS Trinker* (1995) 575 (576).

21 *Schilling*, *Binnenmarktkollisionsrecht* 304; Tako i vladajuće mišljenje nauke *Kreuzer*, *RabelsZ* 2006, 1 (49); *Jayme*, u *FS Trinker* 575 (577); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte* 353 (364); *Nemeth*, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa - Art 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherrichtlinien* (2000) 90.

22 Različite formulacije „područje zemalja članica“ i „područje jedne ili više zemalja članica“, nemaju različit sadržaj: „bliska veza“ mora postojati uvijek prema jednoj zemlji članici; *Staudenmayer*, u *Lando/Magnus/Novak-Stief* (ed.), *Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU* (2003) 57 (61).

23 Član 5. Rimske konvencije u ovim slučajevima pomaže samo unutar svog uskog područja primjene; *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte* 353 (366).

svjesnost odluke zakonodavca EU.²⁴

2.3. Kritika

Dok cilj zakonodavca direktiva da prostor EU kao „državnu teritoriju sa sopstvenim nacionalnim interesima“, s obzirom na usklađeno pravo odvoji, te sa harmoniziranim pravom stvori sopstvenu pravnu kategoriju MPP-a, može naići na razumijevanje,²⁵ tehnika koja je korištena sigurno ne doprinosi njegovom ostvarenju. Uvođenjem jednostranih kolizionih normi u gotovo svaku potrošačku direktivu novijeg datuma, te provođenjem 27 različitih implementacija u nacionalne pravne poretke, ujedinjenje kolizionopravne zaštite potrošača, ostvareno Rimskom konvencijom²⁶, ponovo je narušeno. Pri tome samo jedinstveno koliziono pravo potrošača donosi prednost da se, kod različitog materijalnog prava, bar smanji napor pri određivanju mjerodavnog prava.²⁷ Iz ovog razloga zemlje ugovornice Rimske konvencije potpisale su „Zajedničko saopštenje“²⁸ o sprečavanju razlika i fragmentacije kolizionopravnih izvora od strane organa EZ.

Osim toga, s obzirom na izričit kolizionopravni cilj „medunarodne harmonije odlučivanja“, direktive, koje dodatno sadrže klauzule o minimalnoj harmonizaciji, predstavljaju najmanje prikladan instrument za stvaranje Evropskog kolizionog prava.²⁹ Haos u kolizionopravnom potrošačkom pravu EZ konačno je upotpunjen nepreciznom formulacijom „bliske veze“, koju je svaka zemlja članica implementirala na različit način.³⁰

24 *Jayme*, u FS Trinker 575 (577); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (367); suprotnog mišljenja *Staudenmayer*, u *Lando/Magnus/Novak-Stief* (ed.), Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU 57 (64); Tako i *Sonnenberger*, Die Umsetzung kollisionsrechtlicher Regelungsgebote in EG-Richtlinien, ZEuP 1996, 382 (385).

25 *Basedow*, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, u *Schnyder/Heiss/Rudisch* (ed.), Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 11 (31); *Jayme*, u *Hommelhoff/Jayme/Mangold* (ed.), Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung (1995), 35 (38); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (382).

26 *Sonnenberger*, ZEuP 1996, 382 (386).

27 *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge 130.

28 Sl. list 1980 L 266/14; Zbog toga je u nauci zastupano mišljenje da kolizione norme direktiva treba shvatiti kao „narativne propise“, koji se ne moraju implementirati; Vidi umjesto mnogih *Jayme/Kohler*, das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993- Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien, IPRax 1993, 357 (358).

29 *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (379).

30 Uporedi o tome *Jayme*: „Haos kojeg smo se bojali je nastupio. Svaka zemlja različito je implementirala član 6. stav 2. Direktive o nepoštenim klauzulama.“; Zum Stand des IPR in Europa, IPRax 1996, 65.

Za stalnu diskusiju i dodatnu konfuziju pobrinula se odluka u predmetu *Ingmar*³¹, koja je okarakterisana kao prikladna za generalizaciju, te shodno tome i primjenu na potrošačke direktive.³² U *Ingmar* Sud (pravde) EZ je iz Direktive o usklađivanju prava država članica u vezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (86/653/EEZ Sl. list 1986 L 382/17) tumačenjem izveo kolizionopravni propis, koji ova direktiva ne sadrži. Naime, smatra da se pri djelatnosti trgovačkog zastupnika u EZ prinudno pravo na naknadu štete kod raskida ugovora mora posmatrati kao međunarodno prinudno u smislu člana 7. Rimske konvencije, tj. mora se primjeniti i u slučaju, kada je ugovor o trgovačkom zastupanju zaključen sa preduzećem koje ima sjedište u trećoj zemlji i kada je izabrano pravo ove treće zemlje kao mjerodavno. Shodno tome o prinudnim propisima direktiva sa „snažnom vezom sa Zajednicom“ ne može se disponirati oprečnim izborom prava, ukoliko je pridržavanje ovih propisa nužno za ostvarenje ciljeva EZ. Time bi propis iz sudske prakse *Ingmar* bio od značaja za sve potrošačke direktive, koje ne sadrže kolizione norme i precizirao bi „snažnu vezu sa EZ“ jer bi, prenesen na potrošačko pravo, prebivalište potrošača u jednoj zemlji članici i jedna daljna veza ugovora sa područjem zemalja članica bili dovoljni za primjenu nacionalnih implementacija direktiva, kao što je to u *Ingmar* bilo područje djelovanja samostalnog trgovačkog zastupnika.³³ Kada bi se misao o prenosivosti sudske prakse *Ingmar* na potrošačke direktive slijedila dalje, kriteriji za „snažnu vezu sa EZ“ gradili bi i uslove za „blisku vezu“, te time ujedno značili i odrednice za nacionalnu implementaciju potrošačkih direktiva, koje već sadrže kolizione norme. Pravnoj sigurnosti bi, naravno, mnogo bolje služilo izričito utemeljenje međunarodno-prinudnog karaktera ovakvih pravnih propisa.³⁴ Ali i time ne bi bio otklonjen posljedni nedostatak, na koji treba ukazati, naime da ovi propisi osiguravaju zaštitu pruženu direktivom pri uskoj vezi sa područjem Zajednice, ali ne određuju i konkretno pravo koje zemlje članice je mjerodavno.

31 ES 9.11.2000, Rs C-381/98, *Ingmar*, Slg 2000, I-9305; *Ingmar* je potvrđen u ES 23.3.2006, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tačke 22, 23; Prevod presude *Ingmar* objavljen u *Stanivuković/Đundić*, Praktikum za međunarodno privatno pravo (opšti deo), Novi Sad (2007) 265.

32 *Bardas*, Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache *Ingmar* (2003) 116; *Nemeth/Rudisch*, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 „*Ingmar*“- wichtige Klärung im europäischen IPR, ZfRV 2001, 179 (182); *Staudinger*, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie, NJW 2001, 1974; *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht(2005)207; *Paefgen*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2003, 266 (292); *Summer*, Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs zur Rom I Verordnung (2004) 104; *Reich*, Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial, EuZW 2001, 50; Tako i *Jayme*, u *Reichelt/Rechberger* (ed.), Europäisches Kollisionsrecht (2004) 3 (10).

33 *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 207.

34 *Staudinger*, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie, NJW 2001, 1974 (1977).

Konačno ostaje da se zaključi da je sama ideja dodavanja kolizionih normi svakom materijalnom pravu pogrešan put, koji potrošaču donosi više problema nego prednosti.³⁵ U ovom slučaju može se ponoviti cinična zamjerka *Junker*-a da se nepreglednost i fragmentacija Evropskog potrošačkog prava i njegovih kolizionih normi mora pozdraviti, jer se time pretjerana zaštita potrošača u EU poništava nemogućnošću njegovog sprovođenja.³⁶

3. Zaštita potrošača u skladu sa Uredbom Rim I

3.1. Uvod

Dugi proces nastajanja Uredbe Rim II³⁷ kao i, naročito o regulaciji kolizionopravne zaštite potrošača, različita mišljenja pojedinih organa zakonodavnog postupka, nisu davali nadu za skorbu preobrazbu Rimske konvencije u uredbu. Zemlje članice su, međutim, brzo zauzele jedinstven stav da za razliku od prijedloga Komisije žele „evoluciju umjesto revolucije“ Rimske konvencije.³⁸ ³⁹ Tako je Vijeće uskoro nakon svog prvog čitanja, na svojoj sjednici 7. decembra 2007. godine, uspjelo postići politički dogovor.⁴⁰ Odredba o potrošačkim ugovorima samo neznatno napušta ovaj koncept, iako je u skladu sa očekivanjima doživjela najviše promjena. S obzirom da je kritika člana 5. Rimske konvencije bila najglasnija i nalozi za izmjene formulisani su u skladu sa tim, te je reformom postignut željeni rezultat. Kolizionopravna zaštita potrošača ponovo je bila važna tema za lobije velikih poduzetnika i pojedine izmjene mogu se lako pripisati njihovom uticaju.

Prva izmjena počinje već kod numeracije: potrošački ugovori sada su regulisani u članu 6. Rim I. Uobičajeno mjesto u članu 5. morali su predati novoj odredbi o ugovorima o prijevozu. Gubi se i blizina sa srodnom odredbom o ugovorima o zapošljavanju, jer su ovi sada regulisani u članu 8. Rim I, pomjeraju time i odredbe

35 Tako *Jayme*, u FS Trinker 575 (583).

36 *Junker*, Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklungen des internationalen Verbraucherschutzrechts, IPRax 1998, 65 (74).

37 Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Vijeća od 11.7.2007. o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze (Rim II), Sl. list 199/40; Vidi *Leible*, Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, u *Reichelt* (ed.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechtes, Band 16 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2007) 31.

38 *Mankowski*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101; *Leible*, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, EuZ 2006, 78; *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?, IPRax 2006, 537; *Rühl*, Das neue europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge: Zur vorgeschlagenen Kombination von Ausrichtungskriterium und subjektiver Schutzklausel, GPR 2006, 196.

39 *Leible/Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), RIW 2008, 528 (529).

40 Vidi novinski izvještaj Vijeća: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1872&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

o prinudnim propisima na član 9. Rim I te svoje mjesto predaju novom samostalnom članu o ugovoru o osiguranju, koji će sada biti određeni članom 7. Rim I.

3.2. Član 6. Rim I

a) Personalno područje primjene

Član 6. stav 1. Rim I sada počinje sa jasnom definicijom potrošača i poduzetnika. U skladu sa stalnom sudskom praksom Evropskog suda (ES)⁴¹ zaštita potrošača izričito je ograničena na fizička lica. Time se razvija evropskopravno ujednačavanje pojma potrošača.⁴² Ovo ujedno za pojedine zemlje članice, koje proširuju zaštitu na pravne osobe, kao npr. Austriju⁴³, znači da trebaju ili preuzeti evropskopravni pojam potrošača za sve potrošačke propise ili se pomiriti sa različitim materijalno- kolizionopravnim pojmom potrošača .

b) Prostorno-situaciono područje primjene

Određenje prostorno-situacionog područja primjene novog člana 6. Rim I doživjelo je najveće izmjene. Ove u potpunosti stoje u svijetlu paralelnog uređenja mjerodavnog prava sa međunarodnom nadležnosti u oblasti potrošačkih ugovornih obveza.

U skladu sa članom 6. stavom 1. Rim I potrošač uživa zaštitu, ukoliko se poduzetnik u državi članici u kojoj potrošač ima redovno boravište bavi trgovačkom ili profesionalnom djelatnošću, ili ako na bilo koji drugi način usmjerava takvu djelatnost prema toj državi članici (ili prema većem broju država uključujući i tu državu članicu), a ugovor spada u područje takvih djelatnosti. Na taj način izostavljeni su često kritikovani situacioni preduslovi pri zaključenju ili za zaključenje ugovora u skladu sa članom 5. stavom 2. Rimske konvencije. Pri ovoj formulaciji radi se o gotovo identično preuzetoj formulaciji kriterija „usmjerenja“ iz člana 15. stava 1. lit. c Brisel I. Ovo ne iznenađuje, s obzirom da je Komisija takvu mogućnost određenja prostorno-situacionog područja primjene člana 6. Uredbe Rim I stavila na diskusiju u Zelenoj knjizi o Uredbi Rim I⁴⁴, koja je u objavljenim mišljenjima većinski podržana.⁴⁵

Za bavljenje trgovačkom ili profesionalnom djelatnošću u skladu sa članom 6. stavom 1. Rim I nije potrebno da poduzetnik ima podružnicu u državi redovnog boravišta potrošača. Aktivno učesće u privrednom prometu države potrošača, na

41 ES 21.06.1978, predmet 150/77, *Ott*, 1978, 1431, tačka 21.; ES 19.01.1993, predmet C-8/91, *TVB*, 1993, I-139; ES 22.11.2001, predmet C-541/99 i C-542/99, *Idealservice*, 2001, I-9049.

42 Vidi o tome opširno *Meškić*, *Europäisches Verbraucherrecht – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008) 51.

43 Vidi *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, *KSchG-Kurzkomentar* (2004) 9; *Lurger/Augenhofer*, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht* (2005) 21.

44 Komisija (2002) 654 konačno str. 15.

45 Vidi o tome *Rühl*, *GPR* 2006, 196 (197).

primjer pružanjem usluga na licu mjesta, sasvim je dovoljno.⁴⁶ Mnogo veći značaj dobiće navedeni kriterij „usmjerenja“, koji zahtijeva svjesno i ciljano djelovanje poduzetnika u pravcu države redovnog boravišta potrošača preduzimanjem mjera koje povećavaju obrt, kao što su reklame.⁴⁷ Tako mjesto zaključenja ugovora za vezivanje potrošačkih ugovora postaje nebitno.⁴⁸ Odlučujuće je da li odgovarajuće djelovanje poduzetnika u državi potrošača u skladu sa svojim određenjem proizvodi dejstvo i vodi do zaključenja ugovora⁴⁹.

Usklađenost klasične oblasti Međunarodnog privatnog prava (MPP-a) sa Procesnim međunarodnim privatnim pravom (PMPP-om) navodi se i u uvodnoj tački 24. Uredbe Rim I, prema kojoj tumačenje kriterija usmjerenja u skladu sa članovima 15. Brisel I i 6. Rim I treba da se odvija jedinstveno.⁵⁰ Dosadašnja rijetka sudska praksa ES-a o Brisel I, uzrokovana njenim kratkim postojanjem, na jednak način kao i odgovarajuća naučna diskusija i mišljenja Komisije trebaju pomoći pri razjašnjenju pitanja, u kojim slučajevima se ponuda robe i usluga na internetu može smatrati „usmjerenjem djelatnosti“.⁵¹ Konačno se sa kriterijumom usmjerenja pokušao uzeti u obzir stalno rastući značaj elektronskog poslovanja, kojemu nije mogao odgovoriti član 5. Rimske konvencije. Naime, potrošač je sada kolizionopravno zaštićen kada podstaknut reklamom ili ponudom sa *homepage*-a sa poduzetnikom može sklopiti ugovor, te to i učini.⁵² Obrisi pojma „usmjerenja djelatnosti“ nisu, međutim, konačno razjašnjeni niti za slučaje reklama na internetu niti za razne druge slučajeve.⁵³

Kriterij „usmjerenja“ omogućava uspostavljanje ravnoteže između visokog nivoa zaštite potrošača, izričito određenog Ugovorom o osnivanju Evropske zajedice i zahtijeva unutrašnjeg tržišta.⁵⁴ S jedne strane, pravo mjesta redovnog boravišta potrošača primjenjivaće se uvijek kada je potrošač mogao računati sa njim, a s druge strane poduzetnik odgovarajućim usmjerenjem svoje djelatnosti može odrediti krug pravnih poredaka, koji bi potencijalno mogli doći do primjene. Da snošenje troškova potrebnih za dolazak do informacija o stranim pravnim poretcima pogađa poduzetnike, čini se pri ispunjenju uslova usmjerenja na državu potrošača opravdanim, s obzirom da

46 *Staudinger*, u *Rauscher* (ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* (2006) 244 (285).

47 *Vidi o tome Rühl*, GPR 2006, 196 (197).

48 *Leible*, *Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand*, IPRax 2006, 365 (369).

49 *Staudinger*, u *Rauscher* (ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* 244 (286).

50 Treba, međutim, uzeti u obzir da član 15. Uredbe Brisel I kao tačku vezivanja postavlja „prebivalište“ potrošača, dok član 6. Uredbe Rim I govori o „redovnom boravištu“ potrošača.

51 *Vidi o tome Rühl*, GPR 2006, 196 (198).

52 *Leible*, IPRax 2006, 365 (369).

53 *Vidi o tome Hein von*, *Kapitalanlegerschutz im Verbrauchergerichtsstand zwischen Fernabsatz und konventionellem Vertrieb: Zur Konkretisierung der Ausrichtung in Art 15 Abs 1 lit. c EuGVVO*, IPRax 2006, 16; *Staudinger*, u *Rauscher* (ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* 244 (286). O različitim vrstama ugovora o elektronskom poslovanju uporedi *Kronke/Melis/Schnyder*, *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2005) 435.

54 *Max Planck institut za inostrano i međunarodno privatno pravo*, *RabelsZ* 2007, 225 (273).

troškove poduzetnik može podesti prema izabranom stranom poretku, te ih rasporediti na veći broj ugovora.⁵⁵ Slični razlozi opravdavaju zaštitu potrošača u oblasti PMPP-a⁵⁶, s kojom je uz pomoć kriterija „usmjerenja“ uspostavljeno jedinstvo.⁵⁷

Kriterij „usmjerenja“ umjesto detaljnog propisa osigurava željeni fleksibilniji standard, dovoljno širok da obuhvati različite situacije pred zaključenje ili pri zaključenju ugovora, koje se još ne mogu predvidjeti, a u kojima potrošač djeluje vrijedan zaštite.⁵⁸ Sada i interesi aktivnih potrošača u odgovarajućim situacijama mogu biti uzeti u obzir.

Ovo najbolje može biti prikazano na primjeru slučajeva *Kanarskih otoka*⁵⁹. U osnovi član 6. stav 1. Rim I postavlja za uslov da poduzetnik usmjeri svoju djelatnost ka prostoru zemlje članice a ne (samo) na njegov narod, kao što je to u slučaju njemačkih turista na Kanarskim otocima.⁶⁰ Njemački turista neće i ne smije očekivati da će pri uobičajenoj kupovini u nekoj prodavnici na Kanarskim otocima biti zaštićen njemačkim pravom. Ako, međutim, marketinška strategija poduzetnika stvori ambijent za sklapanje ugovora, koji je u potpunosti orijentisan prema okolnostima domovine turista, u koju će kasnije roba biti isporučena i u kojoj će turista uplatiti novac, ugovor će biti unutar područja primjene kriterija „usmjerenja“ u skladu sa članom 1. Rim I i zaštita će opravdano biti pružena.⁶¹ Naravno, u ovim slučajevima treba biti oprezan, jer se naročito u područjima atraktivnim za turiste nude proizvodi, koji realno promatrano mogu naći kupca samo među stranim državljanima.⁶² Tako bi kod navedenog slučaja došli do suprotnog mišljenja, kada plaćanje i isporuka ne bi uslijedili u državi potrošača.⁶³ Konačno je odlučujuće da li djelatnost usmjerena

⁵⁵ *Leible*, IPRax 2006, 365 (366).

⁵⁶ *Mayr/Czernich*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2006) 106; *Basedow*, *Internationales Verbrauchervertragsrecht- Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform*, u FS Jayme 3 (14); *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts* (2003) 55. Tako propisi o zaštiti potrošača postoje i u mladim aktima Evropskog civilnog procesnog prava poput člana 6. lit. d povlaka 2. i 3. Uredbe o izvršnim ispravama za nesporne zahtjeve (Uredba (EZ) br. 805/2004 od 21.4.2004. kojom se uvodi evropska izvršna isprava za nesporne zahtjeve, Sl. list 2004 L 143/15) i u članu 6. stavu 2. Uredbe o postupku evropskog platnog naloga (Uredba (EZ) br. 1896/2006 od 12.12.2006. kojom se uvodi postupak evropskog platnog naloga, Sl. list 2006 L 399/1).

⁵⁷ U slijedećem koraku treba pronaći odgovarajuća rješenja za moguće dodirne tačke individualnog i kolektivnog sistema zaštite da bi i kolektivna zaštita mogla ostvariti svoje ciljeve; *Padovini*, *Prinzipien des Europäischen Verbraucherschutzes*, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* 85 (90).

⁵⁸ *Rühl*, GPR 2006, 196 (198).

⁵⁹ *Vidi npr. OLG Frankfurt, RIW 1989, 646; BGH, NJW 1997, 1697.*

⁶⁰ *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* 89 (2007) (105).

⁶¹ *Basedow*, u FS Jayme 3 (22). Tako i Max Planck institut za inostrano i međunarodno privatno pravo, *RabelsZ* 2007, 225 (273).

⁶² *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* 89 (105).

⁶³ Tako o jednom sličnom slučaju *Kieninger*, *Der Rom I-Vorschlag- eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?*, *EuZ* 2007, 22 (26).

ka stranim potrošačima i privredno znači teritorijalno širenje obrtničkog područja⁶⁴. Ipak niti ova formulacija ne može odvući pozornost sa potrebe za konkretizacijom pojma „usmjerenja djelatnosti“, kroz praksu ES-a u sklopu postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa članom 234 EZ.

c) Izbor mjerodavnog prava

Opstanak načela autonomije volje u potrošačkim ugovorima spadao je u najkontroverznija pitanja u zakonodavnom postupku donošenja Uredbe Rim I.⁶⁵ Naročito je diskutovano potpuno isključenje autonomije volje u členu 5. prijedloga Uredbe Rim I⁶⁶.

Pristanici potpunog ukidanja kolizionopravne autonomije volje za potrošačke ugovore argumentirali su da će konačno nestati kako kritikovani „law mix“ izabranog prava i prinudnih propisa materijalnog potrošačkog prava mjesta redovnog boravišta tako i usporedba povoljnosti izabranog prava sa mjestom redovnog boravišta za samog potrošača. Time se izbjegava primjena „novog prava“, koje izlazi izvan okvira oba relevantna pravna poretka i stvara pravna sigurnost.⁶⁷ Usporedba povoljnosti prava, nužna u skladu sa članom 5. Rimske konvencije, koja se uvijek može preduzeti samo ex post za konkretni postupak, do sada je dijelom dovodila do nepodnošljivih rezultata.⁶⁸ Osim toga ukidanjem izbora prava uspostavilo bi se jedinstvo između međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava, što je kod potrošačkih ugovora zbog niske vrijednosti spora od velikog značaja.⁶⁹ Jedinstvo ne bi narušila mogućnost potrošača da u skladu sa članom 16. Brisel I podigne tužbu na mjestu sjedišta poduzetnika, jer on isključivo služi interesu potrošača da pokuša izbjeći eventualne probleme sa izvršenjem presude u inozemstvu.⁷⁰ Konačno bi potrošač s obzirom na probleme saznanja stranog prava bio zaštićen od važenja stranog prava, te bi se odgovorilo njegovom povjerenju u važenje domaćeg prava, a da pri tome poduzetnici

64 *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa-Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (106).

65 Za apsolutno isključenje izbora prava kod potrošačkih ugovora zalaže se prije svega MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, *RabelsZ* 2007, 225 (270); *Mankowski*, *IPRax* 2006, 101 (106); *Leible*, *IPRax* 2006, 365 (370); *Basedow*, u *FS Jayme* 3 (16); *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (93). Različitog mišljenja je prije svih *Lagarde*, *Remarque sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rom I)*, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* 13 (23).

66 **Prijedlog za Uredbu o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rim I)**, Komisija (2005) 650 konačno.

67 *Leible*, *IPRax* 2006, 365 (370); *Kieninger*, *EuZ* 2007, 22 (26).

68 **Opširno i sa odgovarajućim dokazima o tome Calliess**, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge- Rechtsicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt* (2006) 362.

69 **MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo**, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, *RabelsZ* 2007, 225 (270).

70 *Staudinger*, u *Rauscher* (ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* (2006) 244 (292).

ne budu u lošijem položaju u odnosu na član 5. Rimske konvencije.⁷¹

Međutim, kritika isključenja autonomije volje, u skladu sa prijedlogom Komisije, također je bila mnogobrojna i raznovrsna. Najsnažnije kritika upućena je sa metodijskog aspekta, naime da bi se na taj način kod potrošačkih ugovora napustilo jedno opće načelo MPP-a. Osim toga i prijedlog Komisije ne bi onemogućio poduzetnike da i dalje uvrstavaju klauzule o izboru mjerodavnog prava u potrošačke ugovore: iz nade da će kod neinformisanih potrošača postići željeni uspjeh ili zato što poduzetnici trećih država ne bi bili informisani o zabrani uvrštavanja takvih klauzula u ugovore.⁷² Time bi ova odredba, na jednak način kao i član 5. Rimske konvencije, služila samo informisanom potrošaču, kojeg klauzula o izboru mjerodavnog prava ne bi iznenadila ili uplašila.⁷³

U konačnoj verziji Uredbe Rim I ova naučna diskusija nije ostavila nikakve tragove. Može se zaključiti da ograničena autonomija volje u skladu sa članom 6. stavom 2. Rim I za potrošačke ugovore ostaje u jednakom obliku, u kakvom je važila i u skladu sa članom 5. Rimske konvencije. Formulacija je u odnosu na član 5. stav 2. Rimske konvencije u mnogome promijenjena, što je, međutim, samo posljedica nešto opširnijeg jezičkog stila novog člana 6. Rim I. Usporedba povoljnosti između izabranog prava i prinudnih propisa redovnog boravišta potrošača također ostaje nepromijenjena. Ovo je vidljivo iz jednake formulacije u članu 6. stavu 2. Rim I, da se izborom prava potrošaču ne smije oduzeti zaštita koju mu daju prinudni propisi države u kojoj ima redovno boravište, na osnovu koje je pravna nauka konačno izvela načelo povoljnosti.⁷⁴ Konačno je ograničeno načelo autonomije volje zadržano i u srodnoj Uredbi Rim II. U članu 14. stavu 1. lit. a Rim II zaštita potrošača ostvarena je uslovom da se sporazum o izboru prava može zaključiti samo nakon nastupa događaja koji je prouzrokovao nastalu štetu.⁷⁵ Tako će sa metodijskog aspekta biti ostvaren cilj daljnog važenja načela autonomije volje i za potrošačke ugovore.

d) *Predmetno područje primjene*

Značajna i radosna novost, u odnosu na član 5. Rimske konvencije jeste da će pri ispunjenju personalnog i prostorno-situacionog područja primjene svaki potrošački ugovor spadati pod zaštitu člana 6. Rim I. U osnovi član 6. Rim I, naime, obuhvata sve vrste potrošačkih ugovora. Odustaje se od još uvijek važećeg ograničenja na isporuku pokretnih stvari i pružanja usluga, tako da stalne diskusije o tome da li se *download* muzičkih-, video- ili knjižnih datoteka može izjednačiti sa sticanjem

71 MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, *RabelsZ* 2007, 225 (270); *Leible*, *IPRax* 2006, 365 (370).

72 *Solomon*, *Verbraucherverträge*, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* (2007) 89 (92).

73 *Mankowski*, *IPRax* 2006, 101 (106).

74 Član 6. stav 2. Rim I ne govori više o pravu redovnog boravišta, već o pravu koje se u skladu sa članom 6. stavom 1. Rim I primjenjuje kada nije izvršen izbor prava. Izbjegava se i pojam „prinudnih propisa“ i zamjenjuje sa „odredbama prava države koje se ne mogu isključiti ugovorom“.

75 Vidi *Kunda*, Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2007, 1269 (1282).

odgovarajućih tjelesnih stvari, postaju nepotrebne.⁷⁶ Značajno je proširenje i na sada obuhvaćene potrošačke kredite, ali i generalno na vrijednosne papire, ugovore o nematerijalnim dobrima i ostalim pravima.⁷⁷ Bez obzira na to predmetno područje primjene člana 6. Uredbe Rim I nije neograničeno, s obzirom da su pojedini izuzeci člana 5. Rimske konvencije zadržani, te dodani i novi, čiju opravdanost treba kritički analizirati.

Ugovori o nekretninama

Izuzetak ugovora o stvarnim pravima na nekretninama ili zakupu nekretnina u skladu sa članom 6. stavom 4. lit. c Uredbe Rim I kao izričita formulacija predstavlja novinu, a u stvari je neposredna posljedica brisanja još uvijek važećeg ograničenja na isporuku pokretnih stvari. Propis je obrazložen na taj način da ugovori o nekretninama sa izuzetkom *timesharing*-ugovora (ugovora o vremenskom zakupu turističkih objekata), koji su u stavu 4. lit. c navedeni kao protuizuzetak, imaju posebno blisku vezu sa mjestom nalaženja nekretnina, koje su posebno povezane sa sistemom zemljišnih knjiga zemlje u kojoj se nalaze, tako da bi njihovo podvođenje stranom pravu u velikoj mjeri dovelo do nesigurnosti i nepodnošljivog otežavanja rada grunтовница i notara.⁷⁸ Osim toga ugovori o prodaji nekretnina su zbog svog privrednog značaja za potrošače i pravne kompleksnosti izuzetni. U skladu s tim pri sticanju vlasništva nad stranom nekretninom u inostranstvu potrošač uprkos prethodnoj reklami u državi njegovog redovnog boravišta ne bi računao sa primjenom sopstvenog prava, već bi se potrudio da pronađe pravni savjet.⁷⁹

Međutim, između opravdanog izuzetka za mjesto nalaženja stvari kod ugovora o kupoprodaji nekretnina i opravdanog protuizuzetka za *timesharing*-ugovore postoji više međunivoa, koji se odnose na različite oblike ugovora o korištenju nekretnina, čije se podvođenje mjestu nalaženja stvari čini neopravdanim.⁸⁰ Već kod zakupa stana, kojim potrošač želi zasnovati prebivalište u mjestu nalaženja stvari, argumenti izrečeni u korist kupoprodaje nekretnina samo su djelomično primjenjivi. Ipak je dovoljno snažan razlog da od potrošača možemo očekivati da se unaprijed navikne na pravo svog budućeg životnog okruženja.⁸¹ Problematično je, međutim, da je izvan područja primjene člana 6. Rim I moguć u osnovi neograničen izbor mjerodavnog prava.

Ovakva opasnost od zloupotrebe prava smanjena je činjenicom da mnogi nacionalni pravni poretki sadrže veoma razvijeno socijalno pravo o zakupu stanova,

⁷⁶ Solomon, u Ferrari/Leible (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (96); Leible, IPRax 2006, 365 (367).

⁷⁷ MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, RabelsZ 2007, 225 (271); Mankowski, IPRax 2006, 101 (105); Leible, IPRax 2006, 365 (367).

⁷⁸ Basedow, u FS Jayme 3 (8). Tako i MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, RabelsZ 2007, 225 (277).

⁷⁹ Solomon, u Ferrari/Leible (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (99).

⁸⁰ Za proširenje zaštite pri ugovorima o korištenju nepokretnosti Lagarde, u Reichelt (ed.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 13 (22).

⁸¹ Mankowski, IPRax 2006, 101 (105); Leible, IPRax 2006, 365 (368).

koje se može svrstati u šire razumijevanje međunarodnih prinudnih propisa u skladu sa članom 9. Rim I.⁸² Postavlja se, međutim, pitanje zašto se oslanjati na krajnju pomoć člana 9. Rim I, umjesto da se pozitivnim riješenjem u članu 6. Rim I ova okolnost uzme u obzir.⁸³ Konačno bi se time postiglo i usklađivanje sa članom 22. Brisel I, koji osim lakšeg postupka dokazivanja i zbog „pravne blizine“ predviđa isključivu primjenu mjesta nalaženja zakupljenog stana.⁸⁴ Izuzimanje zakupa vikendica i turističkih objekata, koji ne spadaju u *timesharing* ugovore, iz područja primjene člana 6. Rim I čini se utoliko nerazumljivijim. Konačno, ovi ne pokazuju bližu vezu sa mjestom nalaženja nekretnine u odnosu na ugovore o paket aranžmanima i *timesharing* ugovore, koji izričito spadaju u područje primjene budućeg člana 6. Rim I.⁸⁵

Ugovori o prijevozu

Član 6. stav 4. lit. b Rim I zadržava važeći izuzetak za ugovore o prijevozu, što se može objasniti samo utjecajem velikih prijevoznih preduzeća.⁸⁶ Uobičajeno opravdanje da se time uzima u obzir važeće pravo, unificirano međunarodnim sporazumima, poput Montrealske konvencije⁸⁷ i CIM/CIV⁸⁸, nije ubjedljivo, jer pravo unificirano međunarodnim sporazumima načelom *lex specialis* već derogira odredbe Uredbe Rim I.⁸⁹

Dio pravne nauke vezivanje za redovno boravište potrošača okarakterizirao je kao nepravedno, jer prekogranični prijevoz, prije svega osoba, obuhvata veliki broj potrošača iz različitih zemalja, te bi se isti ugovor o prijevozu morao uskladiti sa velikim brojem različitih nacionalnih zakonodavstava.⁹⁰ Protiv ovog mišljenja govori da član 6. Rim I dolazi do primjene samo pri ispunjenju situacionih uslova,⁹¹ te da takvi problemi kod drugih masovnih usluga nisu manji.⁹² Osim toga u skladu sa prethodnom argumentacijom i protuizuzetak za ugovore o putovanjima sa paket

82 Tako i Mankowski, IPRax 2006, 101 (105); Leible, IPRax 2006, 365 (368).

83 Jednako mišljenja Solomon, u Ferrari/Leible (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (100).

84 Mankowski, u Rauscher (ed.), Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar 297 (356). U ovom pravcu argumentuje i Kropholler, Internationales Privatrecht (2006) 623.

85 O izuzetku za ugovore o prijevozu i protuizuzetku za ugovore o putovanjima sa paket aranžmanom vidi dolje.

86 Lagarde, u Reichelt (ed.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR 13 (22).

87 Konvencija za izjednačavanje nekih pravila u međunarodnom zračnom prijevozu od 28.5.1999., stupila na snagu 4.11.2003.

88 Unificirani propisi o ugovorima o međunarodnom željezničkom prevozu osoba (CIV) i dobara (CIM), dodatci A i B Konvencije o međunarodnom željezničkom prijevozu (COTIF) od 9.5.1980.

89 Uporedi član 23. Rim I; Mankowski, IPRax 2006, 101 (105); Solomon, u Ferrari/Leible (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (98).

90 MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, RabelsZ 2007, 225 (276).

91 Solomon, u Ferrari/Leible (ed.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung 89 (98).

92 Mankowski, Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung – Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?, ZvgIRWiss 105 2006, 120 (124).

aranžmanom u skladu sa članom 6. stavom 4. lit. b ne bi bio opravdan. Konačno se na ugovore o prijevozu, koji su obuhvaćeni pojmom usluga koje se moraju izvršiti isključivo u inostranstvu u skladu sa članom 6. stav 4. lit. a Rim I svejedno ne primjenjuje pravo države boravišta potrošača.⁹³

Usluge koje se potrošaču pružaju isključivo u inostranstvu

Izuzetak u skladu sa članom 6. stavom 4. lit. a Rim I sastoji se od dvije komponente: s jedne strane izuzet je samo jedan tip ugovora, naime ugovori o pružanju usluga, a s druge strane ovaj izuzetak povezan je sa jednim prostorno-situacionim uslovom, naime da je usluga pružena ili je trebala biti pružena isključivo izvan države redovnog boravišta potrošača. Zadržavanje ovog propisa pri novoj strukturi člana 6. Rim I ima uticaja i na dva prethodno navedena izuzetka u skladu sa članom 6. stavom 4. Rim I, te iz tog razloga treba da posljednji bude podvrgnut analizi, iako je prvi navedeni izuzetak ovog stava. O ovom, iz člana 5. stava 4. lit. b Rimske konvencije preuzetom izuzetku, *Giuliano/Lagarde* su kao primjere za ugovore čije isključivo ispunjenje u inostranstvu, uprkos prethodnoj reklami u zemlji boravišta potrošača, opravdava vezivanje u skladu sa opštim propisima članova 3. i 4., naveli hotelske usluge i kurseve jezika.

Ovakvo objašnjenje već je kod člana 5. Rimske konvencije budilo kritiku, a sa uvođenjem novog kriterija „usmjerenja“ gubi svaku osnovanost.⁹⁴ Zbog čega bi pravili razliku, kada potrošač sa redovnim boravištem u Beču, iznajmi vozilo u podružnici jednog stranog preduzeća u Beču, te ga u jednom slučaju pokupi na stranom aerodromu i tamo i vrati, a u drugom ga preuzme u Austriji?⁹⁵ Problemi sa dobivanjem informacija o sadržaju stranog prava kod potrošača ne smanjuju se isključivim izvršenjem ugovora o najmu u inostranstvu, kad je ugovor prethodno sklopljen u Austriji.⁹⁶ Konačno i član 15. Uredbe Brisel I izuzima ugovore o prijevozu, ali ne i ugovore o uslugama koje su pružene isključivo u inostranstvu. Tako se smatra opravdanim da vlasnik hotela, koji svoje usluge reklamira u drugoj državi članici, bude tužen pred sudovima te države članice, ali će se u tim slučajevima u skladu sa članom 6. Rim I, primjenjivati strano pravo određeno opštim propisima članova 3. i 4. Rim I.⁹⁷

Prigovor koji se ulaže protiv primjene prava države boravišta potrošača, jeste da je na kolizionopravnom nivou potreba za zaštitom potrošača umanjena, kada je ugovor od početka usmjeren ka njegovom izvršenju u inostranstvu.⁹⁸ Međutim, praksa nacionalnih sudova pokazuje da su hotelske usluge i najam turističkih objekata

93 Tako *Solomon* govori o „funkciji filtera“ člana 5. stava 3. lit. a prijedloga Komisije za ugovore o prijevozu u Uredbi Rim I, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* 89 (98). U opravdanost izuzetaka za usluge pružene isključivo u inostranstvu mora se sumnjati. Vidi o tome dolje.

94 MPI za inostrano i međunarodno privatno pravo, *RabelsZ* 2007, 225 (276).

95 *Lagarde*, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* 13 (22).

96 *Leible*, *IPRax* 2006, 365 (368).

97 *Leible*, *IPRax* 2006, 365 (368).

98 *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* 89 (103).

smatrani izuzecima od područja primjene u skladu sa članom 5. stavom 4. lit. b Rimske konvencije, da je obim ovog propisa reduciran samo na ova dva izuzetka i da je kod rješavanja ovih slučajeva pokazano nastojanje da se preko člana 4. stava 5. Rimske konvencije ili na druge načine dođe do primjene države boravišta potrošača.⁹⁹ Razlog za ovakvu praksu sigurno je pokušaj zaštite potrošača u konkretnom slučaju te stvaranja harmonije između mjerodavnog prava i nadležnosti. Tako izuzetak u skladu sa članom 5. stavom 4. lit. b Rimske konvencije u praksi nije igrao značajnu ulogu.

Argument da se izuzetkom za ugovore o pružanju usluga, koji će biti izvršeni u inostranstvu stvara proturječnost sa izričitim podvođenjem ugovora o putovanjima sa paket aranžmanom, smatram neosnovanim.¹⁰⁰ Nova struktura člana 6. Rim I određuje alternativnu primjenu izuzetaka u skladu sa članom 6. stavom 3. lit. a s jedne strane te b i c s druge strane. Ugovori o putovanjima sa paket aranžmanom u skladu sa članom 5. stavom 5. Rimske konvencije, neovisno o izuzetku za ugovore o pružanju usluga koji se isključivo izvršavaju u inostranstvu, izričito su uvršteni u područje primjene. U skladu sa članom 6. stavom 4. Rim I, nasuprot tome, ugovori o putovanjima sa paket aranžmanom čine samo protuizuzetak isključenju ugovora o prijevozu. Dalje član 6. stav 4. lit. a Rim I sa svojom prostorno-situacionom komponentom nasuprot izuzetcima u skladu sa lit. b i c, koji se tiču samo jedne vrste ugovora, slijedi drugačije ciljeve.¹⁰¹ Tako ugovori o *timesharing*-u kao i ugovori o putovanjima sa paket aranžmanom pri odgovarajućoj formulaciji ugovora mogu biti obuhvaćeni izuzetkom za ugovore o pružanju usluga, koji trebaju biti izvršeni isključivo u inostranstvu. Moramo, međutim, sumnjati u to da je ovo bila svjesna odluka zakonodavca. Konačno nije mogla biti namjera zakonodavca da ovom već kritikovanom izuzetku, pruži važniju ulogu nego što je to bio slučaj u Rimskoj konvenciji i nacionalnoj sudskoj praksi.

Izuzeci u skladu sa članom 6. stavom 4. lit. d i e

Dalje je lista izuzetaka predmetnog područja primjene člana 6. Rim I proširena za dva propisa. U članu 6. stavu 4. lit. d Rim I izuzeta su sva prava i obaveze koja su povezana sa „finansijskim instrumentima“, pri čemu je u uvodnim obrazloženjima pod tačkom 28. objašnjeno da „finansijske instrumente“ treba interpretirati u skladu sa članom 4. stavom 1. br. 17. Direktive o tržištima za finansijske instrumente¹⁰². Ovaj izuzetak slijedi cilj da instrumenti jedne emisije podliježu istom pravnom poretku i time spriječe moguća ograničenja njihove trgovine.¹⁰³ S druge strane, izuzimaju

99 *Basedow*, u FS Jayme 3 (10).

100 *Uporedi nasuprot tome Leible*, IPRax 2006, 365 (368).

101 Tako u pogledu ugovora o putovanjima sa paket aranžmanom *Solomon*, u *Ferrari/Leible* (ed.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa- Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung* 89 (104).

102 Direktiva 2004/39/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 21.4.2004. o tržištima finansijskih instrumenata kojom se izmjenjuju i dopunjuju Direktiva Vijeća 85/611/EEZ i 93/6/EEZ i Direktiva 2000/12/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća te ukida Direktiva Vijeća 93/22/EEZ, Sl. list 2004 L 145/1.

103 *Leible/Lehmann*, RIW 2008, 528 (537).

se iz predmetnog područja primjene i uslovi za izdavanje, javnu ponudu i javno preuzimanje u vezi sa „prenosivim vrijednosnim papirima“, pri čemu se „prenosivi vrijednosni papiri“ tumače u skladu sa članom 4. stavom 1. br. 18. iste direktive. Izuzetak člana 6. stava 3. lit. d obrazložen je tako što bi podvrgavanje pravu boravišta potrošača moglo dovesti do toga da se na svaki izdati instrument primjenjuje drugo pravo.¹⁰⁴

Izuzetak u skladu sa članom 6. stavom 4. lit. e, u skladu s kojim ugovorima zaključenim u okviru multilateralnog sistema trgovine treba uskratiti zaštitu, neće imati veću praktičnu primjenu s obzirom da ovakve ugovore rijetko sklapaju potrošači.¹⁰⁵

3.3. Vrednovanje člana 6. Rim I

Novi član 6. Rim I uspješno harmonizira tačke vezivanja u oblasti međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava kod prekograničnih potrošačkih ugovora.¹⁰⁶ Regulisanje situaciono-prostornog područja primjene, naročito na osnovu kriterija „usmjerenja poslovanja“, pokazuje onu fleksibilnost, koja je nužna za opravdano uzimanje u obzir pojedinačnih slučajeva kao i odgovor na trenutne i buduće izazove modernog poslovnog života. Generalno obuhvaćanje svih vrsta ugovora uprkos neubjedljivim argumentima člana 6. stava 4. Rim I mora biti zapaženo kao slijedeći korak naprijed. Jasna struktura i jezik člana 6. Rim I, postignuta tek konačnom redakcijom od strane Parlamenta i Vijeća ostvaruje za potrošački propis naročito važnu jednostavnost i preglednost.

Tako je iz ugla zaštite potrošača moguće zaključiti da je Uredba Rim I u potpunosti ostvarila cilj stvaranja jedinstvenog funkcionalnog sistema zaštite sa Uredbom Brisel I. Nasuprot tome novi član 6. Rim I, neće moći zamijeniti kolizione norme iz potrošačkih Direktiva, jer član 23. Rim I zadržava nadređenost kolizionih normi iz potrošačkih direktiva nad Uredbom Rim I, koja je već postojala i u samoj Rimskoj konvenciji.¹⁰⁷

Ovaj propust mogao se izbjeći uzimajući u obzir da bi novi član 3. stav 4. Rim I kolizione norme iz potrošačkih direktiva u značajnom dijelu njihovog područja primjene učinio nepotrebnim. U skladu sa članom 3. stavom 4. Rim I prinudni propisi prava EU primjenjuju se neovisno o izboru mjerodavnog prava, kada su svi drugi elementi činjeničnog stanja u vrijeme izbora prava povezani sa jednom od država članica. Time se na kolizionopravnom nivou u dovoljnoj mjeri uzima u obzir minimalna zaštita potrošača stvorena u Evropskoj uniji.

Konačno je zakonodavac EU trebao prepoznati priliku da kako pojam „bliske veze“ uvršten u kolizione norme potrošačkih direktiva tako i posljedice sudske

104 Tačka 30. uvodnih razmatranja direktive.

105 *Leible/Lehmann*, 528 (537).

106 Tako o članu 5. Komisijskog prijedloga za Uredbu Rim I *Leible*, IPRax 2006, 365 (371).

107 Član 23. Rim I sada predviđa da Uredba Rim I ne sprječava primjenu kolizionih normi za ugovorne odnose, sadržanih u posebnim oblastima pravnog poretka EZ.

prakse u predmetu *Ingmar*¹⁰⁸ konkretizira njihovim unošenjem u sistematiku Uredbe Rim I i da za njih utvrdi granice koje se mogu uskladiti sa Uredbom Rim I. Umjesto toga zakonodavac EU odlučio se zadržati podijeljeni sistem kolizionopravne zaštite potrošača u EU. Obrazloženje iz tačke 40. Rim I još jednom naglašava da podjela kolizionih normi na više pravnih akata nije poželjna. U nastavku, međutim, potvrđuje da prijem kolizionih normi u propise EU o ugovornim odnosima u pogledu pojedinih predmeta nije isključen Uredbom Rim I.

4. Evropskopравни nalozi za reformu ZRSZ-a¹⁰⁹

Bitno je strogo razlikovati zakonodavne naloge koje je zakonodavac EU postavio Uredbama Rim I i Brisel I s jedne strane, te potrošačkim direktivama s druge strane. Razlikovanje je neminovno kako zbog njihovog različitog pravnog karaktera tako i samog sadržaja.

Uredbe su pravnoobvezujuće u svim svojim dijelovima, te ne zahtijevaju implementaciju, iako većina zemalja članica ima praksu njihovog „prepisivanja” u nacionalno zakonodavstvo. Nasuprot tome, direktive su pravno obvezujuće samo povodom svog cilja a ne i samog sredstva implementacije, te moraju biti implementirane u izričito određenom roku. Osim toga, navedene potrošačke direktive sadrže klauzulu minimalne harmonizacije. Time je nacionalnim zakonodavcima pored uobičajenog prostora za sopstveni izbor sredstva implementacije i prilagodbe formulacije odredbi direktiva postojećem nacionalnom pravu, ostavljeno i pravo na zadržavanje ili uvođenje višeg nivoa zaštite potrošača od onog predviđenog direktivama.

Razlike su imanentne i u samom sadržaju. Dok je u Uredbama Rim I i Brisel I zaštita ostvarena kolizionopravnom tehnikom određivanja mjerodavnog prava prema načelu najbliže veze, korigovanim načelima zaštite slabije ugovorne stranke i povoljnosti po potrošača, potrošačke direktive samo nastoje osigurati primjenu materijalnog prava EU sadržanog u njima. Pokušaje zemalja članica da kompenziraju slabosti kolizionih normi direktiva, izbjegavanjem njihove implementacije uz istovremeno ukazivanje na rješenja Rimske konvencije, ES je u *Komisija v. Španije*¹¹⁰ nepravedno okarakterizovao protivnim Pravu EU. U ovoj presudi odbijena je španska implementacija kolizije norme Direktive o nepoštenim klauzulama, kojom je Španija uglavnom samo ukazala na član 5 Rimske konvencije, sa obrazloženjem da se ovakvom implementacijom slabosti člana 5 Rimske konvencije ne bi uklonile nego i dalje održale. Povrh toga, ES nije iskoristio priliku za tumačenjem „bliske veze” u smislu kolizionih normi direktiva.

Konačno pri implementaciji pravnih izvora za zaštitu potrošača EU ne smije se zanemariti uloga koju nacionalne norme o zaštiti potrošača imaju kao kolizionopravni

108 ES 9.11.2000., predmet C-381/98, *Ingmar*, 2000, I-9305. Vidi opširno o tome *Bardas*, Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache *Ingmar* (2003).

109 Zakon objavljen u Službenom listu SFRJ broj 43. iz 1982.

110 ES 9.9.2004., C-70/03, *Komisija v. Španije*, 2004, I-7999, tačka 31.

prinudni propisi, odnosno norme neposredne primjene. Nacionalne norme neposredne primjene (nacionalni prinudni propisi) zaštićene su već samim članom 6. stavom 2. Rim I kojim je izbor mjerodavnog prava u potrošačkim ugovorima ograničen standardom zaštite pruženom nacionalnim prinudnim propisima države u kojoj potrošač ima redovno boravište. Hrvatski zakonodavac potrudio se da odredbama Zakona o zaštiti potrošača¹¹¹ kao i drugim nacionalnim propisima, koji služe zaštiti potrošača, izričito da karakter nacionalnih normi neposredne primjene. Ispravnost ovakvog pristupa potvrđena je u novom prijedlogu Komisije za direktivu kojom bi se jedinstveno reguliralo cjelokupno potrošačko pravo¹¹². Ovaj prijedlog za „horizontalnu direktivu” rezultat je inicijative pokrenute u Zelenoj knjizi o provjeri potrošačkog *acquis-a*¹¹³ iz 2007. godine. Predložena direktiva za razliku od svojih prethodnica, koje bi novom direktivom bile derogirane, u skladu sa svojim članom 4. slijedi načelo maksimalne harmonizacije, te nacionalne implementacije direktive prema članu 43. proglašava nacionalnim normama neposredne primjene.

Postoji, međutim, stalna diskusija o karakteru propisa za zaštitu potrošača kao međunarodnih prinudnih propisa u smislu novog člana 9. Rim I. U skladu sa članom 9. stavom 1. Rim I „norme neposredne primjene su prinudni propisi, čije pridržavanje je od tolikog značaja za održanje političkog, socijalnog ili privrednog ustrojstva jedne države da je njihova primjena propisana za sve slučajeve koji spadaju u njihovo područje primjene, neovisno o mjerodavnom pravu određenom ovom Uredbom“¹¹⁴. Definicija je formulisana u skladu sa odlukom ES-a u presudi *Arblade*¹¹⁴, zanemaruje, međutim, definiciju međunarodnih prinudnih propisa ponuđenu u presudi *Ingmar*. U ovoj presudi ES nije štitio samo slobodu konkurencije kao javni interes, nego i individualni interes trgovinskog zastupnika.¹¹⁵ U nacionalnim propisima koji pružaju zaštitu slabijoj ugovornoj stranci, poput potrošačkih ili radnopravnih propisa, jeste moguće pored individualnih prepoznati i nadređene socijalne i privredne interese. Uži pojam norme neposredne primjene nakon presude *Ingmar* čini se ipak prevaziđenim.¹¹⁶

111 Član 4. ZZP Hrvatske glasi: „Izborom stranog prava kao mjerodavnog prava potrošač koji ima boravište u Republici Hrvatskoj ne može biti lišen zaštite na koju ima pravo po ovom Zakonu ili drugom zakonu kojim se uređuju pojedini aspekti zaštite potrošača.” Narodne novine, broj 79/07. od 30. srpnja 2007. godine. Uporedi i odgovarajuću odredbu ZZP BiH, član 2 ZZP BiH glasi: „Potrošač se ne može odreći niti biti uskraćen za prava koja su mu data ovim Zakonom.“, Službeni glasnik BiH, br. 25/06.

112 Prijedlog za Direktivu Europskog parlamenta i Vijeća o potrošačkim pravima, Komisija (2008) 614.

113 Sl. list 2007 C 61/1. Vidi detaljno Meškić, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008).

114 ES 23.11.1999., C-376/96, *Arblade*, 1999, I-8453.

115 Tačke 20. i 26. predmeta *Ingmar*.

116 Tako već *Jayme*, Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsübereinkommens, u *Reichelt/Rechberger* (ed.), Europäisches Kollisionsrecht 3 (10).

5. Zaključak

Pluralizam pravnih izvora u području kolizionopravne zaštite potrošača Evropske unije nacionalne zakonodavce stavlja pred nerješiv problem pružanja efektivne zaštite potrošačima pri sklapanju prekograničnih ugovora uz istovremeno pridržavanje propisa EU. Pokušaj Španije da samoinicijativno ukloni nedostatke sistema zaštite predviđenog propisima EU, ES je osudio, dajući jasan signal da ni donošenje Uredbe Rim I neće opravdati neimplementaciju kolizionih normi iz potrošačkih direktiva. Održanjem načela povoljnosti u skladu sa članom 6. stavom 2. Rim I, zajedno sa karakterom potrošačkih propisa kao nacionalnih prinudnih propisa, te sve zastupljenijim mišljenjem o njihovom karakteru međunarodno prinudnih propisa, uz nesretnu formulaciju o osiguranju zaštite pruženu u potrošačkim direktivama, zakonodavac EU stvorio je vjerovatno najsloženiji kolizionopravni sistem u oblasti u kojoj je jednostavnost i razumljivost propisa od presudnog značaja za njihovu eficientnost. Zahtjevi za jedinstvenim legislativnim uređenjem zaštite potrošača na nivou EU s pravom su postali sve glasniji i rezultirali su prijedlogom Komisije za Direktivu o potrošačkim pravima. Kolizionopravna zaštita potrošača može profitirati od ove inicijative ukoliko konačni pravni akt za zaštitu potrošača bude derogirao postojeće potrošačke direktive, a ujedno ne bude sadržavao kolizije norme, nego prekograničnu zaštitu prepusti reformisanom sistemu Uredbe Rim I. Prijedlog jedinstvene potrošačke direktive zauzima upravo ovakav stav, te u skladu sa članom 47. u 4. aneksu navodi najvažnije potrošačke direktive, koje bi bile ukinute konačnim usvajanjem prijedloga, u svojim propisima ne sadrži kolizije norme te u uvodnoj tački br. 10 određuje da bi norme Uredbe Rim I postale nadređene propisima nove direktive. Radovanje raspletu *kolizionopravne* zaštite potrošača unutar Prava EU bilo bi preuranjeno, s obzirom da je Komisija već u prijedlogu za donošenje Uredbe Rim I pokušala uvesti nadređenost Uredbe nad kolizionim normama potrošačkih direktiva, što Vijeće i Parlament u konačnoj verziji nisu usvojili.

Summary

THE COLLISION NORMS FOR CONSUMER PROTECTION IN EUROPEAN COMMUNITY DIRECTIVES AND ROME I REGULATION – NEW CHALLENGE FOR THE LAW ON RESOLVING CONFLICTS OF LAWS

National implementation of numerous consumer European Community directives is a basis for consumer protection in cross-border contractual and extra-contractual obligations within the European Union. Nevertheless, the complete consumer protection was not achieved by these directives implementing the principle of minimal harmonisation and sectoral area of application. This situation is not going to be changed even in the case of acceptance of Commission's proposal for enacting the universal consumer directive with adoption of the maximal harmonisation, i.e. the absolute unification of law, however, only within the area of implementation of this directive having no effect of derogation of all already existing consumer directives. Therefore, consumer protection with collision legal mechanism maintains an important role in cross-border consumer protection in the European Union and stipulation of consumer contracts with businessmen from third countries. Such position has been confirmed with a provision in the proposal for the consumer directive according to which legal protection of consumers with collision norms should be transferred to the Rome I Regulation.

Basic purposes to modernise the Rome Convention have been achieved by the Rome I Regulation within the field of consumer protection. Once more, unity in implementing international jurisdiction has been accomplished according to the Brussels I Regulation. More flexible standard offering solutions to future challenges of modern business has been created with criteria for directing business. Moreover, all types of consumer contracts have been generally comprised within the field of application. Final success of the Rome I Regulation could be achieved by enacting the proposed universal consumer directive to derogate existing collision norms in consumer directives. The proposed directive could be an instrument to finally implement the improved system *of cross-border protection in the Rome I Regulation*.

Key words: *European Union; International Private Law; consumer protection;*

Zusammenfassung

**KOLLISIONSNORMEN FÜR DEN VERBRAUCHERSCHUTZ IN
DEN EU-RICHTLINIEN UND IN DER ROM I-VERORDNUNG:
NEUE HERAUSFORDERUNGEN FÜR DAS GESETZ ZUM
INTERNATIONALEN PRIVATRECHT**

Im Rahmen vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse innerhalb der EU bildet die nationale Implementierung zahlreicher EU-Verbraucherrichtlinien die Grundlage des Verbraucherschutzes. Allerdings ist eine einheitliche Regelung des Verbraucherschutzes durch diese Richtlinien mit dem Prinzip der minimalen Harmonisierung und der sektoralen Anwendungsbereiche noch nicht erreicht worden. Letzteres wird sich kaum ändern, auch wenn die von der Kommission vorgeschlagene einheitliche Verbraucherrichtlinie eingeführt wird. Solch eine Richtlinie sieht maximale Harmonisierung, bzw. Vereinheitlichung des Rechtes voraus jedoch nur im Rahmen des Anwendungsbereiches dieser Richtlinie, ohne Aufhebung vorhandener Verbraucherrichtlinien. Deswegen ist kollisionsrechtlicher Schutz wichtig sowohl für den grenzüberschreitenden Verbraucherschutz innerhalb der EU, als auch für Verbraucherverträge, die mit Unternehmen aus Drittländern abgeschlossen werden. Die vorgeschlagene Verbraucherrichtlinie besagt der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz sei der Rom I-Verordnung zu überlassen.

Durch die Rom I-Verordnung wurden im Rahmen des Verbraucherschutzes grundlegende Ziele der Modernisierung der Römischen Konvention erreicht. Außer der wieder festgelegten Einhaltung der internationalen Kompetenz nach der Brüssel I-Verordnung, wurde auch ein flexibler Standard mit dem Kriterium der Orientierung der Geschäftsführung geschaffen, was auch Antworten auf künftige Herausforderungen der fortgeschrittenen Geschäftsführung ermöglicht. Darüber hinaus umfasst der Anwendungsbereich Verbraucherverträge jeder Art. Die Einführung der vorgeschlagenen einheitlichen Verbraucherrichtlinie, durch welche vorhandene Kollisionsnormen in Verbraucherrichtlinien aufgehoben wurden, würde einen endgültigen Erfolg der Rom I-Verordnung bedeuten. Nur so könnte das fortgeschrittene System des grenzüberschreitenden Verbraucherschutzes der Rom I-Verordnung zur Anwendung kommen.

Schlüsselwörter: *Europäische Union, Internationales Privatrecht, Verbraucherschutz.*

ODGOVORNOST UGOSTITELJA ZA ŠTETU ZBOG POVREDE OBVEZA IZ IZRAVNOG UGOVORA O HOTELSKIM USLUGAMA

Mr. sc. Oliver Radolović, asistent
Odjel za ekonomiju i turizam
Sveučilište u Puli

UDK: 347.51::640.4
Ur.: 22. svibnja 2009.
Pr.: 5. studenog 2009.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Rad prikazuje utjecaj novih rješenja hrvatskog i usporednog odštetnog prava s aspekta ugovorne odgovornosti ugostitelja (hoteliera) za imovinsku i neimovinsku štetu gosta u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama. U prvom dijelu rada izvršena je analiza suvremenog hrvatskog i usporednog prava kroz ugovornu odgovornost za štetu, dok je u drugom dijelu ista primijenjena na ugovornu odgovornost ugostitelja za štetu gosta u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama kroz hrvatska i usporedna rješenja. Hrvatska je rješenjem iz članka 346. stavak 1. novog ZOO-a iz 2005. godine, ušla u krug zemalja koje poznaju institut ugovorne odgovornosti ugostitelja i za neimovinsku štetu gosta. Bez obzira na različitu formu priznavanja neimovinskog interesa ugovora o hotelskim uslugama (Francuska, Italija - ekstenzivnije tumačenje postojećih normi građanskih zakonika, Njemačka - donošenje posebnih zakona i sumiranje posrednih normi građanskog zakonika (BGB-a), UK i SAD - kroz sustav brojnih presedana (common law) i posebnih zakona (statutory law), EU i međunarodno pravo - donošenjem konvencija, posebnih načela i sudskih odluka), ugostitelj danas u usporednim pravima, odgovara gostu, pored imovinske, i za neimovinsku štetu. Najčešći razlozi za naknadu neimovinske štete gostu u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama, u svim sustavima, jesu: 1) upropaštavanje godišnjeg odmora, 2) propuštanje ciljeva turističkog boravka, 3) neugode, nezadovoljstva, stresovi i nemiri te 4) fizičke i duševne boli, patnje i traume.

Ključne riječi: ugovorna odgovornost, imovinska i neimovinska šteta, izravni ugovor o hotelskim uslugama, odgovornost ugostitelja, usporedno pravo.

1. Uvod

Pravno shvaćanje ugovorne odgovornosti za štetu u hrvatskom je pravu dugo tumačeno na način da povredom ugovora oštećena strana trpi samo imovinski

aspekt štete¹², a nikako³ ne i moralnu,⁴ odnosno neimovinsku štetu⁵, smatrajući da bi uvođenjem takvog instituta nastalo niz poteškoća⁶. Rješenja starog ZOO-a iz 1978. godine, bila su utemeljena na francuskom (*Code Civil*) i talijanskom građanskom zakoniku (*Codice Civile*), koji u svojim odredbama ne sadrže institut odgovornosti za neimovinsku štetu povredom ugovora, već isključivo reguliraju imovinski aspekt ugovorne odgovornosti.

Veliki prevrat, *salto mortale*, dogodio se u hrvatskom zakonodavstvu donošenjem ZOO-a iz 2005. godine (na snazi od 1. siječnja 2006. godine). Odredbom iz članka 346. stavka 1. ZOO-a⁷ iz 2005. godine, u hrvatsko je zakonodavstvo uveden institut odgovornosti za neimovinsku štetu povredom ugovorne obveze. Tim je rješenjem, u hrvatskom pravu, ostvaren veliki napredak u poštivanju prava ličnosti i dostojanstva⁸ ugovornih subjekata i dodana nova dimenzija načelu *pacta sunt servanda*.

Usporedna zakonodavstva dijelila su do prije dvadesetak godina većinom mišljenje s hrvatskim zakonodavcem (po starom ZOO-u). Iznimke su bili prava Njemačke i Švicarske⁹, koja su ranije poznavala taj institut. Međutim, u posljednjih 20-ak godina, usporedna prava snažno akceptiraju institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu. Na razvoj takve teorije i prakse snažno je utjecalo učenje o pravu ličnosti i shvaćanja osjećaja ljudskog dostojanstva, pa su mnoga usporedna prava

1 Klarić, P., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora o organiziranju putovanja*, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 56, 2006., str. 381.

2 Radolović, A., *Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora*, Zbornik radova: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2005. str. 75.

3 Napijalo, D., *Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovorne obveze (Rušenje dogme o imovinskom karakteru ugovora)*, *Odvjetnik*, br. 3-4/95, str. 103-109.

4 Gorenc V., Šmid V., *Poslovno pravo u ugostiteljstvu i turizmu*, Školska knjiga, Zagreb, 1999, str. 19.

5 Radolović, A. op. cit., str. 76-77, ističe razloge za kašnjenje uvođenja instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu: dogma o isključivo imovinskom karakteru činidbe, kašnjenje klasifikacije štete i restriktivna stajališta o pojmu neimovinske štete.

6 Argumenti protiv uvođenja instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu bili su umanjene pravne sigurnosti ugovaratelja, nesigurnost na tržištu i mogućnost plaćanje prevelike naknade štete.

7 Članak 346. stavak 1. ZOO-a (NN 35/2005, 41/2008) glasi: Vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi te pravičnu naknadu neimovinske štete, koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate.

8 Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976., str. 342-346, utvrđuje da postoji preventivni i represivni cilj odgovornosti za štetu, kao i da cilj svake odgovornosti za štetu nije samo sankcija, prevencija, reparacija ili satisfakcija već i poštivanje ljudske osobe i ljudskog dostojanstva. O tome i Radolović, A., op. cit. str. 79.

9 Gorenc, V., i Šmid, V., op. cit., str. 19.; dok je njemačko pravo prošlo veliki put od donošenja BGB 1985. godine (o čemu više u drugom poglavlju), u švicarskom pravu još od 1911. godine (kada je donesen V. dio GZ iz 1907. godine - Obvezno pravo) postoji ugovorna odgovornost za neimovinsku štetu ali samo ako ugovorna povreda sama predstavlja građanski delikt.

prihvatila stajalište da se i povredom ugovora osoba¹⁰ može osjećati psihofizički oštećena u neimovinskom smislu.

Danas se u usporednim pravima uvriježio dvostruki način prihvaćanja instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu. Jedne države, usprkos činjenici da nemaju zakonodavnu regulaciju tog instituta, iskazuju primjenu tog instituta kroz sudsku praksu i teoriju; sudovi široko tumače naknadu štete priznavajući i neimovinski karakter štete (Francuska, Italija, Austrija). Druge države izričito reguliraju ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu posebnim zakonima i sudskim presedanima (Njemačka, Velika Britanija, SAD); naš je zakonodavac učinio i korak više, promijenivši normu „glavnog“ zakona (ZOO-a).

Posebno je pitanje je li naše sudstvo moglo i prije 1.siječnja 2006, određivati naknadu i za neimovinsku štetu za povredu ugovora? Posebno je to pitanje u kontekstu usporedne sudske prakse, gdje unatoč praznini u zakonskoj regulaciji, sudovi dosuđuju istu. Vrhovni sud je 1988. godine¹¹, primjenjujući stari ZOO, odbio dosuditi naknadu za neimovinsku štetu (za duševne boli zbog propalog razgledavanja turističkih destinacija u Šri Lanki), tumačeći da vjerovnik ima pravo samo na naknadu imovinske štete¹². S aspekta razvoja prava osobnosti i poštivanja dostojanstva vjerovnika, odluka je, kao i odluke iz europskih zemalja (kod kojih su zakonske norme bile slične), mogla biti i drukčija. To *defacto* znači da je naše sudstvo moglo¹³ dosuđivati naknadu za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora, tumačeći ugovornu odgovornost dužnika, na koju se supsidijarno primjenjuje izvanugovorna odgovornost za neimovinsku štetu, na malo ekstenzivniji način¹⁴.

Takvo stajalište nikako ne znači da se u potpunosti mogu prihvatiti neka usporedna mišljenja, koja nalazimo u talijanskoj pravnoj literaturi,¹⁵ postojanje jedne vrste odgovornosti dužnika (štetnika) prema vjerovniku (oštećeniku), odnosno da se ugovorna i izvanugovorna odgovornost za štetu stapaju u jednu jedinstvenu odgovornost. Usporedna je teorija odbacila ideju „prevladavanja“ razlika između

10 Neimovinski se može oštetiti svaka osoba, fizička i pravna. O tome Nass, G., *Person, Personlichkeit und iuristische Person*, Berlin, 1962., str. 89; Gavella, N., *Osobna prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2000, str. 34; Klarić, P., *Nematerijalna šteta pravne osobe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 4-5, 1995. str. 393.

11 Odluka Vrhovnog suda - VSRH Rev 985/88. O odluci pišu Napijalo, D., op. cit. i Klarić, P., op. cit., str. 384.

12 Klarić, P., op. cit., 200, ispravno tumači da sud danas ne bi mogao donijeti takvu odluku. morao bi odlučivati na temelju drukčije norme iz čl. 346. st. 1. ZOO-a iz 2005. godine.

13 U prilog tome ide i činjenica što se i u novom ZOO-u odredbe o ugovornoj odgovornosti za štetu nalaze u poglavlju kojem se regulira izvanugovorna odgovornost za štetu, kao i činjenica da se povreda prava ličnosti (koji je temelj instituta neimovinske štete) može počinuti ugovorom i izvanugovornim radnjama.

14 Slakoper, Z., *Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora*, Hrvatska pravna revija, br. 12/2002, str. 1-15; Slakoper tvrdi da šteta mora biti „cjelokupna“ i obuhvaćati neimovinski dio ali samo u slučaju prijevare, namjere i krajnje nepažnje (članak 266. stavak 2. starog ZOO-a).

15 Lipari, N.L., : *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, str. 989. Lipari govori o „prevladavanju“ („superamento“) podjela na ugovornu i izvanugovornu odgovornost.

dviju skupina odgovornosti¹⁶.

Izravni ugovor o hotelskim uslugama u hrvatskom je pravu reguliran u Posebnim uzancama u ugostiteljstvu¹⁷ donesenim 1995. godine od strane Hrvatske gospodarske komore. Riječ je o posebnoj *sui generis* ugovoru s elementima zakupa i najma, kojeg od tih srodnih ugovora razdvaja niz posebnih obveza ugovornih strana koje ga čine, a posebno obveza pružanja akcesornih hotelskih usluga gostu. Isti je ugovor danas temelj i za ostale posebne turističke ugovore, regulirane u Posebnim uzancama u ugostiteljstvu: ugovor o smještaju u turističkim apartmanima, ugovor o uslugama kampiranja i ugovor o uslugama prehrane i točenja pića. Iz obveza ugovornih strana izravnog ugovora o hotelskim uslugama, također se razvio i posebni ugovor reguliran u ZOO-u pod nazivom ugovor o ugostiteljskoj ostavi. Predmet je ovog rada odgovornost ugostitelja za štetu zbog povrede obveza koje spram gosta ima u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama.

Vrijede li na izravni ugovor o hotelskim uslugama, koji nije reguliran u ZOO-u, odredbe o ugovornoj odgovornosti iz ZOO-a? Iako uzance nisu zakon već skup običaja, te se primjenjuju samo onda kada zakon ne regulira određene odnose¹⁸, novi ZOO je u članku 12. stavak 4. definirao i posebnu poveznicu prema netrgovačkim običajima i uzancama, utvrdivši da se uzance primjenjuju kada je njihova primjena ugovorena ili zakonom propisana. Pored toga, ZOO se, i s aspekta ugovorne odgovornosti za štetu, primjenjuje i na obvezne odnose koji u njemu nisu regulirani, kao *lex generalis*. Izravni ugovor o hotelskim uslugama nesumnjivo ima svoje bitno mjesto u ZOO-u, ne samo zbog odnosa između uzanci i ZOO-a, pravne snage ZOO-a u odnosu na sve ugovore, već i stoga što su mnogi njegovi instituti utkani u ugovor o ugostiteljskoj ostavi¹⁹.

Ugostiteljevu odgovornost prema gostu u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama determiniraju obveze koje isti ima spram gosta. U hrvatskom i eurokontinentalnom pravu, četiri su glavne obveze ugostitelja u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama. Prva je obveza pružanja ugovorenog smještaja. Druga je obveza pružanje, tzv. akcesornih²⁰ (dopunskih) usluga gostu. Primjerice korištenje bazena,

16 Takvo razmišljanje, ipak, ima i svoje pozitivne osobine; da postoji samo jedna odgovornost za štetu, odavno bi u našem i usporednom pravu postojala ugovorna odgovornost dužnika za neimovinsku štetu!

17 Posebne uzance u ugostiteljstvu (NN 16/95, 108/96).

18 Uzanca 1. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu u stavcima 1-2. glasi: "Ovim se posebnim uzancama utvrđuju poslovni običaji za poslove ugostiteljskih usluga. Ove uzance primjenjuju se na odnose iz ugovora o ugostiteljskim uslugama u gospodarstvu".

19 Čuvanje stvari gosta je posebna obveza ugostitelja kod izravnog ugovora o hotelskim uslugama. Sva pravila o toj obvezi stipulirana su u odredbama ZOO-a kojima se regulira ugovor o ugostiteljskoj ostavi.

20 Fragali, M., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, str. 964. Fragali ističe da akcesorne usluge donose ugovoru o hotelskim uslugama promjenu sadržaja i prirodu mješovitog ugovora. Bez akcesornih usluga, riječ bi bila o klasičnom ugovoru o zakupu. O tome i Gorenc, V., i Šmid V., op. cit., str. 20.

telefona, bara, televizora, garaža, wellnesa i ostalih prostorija²¹. Treća je obveza ugostitelja čuvanje osobe gosta, čuvanje sigurnosti i udobnosti gosta te poštivanja njegove ličnosti. Četvrta je obveza čuvanja stvari (imovine) gosta. Angloameričko pravo poznaje i dvije posebne obveze ugostitelja: a) zaštita privatnosti gosta i b) pružanje osvježanja gostu prolazniku.

Posljednje pitanje u uvodnom dijelu rada jest kakve to primjere imovinske i neimovinske štete može naknađivati ugostitelj prema gostu? S gledišta ugovorne odgovornosti za imovinsku štetu, ugostitelj će naknađivati gostu svaku imovinsku štetu²². Ista situacija bila je i prije donošenja novog ZOO-a. Kod neimovinske štete prouzročene povredom ugovora, turistička praksa poznaje nekoliko primjera neimovinske štete koje gost može pretrpjeti²³: 1) upropaštavanje godišnjeg odmora²⁴, 2) propuštanje ciljeva turističkog boravka²⁵, 3) nelagoda zbog postupaka osoblja u hotelu²⁶, 4) nezadovoljstvo zbog stanja hotelskog objekta²⁷, 5) nemir zbog gubitka smještaja kod *overbookinga*²⁸, 6) nezadovoljstvo lošom prehranom²⁹ i 7) oštećenje stvari afektivne vrijednosti^{30,31}.

2. *Odgovornost za štetu povredom ugovora općenito*

2.1. *Hrvatska*

Hrvatsko je zakonodavstvo i prije donošenja ZOO-a iz 2005. godine poznavalo ugovornu odgovornost za štetu. Štoviše, glavnina odredaba o ugovornoj odgovornosti iz starog ZOO-a iz 1978. godine prepisana je u novi ZOO iz 2005. godine. Mana odredaba starog ZOO-a iz 1978. godine bila je nepoznavanje ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu. Odredbom članka 266. starog ZOO-a, u stavku 1., bilo je utvrđeno da dužnik odgovara vjerovniku samo za imovinsku štetu (u vidu

21 Presuda francuskog vrhovnog suda - Cass Civ, III, 26.06.1996. Obveze hotelijera na održavanje soba, nadzor objekta, opskrba telefonom, vodom i strujom, akcesorne su usluge ugovora o hotelskim uslugama.

22 Presuda OS Split Ip 1490/81. U odluci stoji da je zbog propusta u buđenju, zbog kojeg je gost izgubio brodsku vezu, naknađuju samo imovinski troškovi produženog boravka u hotelu i povratka kući.

23 Brachos, F. J., *Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht*, Köln, 1979, str. 176.

24 Primjer: Zbog poplave stropa gost napušta hotel jer više nema slobodnih soba.

25 Primjer: Ugostitelj je gosta informirao o putu za Veneciju, a brod taj tjedan ne vozi.

26 Primjer: Gost traži ključ sobe 45 minuta, a recepcioneri gledaju nogometnu utakmicu.

27 Primjer: Bazen hotela nije na vrijeme izgrađen, već kranovi na bazenu stvaraju buku.

28 Primjer: Gostu iz Nizozemske priopćava se da je hotel pun i da nema slobodnih mjesta.

29 Primjer: Prospekt hotela govori o pružanju hrvatskih specijaliteta, a obroci su "obični".

30 Primjer: Zbog vlage u sefu, gostima je oštećena rijetka obiteljska slika.

31 Primjeri u *fus notama* od od 24 do 31 su slučajevi iz turističke prakse jednog turističkog društva.

obične štete i izmakle dobiti). Pravni teoretičari³² tog vremena oštro su se protivili „neimovinskoj“ doktrini, shvaćajući temelj građanskog prava, francuski *Code Civil*, kao izvor koji nije dopuštao takav tip odgovornosti. Ipak, u odredbi članka 266. stavak 2., zbunjujuće je djelovao pojam naknade „cjelokupne“ štete³³ za prijevaru, namjeru ili krajnju nepažnju.

Novi ZOO iz 2005. godine poznaje institut ugovorne odgovornosti za štetu. Odredbu odgovornosti dužnika za štetu vjerovnika iz prijašnjeg ZOO-a o pravu na naknadu obične štete i izmakle dobiti, dopunio je u članku 346. stavak 1., tako da vjerovnik u slučaju povrede ugovora ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi “te pravičnu naknadu neimovinske štete”. Takvim rješenjem hrvatski je zakonodavac jasno ojačao načelo ispunjavanja ugovornih obveza i pružio korektnim ugovarateljima veću pravnu zaštitu i dostojanstveniji odnos prema njihovoj osobi³⁴. Osim općih uvjeta za ugovornu odgovornost, novi ZOO iz 2005. godine sadrži (slično kao i stari ZOO) i posebnu ugovornu odgovornost za pojedinačne ugovore.

Ukoliko je, prema starom ZOO-u, postojala dvojba³⁵ oko mogućnosti naknade neimovinske štete zbog povrede ugovora, u novom ZOO-u više te dvojbe nema. Hrvatski će sudovi u sporovima nastalim nakon 1. siječnja 2006. godine, odlučivati o širem konceptu odgovornosti (proširenim s neimovinskim karakterom iste), što će, s jedne strane, zasigurno izazvati određene probleme s gledišta visine određene naknade (i zbog preniske i zbog previsoke), a s druge, unijeti povijesnu novinu, koju građanski pravници očekuju s nestrpljenjem.

32 Suprotno je tumačio Momčinović, H., *Odgovornost za štetu*, Zbornik radova, Opatija, 1987., str. 1020-1021: Momčinović je smatrao da vjerovnik koji trpi štetu ima pravo na naknadu nematerijalne štete. 1990-ih su to mišljenje prihvatili Klarić, Radolović i Napijalo. Posebno je tumačenje dao Vizner, B., *Komentar ZOO-a*, Zagreb, 1979., str. 1085. U pravilu postoji samo imovinski karakter ugovorne štete, ali „moguće je rijetko postojanje“ naknade nematerijalne štete.

33 Jedna skupina autora (Klarić, Slakoper) tumači da se izraz “cjelokupna šteta” iz ZOO-a 1978. odnosi na sav obujam štete, a drugi (Vizner, Gorenc) samo na ukupnost imovinske štete. Klarić, P., *Odštetno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1995., str. 239. Klarić smatra da je i takva odredba bila dostatna za priznavanje nematerijalne štete, tumačeći da je ista imala na umu “sve štete”, pa tako i nematerijalnu.

34 Rješenje je izvrsno i iz razloga jer je hrvatskom društvu, u kojem je pravno društvena percepcija još daleko od ugovornog poštenja i dostojanstvenog odnosa prema suugovaratelju, potreban novi pravičniji način društvenog ponašanja.

35 Mihelčić, G., *Odgovornost za nematerijalnu štetu zbog povrede iz ugovora prema općim pravilima ZOO*, Informator, broj 5220, 2004, str. 9-11; Mihelčić misli da je jednaka odredba o izvanugovornoj deliktnoj odgovornosti, koja postoji u novom ZOO-u i koja je postojala u starom ZOO-u, tada bila dovoljno uporište za naknadu neimovinske štete zbog povrede ugovora. Autor tumači djelomično kao i Mihelčić, Klarić i Slakoper, dodajući i napredak shvaćanja o razvoju prava ličnosti teoriji da se i po starom ZOO-u mogla dosuđivati naknada za neimovinsku štetu povredom ugovora.

2.2. Francuska

Francusko odštetno pravo utemeljeno je na *Code civilu* - građanskom zakoniku iz 1804. godine. Zanimljivo je da *Code Civil* regulira samo ugovornu odgovornost za štetu³⁶. Za deliktnu odgovornost sadrži samo opću normu o odgovornosti. Razlog tomu je vjerojatno vrijeme u kojem je zakonik donesen. Dvostruka su mišljenja oko činjenice poznaje li francuski *Code Civil* i ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu. Jedna grupa autora³⁷ sklona je činjenici da *Code Civil* ne sadrži u svojim odredbama pretpostavke za takvu teoriju, dok druga grupa³⁸ zastupa teoriju o otvorenosti *Code Civila* i za naknadu neimovinske štete povredom ugovora³⁹.

Opće pretpostavke za ugovornu odgovornost za štetu su⁴⁰ dokazana štetna radnja (*faute*), štete (*dommage*) i uzročna veza (*lies de causalite*). Opće je pravilo *Code Civila* da dužnik odgovara za štetu bez obzira nije li obvezu ispunio ili je zakasnio, osim u slučaju više sile⁴¹. O obujmu naknade štete⁴², *Code Civil* ima jednu zanimljivu odredbu. Šteta koju je vjerovnik pretrpio sastoji se od ostvarenog gubitka⁴³ (*perte qu' il a faite*) i izgubljene dobiti (*du gain dont il a été privé*), uz posebne iznimke i izmjene⁴⁴: ako je vjerovnik planirao štetu ili prevario dužnika, isti ne odgovara za štetu, u slučaju da je dužnik učinio prijevaru vjerovniku odgovara i za štetu za koju inače ne bi odgovarao i dužnik plaća i zatezne kamate od dana počinjenja štete.

Iako su sami francuski teoretičari do posljednjih dvadesetak godina izričito tumačili da francusko zakonodavstvo ne podržava institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, smatrajući takvo tumačenje određenom bezuvjetnom dogmom, u posljednje su vrijeme francuski sudovi počeli priznavati odgovornost dužnika za neimovinsku štetu povredom ugovora^{45,46}. Takve okolnosti *defacto* znače promjenu

36 Ugovorna odgovornost za štetu regulirana je u *Code Civilu* u člancima 1146-1155 naziva - *Des dommages et intérêts résultant de l' inexécution de l' obligation* („Štete koje proizlaze iz povrede obveza“).

37 Konstantinović, Radolović, Perović itd. Radolović govori o „dogmi francuskih đaka“ i njihovom priznavanju isključivo imovinskog interesa ugovora.

38 Garcia, K., *Le droit Civil European*, Limoges, 2006., str. 293.

39 Mnogi njemački autori, koji su se bavili pitanjem francuskog prava, isticali su da *Code Civil* sadrži domenu za apsorpciju neimovinskog interesa ugovora. O tome posebno vidjeti Hübner U., Constantinesco, V. *Einführung in das französische Recht*, München, 1994., str 161-163.

40 Radolović, A., op. cit., str. 96.

41 Članci 1147. i 1148. *Code Civila*.

42 Članak 1149. *Code Civila* glasi: „*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu' il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*“.

43 Pobornici ideje da francusko pravo poznaje ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu tumače upravo odredbu o „ostvarenom gubitku“ koji može biti i imovinski (novac) i neimovinski (ugled).

44 Članci 1150.-1153. *Code Civila*.

45 Presuda francuskog vrhovnog suda - Cass Civ, III no. 222 od 07. 03. 2007; Sud je priznao vjerovniku (nekretninskom fondu) naknadu neimovinske štete (nastale rušenjem ugleda lošom izgradnjom poslovne zgrade) zbog povrede ugovora o osiguranju, jer mu je osiguravatelj uskratio naknadu neimovinske štete smatrajući da ona nije ugovorena u terminu „sva šteta“. Regresno će istu snositi graditelj.

46 Presude Vrhovnog suda, Cass Civ, I, od 6. 4. 2004 (prijeara) i Cass Civ, I, od 18. 10. 2001 (namjera).

interpretacije⁴⁷ normi *Code Civila* u skladu s novijim shvaćanjima o pravu ličnosti i dostojanstvu odnosa između ugovornih strana, a rezultat su i velikog utjecaja europskog ugovornog prava na francusko ugovorno pravo.

2.3. Njemačka

Njemačko odštetno pravo uvijek je bilo uporište za percepciju suvremenih pravnih novota. Isto je utemeljeno na *BGB-u*, građanskom zakoniku iz 1896. godine. Iako se bitne odredbe više od stoljeća nisu mijenjale, posebnim se zakonima⁴⁸ i novijim tumačenjima⁴⁹ *BGB-a* postupno uvodio institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu. Zanimljivo je da *BGB* ne poznaje izričito neimovinski karakter štete, ali se iz pojedinih normi *BGB* nazire neimovinski interes ugovora⁵⁰⁵¹.

BGB izričito dopušta naknadu nematerijalne štete samo za povrede života, tijela, zdravlja, slobode, vlasništva ili nekog drugog pravnog dobra⁵²⁵³. Navedena odredba utvrđuje okvir za određivanje štete na neimovinskim dobrima vjerovnika. Može se reći da je tom odredbom njemačko pravo još u 19. stoljeću poznavalo institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu.

Njemačka sudska praksa dugo godina se nije usuđivala priznavati naknadu za

47 Klarić, P., 1995. op. cit., str. 226-227, tumači da je francusko pravo podložno i neimovinskom interesu ugovora. Novija shvaćanja i praksa francuskih sudova, potvrđuju takvu procjenu.

48 Primjerice, 1979. godine, u Njemačkoj je donesen Zakon o ugovoru o organiziranju putovanja (*Gesetz über den Reisevertrag*). Zakon štetu zbog nerealiziranog putovanja smatra neimovinskom štetom. Šteta zbog nerealiziranog putovanja, poradi samog karaktera ugovora i drugim je zakonodavstvima bila razlog za priznavanje neimovinskog interesa vjerovnika.

49 Teorija i praksa učinile su pomake u razvoju tog instituta tumačeći ekstenzivnije neke odredbe *BGB-a*: dopuštena je naturalna restitucija i za naknadu neimovinske štete (paragraf 253. *BGB-a*), dopušteno je ugovaranje ugovorne kazne za nanošenje neimovinske štete (paragraf 343. *BGB-a*), dopušteno je ugovaranje ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu (tumačenje načela ugovorne autonomije) i proširivanje mogućnosti prava na naknadu neimovinske štete zbog ugovorne povrede prava osobnosti. O tome posebno Klarić, P., op. cit., 1995., str. 225.

50 Paragraf 253. *BGB-a* glasi: „(1) *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*“.

51 Paragraf 343. *BGB-a* glasi: „(1) *Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt*“.

52 Kropholler, J., Berenbrok, M., Studienkommentar BGB, München, 1998., str. 475.

53 Paragraf 823. stavak 1. *BGB-a* glasi: „*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*“.

ugovornu neimovinsku štetu. Razlog tomu bio je nedostatak izričite regulative *BGB-a* u tom pravcu, ali i nedostatak shvaćanja o pravu ličnosti i dostojanstvu ugovornog subjekta. Međutim, jedna je presuda njemačkog Saveznog suda⁵⁴, donesena prije tridesetak godina, promijenila razvoj njemačkog prava i usmjerila ga na institut priznavanja neimovinskog interesa ugovora, tako da se danas može reći da je Njemačka nositelj instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu.

2.4. Italija

Talijansko odštetno pravo uvelike je temeljeno na građanskom zakoniku - *Codice civile* iz 1942. godine. Iako je talijanska tradicionalna teorija i praksa snažno isticala isključivo imovinski interes ugovora⁵⁵, u posljednjih se desetak godina, pod utjecajem europskog ugovornog prava, razvija snažno stajalište o odgovornosti dužnika za ugovornu neimovinsku štetu⁵⁶. Iako su i prije postojali pokušaji⁵⁷ uvođenja tog instituta, široka teorija i praksa nije dopuštala ni približnu interpretaciju.

Generalno pravilo o ugovornoj odgovornosti za štetu nalazi se u članku 1223. *Codice civilea*⁵⁸. Dužnik će snositi štetu u slučaju neispunjenja ili kašnjenja s ispunjenjem obveze i to za pretrpljeni gubitak (*la perdita subita*) i izmaklu dobit (*il mancato guadagno*). Sama odredba govori o imovinskoj šteti i ne govori izričito o neimovinskoj šteti, na temelju čega ista i nije bila priznavana. U članku 2059. *Codice civilea*⁵⁹ priznaje se pravo na naknadu neimovinske štete (*danno non patrimoniale*) ali samo u slučajevima određenim zakonom (*solo nei casi determinati dalla legge*),⁶⁰.

54 Presuda BGH - ZS od 12.05.1980. Savezni sud je priznao naknadu neimovinske štete obitelji, kojoj je upropašten godišnji odmor iz razloga što je tuženik prodao kuću za odmor u kojoj su boravili, a nisu našli slobodni smještaja u istom mjestu, niti su htjeli ljetovati drugdje. Sud je obrazložio odluku, između ostalog, ističući da je riječ o zaštiti neimovinskog dobra iz paragrafa 253. *BGB-a* i da je nevažna dvojba radi li se o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti.

55 Cian, G., Trabucchi, A., Commentario al Codice civile, CEDAM, Padova, 1981., str. 48; Tramontano, L., Codice civile, Halley, Roma, 2006., str. 310.

56 Bona, M., Monateri, G., Il nuovo danno non patrimoniale, IPSOA, Milano, 2004. Ovo djelo predstavlja revolucionarni preokret tumačenja talijanskog građanskog prava i *Code civilea* na temelju par presuda talijanskih sudova. Znanstvenici, koji su prije tumačili da je „naknada neimovinske štete“ samo neka „sankcija“ a nikako dio pojma „naknade štete“ iz članka 1223. *Codice civilea*, uvelike prihvaćaju postulate ovog djela. Posebno vidjeti Cendon, P., Baldassari, A., Codice civile annotato con la giurisprudenza, UTET, Torino, 2007, str. 1346.

57 De Cupis, A., Il danno, Milano, 1979, str. 256; De Cupis tumači da se, u skladu s teorijom učenja o pravu osobnosti, opće pravilo o ugovornoj odgovornosti iz članka 1223. *Codice Civilea* može apsorbirati i neimovinski karakter ugovorne štete.

58 Članak 1223. *Codice Civilea* glasi: “*Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere cosè la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti)*”.

59 Članak 2059. *Codice Civilea* glasi: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)*”.

60 To su rijetki slučajevi zlouporabe procesnog prava u parnici „uvredom protustranke“ (*alla persona offesa*) (članak 89. *Codice di Procedura Civile*), počinjenje kaznenog djela (*reato*) (članak 185. *Codice penale*) i delikti protiv časti (*delitti contro l’onore*), (članak 598. *Codice Penale*).

Iako je riječ o deliktnoj odgovornosti, u kontekstu razvoja ugovornog prava, ona se počinje povezivati s člankom 1223. *Codice civile* sukladno rješenju iz 32. Ustava Italije (*La Costituzione*) kojim država štiti zdravlje (*salute*) kao temeljno pravo osobe (*individuo*).

Najznačajniju ulogu u kreiranju novog instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, tumačenjem navedene norme iz Ustava u kontekstu članka 1223. *Codice civilea*, imali su talijanski sudovi^{61,62}. Na temelju takvih odluka, tvorcima nove talijanske teorije o ugovornoj neimovinskoj šteti (Bona & Montaneri) učinili su korak dalje u napretku instituta. Neimovinsku štetu klasificirali su u tri kategorije: biološka šteta (*danno biologico*), moralna šteta (*danno morale*) i egzistencijalna šteta (*danno esistenziale*). Na temelju tih rješenja, može se govoriti o novom načinu tumačenja *Codice Civilea*, po kojem se smatra da članak 1223. obuhvaća i neimovinski interes vjerovnika.

2.5. Ujedinjeno Kraljevstvo

Angloameričko odštetno pravo specifično je zbog sustava *precedenata* koji ga stvaraju. Iako zakonodavna rješenja o institutu ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu pravo Velike Britanije ne poznaje (kontinentalni pravници oduvijek smatraju da je taj sustav manje učinkovit), zanimljivo je da u sudskim odlukama institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu postoji još od 19. stoljeća. Jedna od prvih važnijih odluka o prihvaćanju tog instituta bila je u slučaju *Hobby vs. LSWR (1875.)*⁶³.

U pravu Velike Britanije primjećuje se jedna konstanta u priznavanju ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, čije je učenje imalo utjecaj i na neke europske zakone⁶⁴. I do danas je ostalo načelo da sudovi priznaju naknadu neimovinske štete nastale povredom ugovora jedino ukoliko povreda sama za sebe predstavlja građanski delikt (*tort*) u smislu odštetnog prava. Valja napomenuti da se instituti odštetnog prava UK-a u tom pravcu primjenjuju i na sve zemlje Commonwealtha.

Pravo Velike Britanije u sferi instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu poznaje nekoliko tipova same neimovinske štete:⁶⁵ povredu tjelesnog

61 Vrhovni sud (*Corte di Cassazione*) definira tri vrste ugovorne neimovinske štete: presuda 8827/2003 govori o naknadi „moralne štete“, presuda 8828/2003 o naknadi „biološke štete“, a presuda 2050/2004. donosi termin „egzistencijalna šteta“.

62 Presedan tog tumačenja ima odluka 233 iz srpnja 2003. godine talijanskog Ustavnog suda (*C. Costituzionale*).

63 *Hobbs vs. LSWR (1875.)* case: prvi poznati slučaj o naknadi neimovinske štete zbog povrede ugovora obitelji koja je, koristeći ugovor o prijevozu vlakom, pogreškom konduktera ostavljena na pogrešnoj stanici i zbog toga je morala pješaćiti dvadesetak kilometara do odredišta. Sud je dosudio naknadu neimovinske štete zbog fizičke boli i patnje (*physical pain and suffering*). O presudi više Klarić, P., op. cit., str. 388.

64 Švicarski Građanski zakonik (1907.-1911. godine) poznaje neimovinski interes ugovora, kao i pravo Ujedinjenog Kraljevstva, jedino u slučaju počinjenja građanskog delikta.

65 O tome najviše McGregor, H., *On Damages*, Sweet & Maxwell Ltd, 17th ed., London, 2007. Posebno vidjeti i Finch, E., Fafinski, S., *Tort Law*, Longman, 2nd ed., Oxford, 2008.

integriteta⁶⁶, duševne boli⁶⁷, povredu osjećaja⁶⁸ i upropaštavanje godišnjeg odmora⁶⁹. Opće je pravilo britanskog sustava *presedana* poznavanje neimovinskog karaktera ugovora isključivo u smislu povrede prava osobnosti, posebno prava na tjelesni i duševni integritet, a očituje se pretrpljenim tjelesnim (*physical pain and suffering*) i duševnim bolima (*mental pain and suffering*) vjerovnika u ugovornom odnosu. Tjelesne boli imaju raspon povrede od tjelesne ozljede (*personal injury*) do neudobnosti (*inconvenience and discomfort*), dok duševne boli obuhvaćaju na gornjoj granici - različite tipove povreda osjećaja (*injury of feelings*) kao što su razočaranje, uznemiravanje, frustracija, ponižavanje, ljutnja i slično, dok je donja granica duševnih boli nemir (*anxiety*)⁷⁰.

2.6. Sjedinjene Američke Države

Odštetno pravo SAD-a dio je angloameričkog sustava učenja o *tort lawu* i kroz *precedente* priznaje neimovinski karakter ugovornih obveza. Rijetka kodificirana pravila⁷¹, pravo SAD-a nadoknađuje osebnim repertoarom *presedana* u priznavanju neimovinskih povreda⁷². Iznimka je jedino pravo države Louisiane koja je 1960-ih godina donijela posebni zakon iz domene *tort lawa*. U sudskoj praksi primjenjuje se i odredba članka 1934. francuskog *Code Civila*, koja govori o posebnim slučajevima naknade neimovinske štete zbog ugovorne povrede morala, ukusa, religije,

66 *Feldman vs. ATS (1957.) case*: sud je priznao neimovinsku štetu putniku zbog lošijeg prijevoza i patnje zbog neudobnog mjesta (umjesto prvoklasnog autobusa). Sud je presudu obrazložio pojmom tjelesne patnje (*physical suffering*). O presudi više Klarić, op. cit., 389.

67 *Cook vs. Spanish Holiday Tours (1960.) case*: dosuđena je naknada štete bračnom paru kojeg je, na medenom mjesecu, turistička agencija, umjesto u vrhunske hotele na Costa Bravi, zbog *overbookinga* premjestila u prljave pomoćne prostorije. Sud je presudu obrazložio „duševnim bolima“ (*mental pain*) koje su mladenci pretrpjeli na prvom izletu poslije braka. O presudi više Klarić, ibid.

68 *Diesen vs. Samson (1971.) case*: sud je priznao mladenki pravo na neimovinsku štetu protiv fotografa koji se na dan vjenčanja nije pojavio na snimanju, te joj tako onemogućio uspomene (fotografije) na najvažniji dan u životu. Sud je presudu obrazložio „povredom osjećaja“ (*injury of feeling*). O presudi više Klarić, ibid.

69 *Jarvis vs. Swans Ltd. (1973.) case*: sud je odvjetniku, kojemu je agencija organizirala godišnji odmor u Švicarskoj, priznao naknadu neimovinske štete zbog upropaštenog odmora, ljutnje i razočaranja (*disappointment, distress, the upset and frustration*), ali i imovinsku štetu kao razliku pružane i očekivane usluge, jer je ugođaj bio drukčiji od onog kojeg je očekivao prema prospektu. O presudi više Klarić, ibid.

70 Klarić, P., ibidem, str. 390-391.

71 U SAD-u postoji jedan poseban zakon donesen 1932. godine - *Restatements of the Law Contracts* (Zakon o popravljanju ugovorne naknade štete) koji u paragrafu 341. sadrži odredbu da se ugovorna neimovinska šteta priznaje samo ako je do povrede ugovora došlo namjerom ili zlom (*reckles*).

72 *Stewart vs. Rudner (1957.) case*: *pesedan* o činjenici je li ugovor isključivo komercijalni akt ili ima i personalni karakter. Sud u Michiganu dosudio je naknadu neimovinske štete ženi zbog duševnog poremećaja (*mental distress*) kojeg je pretrpjela jer joj doktor nije učinio ugovoreni porod carskim rezom.

umjetničkog djela ili ugone⁷³.

U slučaju *Stewart vs. Rudner (1957.)*, pravo SAD-a je prvi put snažno dokazalo, dotadašnje dvojbeno shvaćanje, da kod nekih ugovora nije primaran komercijalni već osobni, društveni ili obiteljski interes.⁷⁴ Pravo SAD-a snažno usvaja učenje o ugovornoj odgovornosti za neimovinsku štetu iz britanskog prava, a osobito je istaknut utjecaj ranijih britanskih *precedenata*⁷⁵.

Sudska praksa SAD-a razvila je i posebne kategorije neimovinske povrede ugovora⁷⁶. Izvan onih istaknutih u pravu Velike Britanije (duševne boli⁷⁷, nemir⁷⁸) pravo SAD-a poznaje i posebne kategorije ugovorne neimovinske štete: razočaranje⁷⁹, zloba⁸⁰, emocionalna trauma⁸¹, ekstremna patnja⁸² i gubitak sigurnosti^{83 84}.

2.7. Europska Unija

Do 1990-ih godina, Europska unija (zajednica) nije imala vlastito stajalište prema institutu ugovorne odgovornosti za štetu. Prvi je razlog tomu bio velika

73 *Lewis vs. Holmes (1903.) case*: Sud u Louisiani dosudio je djevojci naknadu neimovinske štete zbog „neugode“, pretrpljenog jada i poniženja, pretrpljenih zbog nepravodobne isporuke haljine za vjenčanje od strane krojača, zbog čega je na svoj pir otišla u običnoj haljini.

74 Radolović, A., op. cit., str. 99. Radolović ističe da u modernom svijetu ima sve više ugovora kojima nije cilj povećanje materijalnog dobitka, već se odnose na osjećajnu i duhovnu sferu osobe.

75 U *Forsythe vs. BancBoston Mortgage (1990.)*, sud Kentuckya u obrazloženju odluke pozvao se na davni britanski slučaj *Hadley vs. Baxendale (1854.)* u kojem je britanski sud učinio pokušaj definiranja pojma „patnje“ nastale povredom ugovora.

76 A. Farnsworth: *On Contracts*, 3th ed., Aspen Publishers, New York, 2008., str. 284-290. Vidjeti i White, G., *Tort Law in America*, Oxford University, New York, 2003, str. 3-19.

77 *Hirs vs. Elgin (1977.) case*: proizvođač lijesova odgovoran je za „duševne boli“ (*mental pains*) zbog propuštanja lijesa na sprovodu člana obitelji.

78 *Meyer vs. Nottger (1976.) case*: pogrebno društvo kasnilo je s provođenjem pogrebnih usluga te unosilo „nemir“ (*anxiety*) u pokojnikovu obitelj.

79 *Watts vs. Morann (1994.) case*: poslodavac je bez najave dao otkaz radniku, kojemu je sud dosudio naknadu štete zbog „razočaranja“ (*disappointment*) ističući da je šteta bila predvidiva i da je uništen „duševni mir“ (*peace of mind*) radnika kao jedan od najvažnijih ugovornih interesa.

80 *Burgess vs. Taylor (2001.) case*: zakupnica konja umjesto čuvanja dala ih je na klanje bez vlasničinog znanja, pa je sud odredio da joj naknadi neimovinsku štetu zbog „zlobnog djela“ (*tort og outrage*).

81 *Forsythe vs. BB Mortgage (1990.) case*: kreditna kuća nagodila se s udovicom, čiji je muž počinio suicid zbog krivog izračuna kredita i naknadila joj pretrpljene „emocionalne patnje“ (*emotional suffering*).

82 *B&M Itomes vs. Hogan (1979.) case*: građevinar mora naknaditi neimovinsku štetu vlasniku kuće zbog „ekstremne duševne patnje“ (*extremely mental suffering*), jer mu izgrađena kuća sadrži velike mane.

83 *Buck vs. Del City (1967.) case*: hotelskim gostima, kojima se urušio krov, naknadena je imovinska šteta zbog gubitka sigurnosti (*loss of safety*) u hotelskoj sobi.

84 Lunney, M., Oliphant, K., *Tort Law, Text and Materials*, Oxford University Press, New York,

2008., str. 24-32.

različitost u nacionalnim pravima članica, od kojih su neke priznavale ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu, neke su se izrazito dvoumle oko uvođenja tog instituta, a neke još nisu ni znale za njega. Drugi je razlog bio činjenica što sama Unija u svojim odlukama (uredbama, smjernicama) nije regulirala ovaj institut ni sporadično. No, u posljednjih petnaestak godina, dva su akta učinila revolucionarni prevrat u europskom shvaćanju ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu.

Još 1995. godine, Europska komisija, potaknuta različitostima u tumačenju instituta okupila je u jednom radnom tijelu istaknute pravnike država članica, koji su pod vođenjem profesora Ole Landa⁸⁵, izradili načela europskog ugovornog prava⁸⁶. Svrha donošenja tih načela bila je konsolidacija brzinskog razvoja obujma europskog prava i reguliranje sve većeg broja posebnih ugovora⁸⁷. Načela europskog ugovornog prava do stupanja na snagu novog europskog pravnog poretka (u kojem će europski Ustav biti temeljni zakon) imaju samo snagu nacrtu za nacionalna zakonodavstva i preporuke državama članicama. S gledišta instituta za ugovornu odgovornost, načela ne daju nikakvu nedoumicu; vjerovnicima se priznaje naknada za imovinsku i neimovinsku štetu⁸⁸. Landova načela bila su i temelj za priznavanje naknade za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora, našeg novog ZOO-a.

Još je značajniju ulogu za institut neimovinskog interesa ugovora imala jedna odluka Europskog suda (ECJ C-168/00) od 12. ožujka 2002. godine, u kojoj je, tumačeći odredbu članka 5. Smjernice 90/314 o turističkim paket-aranžmanima⁸⁹, utvrdio da su agencije, koje ne ispunjavaju uredno obveze, koje proizlaze iz smjernice 90/314, dužne naknaditi potrošačima (turistima, putnicima) i imovinsku i neimovinsku štetu (*consumer a right to compensation for non-material damage*)

85 Ole Lando, Professor of International and Comparative Law, School of Economics and Business Administration, Copenhagen, Denmark.

86 "Principles of European Contract Law" koje je Europska komisija donijela 1995. godine (i koji su kasnije nadopunjavana) u Europskoj se uniji još nazivaju i "Lando's principles" (Landova načela).

87 Lando, O., Bale, H., Principles of European Contract Law Part I, Performance, Non-performance, Remedies, Bruxelles, 1995.

88 Članak 9:501 Landovih načela pod nazivom „Pravo na naknadu štete“ (*Right to damage*) glasi: „(1) *The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.* (2) *The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur.*“ U slobodnom prijevodu: „(1) Nezadovoljni vjerovnik ima pravo na naknadu pretrpljene štete zbog neispunjenja ugovora od strane dužnika, osim kad se dužnik oslobađa odgovornosti. (2) Naknada štete obuhvaća i: (a) neimovinsku štetu i b) izmaklu dobit“.

89 Članak 5. stavak 2. prva rečenica Smjernice 90/314 o turističkim paket-aranžmanima glasi: „*With regard to the damage resulting from the consumer from the failure to perform or the improper performance of the contract, Member States shall take the necessary steps to ensure that the organizer and/or retailer is/are liable unless such failure to perform or improper performance is attributable neither to any fault of theirs nor to that of another supplier of services.*“ U slobodnom prijevodu: „Za štetu koju pretrpi potrošač zbog neispunjenja obveza iz ugovora o paket-aranžmanu, države članice učinit će nužne korake kako bi osigurale da agencije odgovaraju za naknadu svake štete (*any fault*) korisniku usluge“.

koju su zbog toga pretrpjeli⁹⁰. Odluka je imala veliki odjek u EU. Ista je, posredno, u sve zemlje članice uvela institut za ugovornu neimovinsku štetu, bez obzira je li ga nacionalno zakonodavstvo reguliralo ili ne!

2.8. Međunarodno pravo

Najznačajnija je karakteristika međunarodnog ugovornog prava posljednjih godina je ujednačavanje zakonodavnih rješenja iz tog područja. Ti se pokušaji provode u tri smjera: ujednačavanje angloameričkog i eurokontinentalnog zakonodavstva, ujednačavanje euroromanskog i euroljubičkog ugovornog prava te donošenjem međunarodnih konvencija za pojedine ugovore. Značajne doprinose u smjeru utvrđivanja instituta ugovorne odgovornosti za štetu imaju tri tijela: UN, UNCITRAL i UNIDROIT⁹¹.

Najznačajnija međunarodna konvencija iz ugovornog prava zasigurno je UN-ova Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe (1980.).^{92 93} Tekst Konvencije pripremio je UNCITRAL. O institutu ugovorne odgovornosti za štetu rješenje se nalazi u članku 74. Konvencije⁹⁴. Iz samog se teksta članka ne razabire ugovorna naknada neimovinske štete oštećenoj strani. Može se čak reći da odredba regulira samo matematičku formulu ugovorne imovinske štete. Međutim, UNCITRAL, u svojem popisu slučajeva vezanih za članak 74. Konvencije, istaknuo je da Konvencija ne klasificira tipove štete, već da to čine nacionalna prava koja se primjenjuju u ugovoru.⁹⁵ Autor smatra da zbog godine donošenja Konvencije (1980.) odredba članka 74. nije imala namjeru pokriti i neimovinski dio ugovorne štete, ali je primjena tih načela u zakonodavstvima članica Konvencije, možda dovelo do drukčijeg tumačenja te norme. Ukoliko stvarno norma iz članka 74. Konvencije regulira samo imovinsku štetu, te u slučaju da se na ugovor o međunarodnoj prodaji robe primjenjuje hrvatsko pravo, sud bi morao primjenjivati normu Konvencije, a ne normu iz članka 346.

90 O odluci više Klarić, P., op. cit., str. 392-393.

91 UN - United Nations, UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law, UNIDROIT - United Nations International Institute for the Unification of Private Law.

92 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) do današnjeg dana ratificirana je od strane 74 zemlje u svijetu, među kojima nije Ujedinjeno Kraljevstvo.

93 U Republici Hrvatskoj u pravni poredak uvedena je 08.10.1991. godine, na temelju sukcesije od bivše države (NN Međunarodni ugovori 15/1998).

94 Članak 74. CISG konvencije u slobodnom prijevodu glasi: "Štete za kršenje ugovora od strane jedne strane sastoje se od zbroja svih gubitaka, uključujući gubitak profita, pretrpljenih od strane druge osobe kao posljedica povrede. Takve štete ne mogu prijeći gubitak koje je strana u povredi predvidjela ili mogla predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, u svjetlu činjenica i pitanja koja je tada znao, ili morao znati, kao moguću posljedicu kršenja ugovora".

95 Austrijski Vrhovni sud u slučaju No. 427/2000, tumači da je izgubljena dobit "pozitivna šteta" i da ulazi u "formulu" zbroja štete. Federalni sud SAD-a u slučaju No. 138/1995, *Delchi Carrier v. Rotorex (1995.)*, govori o „slučajnoj i posljedičnoj šteti“ koja ne može biti i „neimovinska“.

stavka 1. o naknadi neimovinske štete.⁹⁶

Potpuno drukčije rješenje sadrže UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora (donesenih 1994. godine revidiranih do 2007.)⁹⁷. Ista se primjenjuju samo na međunarodne trgovačke ugovore (uz poslovne običaje i *lex mercatoriu*). U članku 7.4.2. načela, jasna je odredba da se ugovorom može počinuti i neimovinska šteta⁹⁸. Razlog takve promjene međunarodnog prava, sigurno je napredak pravne svijesti o institutu ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu.

3. Odgovornost ugostitelja za štetu počinjenu povredom izravnog ugovora o hotelskim uslugama

3.1. Hrvatska

Izravni ugovor o hotelskim uslugama⁹⁹ reguliran je Posebnim uzancama u ugostiteljstvu¹⁰⁰. Iako se već nekoliko desetljeća u našoj turističkoj praksi etablirao kao jedan od najznačajnijih turističkih građanskopravnih ugovora, zakonodavac mu uporno izbjegava dati imenovani zakonski prostor. U samim Uzancama nije dana definicija tog ugovora, nego je samo utvrđeno kada je isti sklopljen¹⁰¹ i koji je predmet tog ugovora¹⁰². Najkonkretnija je definicija u našoj pravnoj teoriji da je izravni ugovor o hotelskim uslugama ugovor kojim se obvezuje davatelj usluge (ugostitelj) da će pružiti gostu privremeni smještaj i njemu akcesorne (dopunske) ugostiteljske usluge, brinuti se o njegovoj osobi i imovini, a gost se obvezuje za to platiti naknadu¹⁰³. Temeljem definicije izravnog ugovora o hotelskim uslugama, ugovorne strane su ugostitelj i gost¹⁰⁴.

96 Članak 140. Ustava Republike Hrvatske glasi: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona...“.

97 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994-2007) opća su pravila za međunarodne trgovačke ugovore i model nacionalnim zakonima i međunarodnim ugovorima..

98 Članak 7.4.2. stavak (2) UNIDROIT načela u slobodnom prijevodu glasi: “Šteta može biti i neimovinska i odnosi se, primjerice, na fizičke i moralne patnje“.

99 Izravni ugovor o hotelskim uslugama ima sljedeće nazive: *le contrat d’hôtellerie* (u francuskom pravu), *der Hotelvertrag* (u njemačkom pravu), *il contratto d’albergo* (u talijanskom pravu) i *hotel (in)keeper’s contract* (u angloameričkom pravu). Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 12.

100 U uzancama broj 8 do 61 Posebnih uzanci u ugostiteljstvu (NN 16/95, 108/96).

101 Uzanca 8. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

102 Uzanca 13. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

103 Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 12.

104 Ugostitelj (hotelijer) je svaka osoba koja se ovlašteno bavi pružanjem usluga smještaja i njemu akcesornih usluga, a gost je svaka fizička osoba koja koristi smještaj i druge akcesorne usluge bez obzira na to je li sama zaključila ugovor ili je za nju to učinila neka fizička ili pravna osoba. Ibidem, str. 12-13.

Ugovor o hotelskim uslugama je dvostranoobvezni ugovor iz kojeg izvire međusobne obveze i potraživanja ugovornih strana. Posebni je značaj izravni ugovor o hotelskim odnosima dobio uvođenjem instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu u ZOO, a ispunjavanje ugovora i dostojanstveniji odnos prema osobi gosta daju ugovoru novu dimenziju.

Ugovorna odgovornost ugostitelja za štetu u hrvatskom pravu i praksi odnosi se na imovinsku i neimovinsku štetu. Dok su najznačajnije imovinske štete koje gost trpi razne krađe stvari gosta i oštećenje njegove imovine, neimovinske štete koje gost može pretrpjeti povredom izravnog ugovora o hotelskim uslugama mogu se sistematizirati u četiri skupine: upropaštavanje godišnjeg odmora, propuštanje ciljeva turističkog boravka, razne nelagode, nemiri, stresovi i nezadovoljstva, te fizičke i duševne boli, patnje i traume zbog određenih postupaka ugostitelja.

U rješeljima hrvatske pravne teorije¹⁰⁵, prevladava mišljenje da ugostitelj u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama ima četiri glavne obveze¹⁰⁶ prema gostu, povredom kojih predstavlja ugovornu odgovornost za štetu: 1) obveza pružanja smještaja, 2) obveza pružanja akcesornih usluga, 3) obveza vođenja brige o osobi gosta i 4) obveza čuvanja stvari gosta.

3.1.1. *Odgovornost ugostitelja za povredu obveze pružanja smještaja gostu*

Opće je pravilo za obvezu pružanja obveze smještaja (nekad i uz usluge pansiona ili polupansiona),¹⁰⁷ da je ugostitelj obavezan staviti gostu na raspolaganje prostorije za smještaj¹⁰⁸ (sobu, apartman) u ugovoreno vrijeme¹⁰⁹ (odmah ili najkasnije do 15 sati na dan početka smještaja). Soba je pripremljena za smještaj ako sadrži standardni namještaj, ispravne uređaje za svjetlo, vodu i sustav grijanja i hlađenja¹¹⁰. Ukoliko

105 Gorenc, V., *Ugovori o hotelskim uslugama, UT-ugostiteljstvo-turizam*, Zagreb, 1983. Šmid, V., *Ugovor o hotelskim uslugama, Ugostiteljstvo i turizam*, Zagreb, 1984. br. 5. (str. 37-38) i br. 6, (str. 33-38); Gorenc, V., *Ugovor o hotelskim uslugama, alatmanu, zakupu turističkog objekta i timesharingu*, EIZ, Zagreb, 1988.; V. Gorenc: *Posebne uzance u ugostiteljstvu s komentarom*, RRIF, Zagreb, 1996.; Gorenc, V., *Izravni ugovor o hotelskim uslugama, Pravo i porezi*, br. 6/02, Zagreb, 2002., str. 14-17.

106 Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 18-25.

107 Primjer iz turističke prakse - *Nezadovoljstvo lošom prehranom*: Talijanski gost koristi usluge pansiona jer je u prospektu ugostitelja prikazano da se u hotelu pružaju najbolji hrvatski specijaliteti, no razočarao se "običnim" obrocima (salame, krumpir, meso). Ugostitelj mu nije naknadio štetu.

108 Dio Uzance 19. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu glasi: "Na temelju ugovora o hotelskim uslugama gost stječe pravo: 1. Uporabe prostorija što su određene za smještaj..."

109 Uzance 20. i 21. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu..

110 Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 19; U tu svrhu ugostitelj je dužan uklanjati sve nedostatke koje sobu čine neupotreblijvom: vlažnost, električni kvar, komarci, neugodni mirisi, nedostatak tople vode, itd.

se pojave “neotklonjivi”¹¹¹ nedostaci u sobi, gost ima pravo tražiti sniženje cijene¹¹², zamjenu sobe¹¹³ ili raskid ugovora¹¹⁴.

Najčešće su povrede obveze pružanja smještaja gostu nepružanje smještaja ili prestanak pružanja smještaja,¹¹⁵ koje se mogu javiti na četiri načina: 1) *overbooking*¹¹⁶ (više je gosti rezerviralo smještaj od smještajnih kapaciteta hotela, pa im se ne može pružiti ugovorena usluga u posebnoj prostoriji), 2) zabluda o činjenici da gost ometa boravak drugih gostiju¹¹⁷, 3) neutemeljena sumnja u platežnu sposobnost gosta¹¹⁸ i 4) pogrešna dijagnoza o zaraznoj bolesti gosta opasnoj za ostale goste u hotelu¹¹⁹. Svaki od načina predstavlja i ugostiteljevu ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu¹²⁰. Zanimljivo je da hrvatska sudska praksa ne sadrži ni jedan slučaj o ugovornoj odgovornosti ugostitelja za povredu obveze pružanja smještaja gostu.

3.1.2. *Odgovornost ugostitelja za povredu obveze pružanja akcesornih usluga gostu*

Ugostitelj je dužan gostu, za vrijeme korištenja usluge smještaja u hotelu,

111 Npr. Propuštanje vode sa stropa, poplave u kupaonici, građevinski nedostaci.

112 Primjer iz turističke prakse - *Nezadovoljstvo stanjem hotelskog objekta*: Njemačkim gostima, kojima u sobi, za vrijeme polufinala SP u nogometu (u kojem je igrala Njemačka), nije radila električna energija (utakmicu morali gledati u zadimljenoj TV sobi), ugostitelj je snizio cijenu usluga za 10%.

113 Ukoliko je tražena točno određena soba (npr. s pogledom na more), a ugostitelj nema slobodnu sobu koja odgovara opisu tražene sobe, gost ima pravo na sniženje cijene ili raskid ugovora. Ukoliko soba nema specifikaciju, ugostitelj je ispunio obvezu ako gostu da zamjensku sobu u ugovorenom objektu ili drugom objektu iste kategorije u istom mjestu. Nepotpuna je, međutim, u kontekstu članka 346. stavak 1. ZOO-a, odredba uzance 22. stavak 2. da ugostitelj koji nije smjestio gosta u ugovoreni objekt naknadije istom samo običnu štetu (naknadić će i neimovinsku, ako je npr. gost 40 godina smješten u tom hotelu).

114 Primjer iz turističke prakse - *Nezadovoljstvo stanjem hotelskog objekta*: zbog poplave stropa na zadnjem katu hotela (uslijed velikih kiša) gost je raskinuo ugovor i napustio hotel jer mu ugostitelj nije osigurao slobodnu sobu. Ugostitelj mu nije naknadio štetu.

115 Uzanca 58. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu glasi: „Ugostitelj ima pravo raskinuti ugovor i prestati pružati usluge gostu ako gost: 1) grubo krši ove uzance ili odredbe o kućnom redu, osobito ako svojim ponašanjem ometa boravak drugih gostiju, 2) ne plati račun za obavljene usluge nakon sedam dana boravka, 3) razboli se od neke zarazne bolesti opasne za ostale goste u ugostiteljskom objektu“.

116 Primjer iz turističke prakse - *Nemir zbog gubitka smještaja kod overbookinga*: Gostu iz Nizozemske, koji je do hotela došao u starom automobilu putovavši 18 sati, ugostitelj je priopćio se da je hotel pun i da nema slobodnih mjesta. Ugostitelj se ispričao gostu.

117 Primjerice ukoliko na bazen dođe skupina gostiju u “veselom” stanju, a nikom ne smetaju,

već su simpatični.

118 Primjerice gost koji se požali recepcioneru da je već potrošio sav novac, još uvijek može platiti karticom.

119 Primjerice ako je riječ o bolesti, za koju liječnici utvrde da nije zarazna.

120 Hipotetski primjeri iz *fus nota* 117-119, predstavljali bi *upropaštavanje godišnjeg odmora*.

pružiti i akcesorne (dopunske) usluge¹²¹ koje su i najvažnija karakteristika ugovora o hotelskim uslugama¹²². Akcesorne se usluge u našoj pravnoj teoriji¹²³ dijele na tri dijela: 1) klasične usluge pertinencije smještaja (npr. voda, grijanje, tuš, pranje rublja, sapun, šampon, ručnik, čuvanje ključa na recepciji, itd.), 2) suvremene usluge modernog hotelijerstva (npr. telefon, televizor, telefaks, bazen¹²⁴, sauna, fitness, tenis, frizeri, restorani, barovi, informacija na recepciji, buđenje, *lunch-paketi*, pošta, čuvanje stvari, itd.) i 3) aktivne akcesorne usluge ugostitelja (prtljaga, obroci u sobi, čuvari objekta, itd.)

Ugostitelj je odgovoran za sve radnje ili propuste kojima se gost ometa u korištenju usluga u ugostiteljskom objektu i uživanju u miru i udobnosti objekta¹²⁵. U slučaju da ugostitelj ne pruža akcesorne usluge ili ih ne pruži na vrijeme,¹²⁶ odgovarat će gostu zbog takve povrede za imovinsku i neimovinsku štetu. Uobičajena je praksa da službe ugostitelja pružaju gostu sve informacije vezane za akcesorne usluge iz najšireg spektra informacija. Ukoliko ugostitelj ne pruži pružene informacije ili pružene informacije budu pogrešne¹²⁷, odgovarat će gostu za imovinsku i neimovinsku štetu. Posebno je zanimljiva odredba Posebnih uzanci u ugostiteljstvu¹²⁸ da je ugostitelj dužan probuditi gosta u vrijeme koje odredi gost (obveza je ugostitelja voditi knjigu buđenja gostiju). Ugostitelj je, zbog povrede te obveze¹²⁹, po starom ZOO-u, bio

121 Dio Uzance 19. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu glasi: "Na temelju ugovora o hotelskim uslugama gost stječe pravo: 2. Korištenja svim uređajima, zajedničkim prostorijama i uslugama službi što su u tom objektu i drugim pripadnim objektima i prostorima namijenjenih gostima".

122 Akcesorne (dopunske, sekundarne, popratne) usluge su faktički sve usluge koje ne obuhvaćaju smještaj, brigu o gostu i čuvanje stvari gosta. Iste daju ugovoru o hotelskim uslugama samu prirodu ugovora. Bez njih bi to bi bio klasičan ugovor o zakupu. Fragalli, M., op. cit.

123 Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 20.

124 Primjer iz turističke prakse - *Upropaštavanje godišnjeg odmora i nezadovoljstvo zbog stanja objekta*: zbog kašnjenja radova, bazen hotela nije na vrijeme izgrađen, već su kranovi na gradilištu bazenu stvarali buku, pa su gosti raskinuli ugovor. Ugostitelj im je naknadio imovinsku štetu.

125 Uzanca 25. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

126 Primjer iz turističke prakse - *Nelagoda zbog postupaka osoblja u hotelu*: gost se vraća u hotel sa ugodne šetnje gradom te na recepciji traži ključ sobe 45 minuta, za koje vrijeme su recepcioneri gledali nogometnu utakmicu sa svjetskog prvenstva. Ugostitelj se ispričao gostu.

127 Primjer iz turistička prakse - *Propuštanje ciljeva turističkog boravka*: ugostiteljeva služba recepcije pogrešno je informirala gosta o putu za Veneciju; gost se pojavio na doku u 8 sati ujutro i tek mu je lučki radnik rekao da brod taj tjedan ne vozi. Gost je odabrao Poreč samo zbog blizine Venecije i neostvarivši cilj turističkog boravka bio je strašno razočaran. Ugostitelj mu nije naknadio štetu.

128 Uzanca 27. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

129 Odredba uzance 27. stavka 2. nepotpuna je u smislu članka 346. stavak 1., budući da gost, kojemu nije pružena usluga, buđenja, može pretrpjeti i neimovinsku štetu (npr. propustom buđenja propao je izlet brodom u Veneciju i nastala je neimovinska šteta - *propuštanje ciljeva turističkog boravka*).

odgovoran samo za običnu štetu¹³⁰.

Oskudnost hrvatske sudske prakse i u odgovornosti ugostitelja za povredu ove obveze, razlog je dugom poznavanju samo imovinskog interesa ugovora, dok po pravnoj naravi ovakav tip odgovornosti uglavnom postoji samo za neimovinsku štetu.

3.1.3. *Odgovornost ugostitelja za povredu obveze vođenja brige o osobi gosta*

Obveza vođenja brige o osobi gosta najveći je izraz poštivanja ljudske osobe i njegova dostojanstva. Cilj pružanja hotelskih usluga je uгода gosta, pri čemu je odlučujući faktor zaštita njegova psihofizičkog integriteta. U našoj pravnoj teoriji obveza vođenja brige obuhvaća sigurnost, udobnost i poštivanje prava osobnosti gosta. Ugostitelj je odgovoran za neimovinsku štetu ako povrijedi bilo koji od navedenih kategorija vođenja brige o osobi gosta.

U hrvatskom pravu odgovornost ugostitelja za povredu vođenja brige o osobi gosta, treba tražiti u općim odredbama ugovorne odgovornosti za štetu i odredbama o pravu ličnosti, dok Posebne uzance, preusko, uređuju samo dvije situacije u kojima je ugostitelj odgovoran za vođenje brige o osobi gosta u slučaju njegove bolesti¹³¹ ili smrti¹³².

Iako je naše sudstvo davno¹³³ prihvatilo načelo pretpostavljene krivnje kao pravilo ugostiteljeve odgovornosti za osobu gosta, a načelo objektivne odgovornosti ugostitelja kao iznimku u slučajevima u kojima je šteta prouzročena opasnim stvarima ili nepotpunim pružanjem usluga¹³⁴, recentnijim presudama,¹³⁵ (doduše iz spora iz ugovora o točenju pića) ugostitelj sve više odgovara objektivno¹³⁶ uz iznimke u krivnji gosta i višoj sili. Ugostiteljeva odgovornost, imovinska i neimovinska, *defacto* postoji svaki put kada gost u hotelu pretrpi fizičku ili duševnu bol, a nije riječ

130 Presuda OS Split Ip 1490/81 - *Nelagoda zbog postupaka osoblja u hotelu*: sud je odlučio da ugostitelj mora naknaditi običnu štetu gostu (produženi boravak u hotelskoj sobi (smještaj i prehrana) i cijene brodske i zrakoplovne karte do mjesta stanovanja), zato što je recepcija ugostitelja propustila probuditi gosta na vrijeme, zbog čega je izgubio brodsku vezu za povratak kući. O presudi više i Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 21.

131 Uzanca 47. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu glasi: "Ako se gost razboli, ugostitelj je dužan pozvati liječnika, na trošak gosta. Utvrdi li liječnik da se gost razbolio od neke zarazne bolesti i da njegova bolest ugrožava zdravlje drugih osoba, ugostitelj može raskinuti ugovor, pri čemu je dužan prema tome gostu biti pažljiv i pomoći mu koliko je potrebno".

132 Uzanca 48. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu glasi: „Ako gost umre, ugostitelj je dužan o tome odmah obavijestiti nadležne organe i obitelj umrloga, te komisiji popisati imovinu što ju je gost sa sobom imao i prijaviti je nadležnim organima“.

133 Presude VSRH Gž 2516/74 i VSRH Gž 658/76.

134 Gorenc, V. L., Šmid, V., op. cit., str. 22.

135 Presude VSRH Rev. 281/1995-2 i VSRH Rev 1688/1996-2.

136 Presuda VSRH Rev 281/1995 - *Nezadovoljstvo zbog stanja objekta*: (ugovor o točenju pića). Ugostitelj odgovara objektivno za štetu gošći koja je ozlijeđena padom žbuke sa zgrade iznad objekta. Ugostitelj mora postupati s povećanom pažnjom i osigurati sigurnost gostiju u objektu.

o krivnji gosta¹³⁷ ili višoj sili.¹³⁸

Posebnu zanimljivost, s gledišta ugostiteljeve odgovornosti prema osobi gosta, predstavlja jedna odluka našeg sudstva¹³⁹. Sud je gostu (korisniku ugovora o točenju pića) naknadio neimovinsku štetu („fizičke boli i pretrpljeni strah“)! Iako je sud, priznavajući ugovornu neimovinsku štetu gostu, primijenio odredbe o deliktnoj odgovornosti ugostitelja, ostaje činjenica da je presuda vjerojatno jedina odluka koja je na bazi ZOO-a iz 1978. godine naknabila vjerovniku (gostu) neimovinsku štetu!

3.1.4. *Odgovornost ugostitelja za povredu obveze vođenja brige o stvarima gosta*

Opće je pravilo ugostiteljeve odgovornosti za štetu na stvarima gosta (uzanca 51.) da ugostitelj odgovara za štetu na stvarima gosta prema zakonu (ZOO - ugostiteljska ostava, članci 737. do 743.) i uzancama (Posebne uzance u ugostiteljstvu, uzance 51. do 57.). Ugostitelj je obvezan primiti na čuvanje stvari koje gost želi donijeti u hotel ili predati na čuvanje, osim ako¹⁴⁰: 1) ne raspolaže prikladnim prostorijama za njihov smještaj (npr. teleskop), 2) su stvari u odnosu na vrstu i kategoriju ugostiteljskog objekta od prekomjerne vrijednosti (npr. dijamanti) i 3) ako su opasne, glomazne ili ako njihovo čuvanje prelazi njegove mogućnosti iz kakva drugoga opravdanog razloga (npr. oružje).

Iz obveze ugostitelja da odgovara za stvari gosta iz izravnog ugovora o hotelskim ugovorima, razvio se u ZOO-u posebni ugovor - ugovor o ugostiteljskoj ostavi. Ugovor o ugostiteljskoj ostavi poznaje tri stupnja odgovornosti ugostitelja za nestanak, uništenje ili oštećenje stvari koje su gosti donijeli u objekt ugostitelja¹⁴¹: 1) *ograničena odgovornost ugostitelja*¹⁴² - objektivna odgovornost ugostitelja, ali najviše do iznosa od 10.000 kn (i za imovinsku i za neimovinsku štetu), za stvari koje su gosti donijeli u objekt, a nisu ih predali na čuvanje, 2) *potpuna odgovornost ugostitelja* - objektivna odgovornost za imovinsku i neimovinsku štetu za stvari predane na

137 Primjer iz turističke prakse - *Nezadovoljstvo zbog stanja hotelskog objekta*: gošći koja je slomila nogu hodajući po trošnim stepenicama iz hotela prema moru, ugostitelj opravdano nije priznao ni imovinsku ni neimovinsku štetu, jer je po stepenicama išla u iznimno visokim štiklama.

138 Primjer iz turističke prakse - *Upropaštavanje godišnjeg odmora*: gost koji se uslijed olujne kiše na vanjskom bazenu hotela poskliznuo i slomio dva zuba, ne bi imao pravo na naknadu štete od ugostitelja i zbog svoje krivnje (što se nalazio vani) i zbog više sile. Gost se nije ni tužio ugostitelju.

139 Presuda VSRH Rev 1688/1996-2 - *Fizički bolovi i pretrpljeni strah*: gošći kojoj je u ugostiteljskom objektu odbijeni metak ozlijedio gležanj, sud je naknadio neimovinsku štetu (!?) zbog fizičkih boli i pretrpljenog straha (smatraвши da je riječ o deliktnoj odgovornosti), zbog objektivne odgovornosti ugostitelja za sigurnost gostiju u objektu.

140 Članak 739. stavak 1. ZOO-a i uzanca 53. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

141 Članak 737. ZOO-a: ograničena odgovornost (1), isključena odgovornost (2) i potpuna odgovornost (3).

142 Presuda VSRH 3427/1995-2: Vrhovni sud nije prihvatio odluke nižih sudova da ne postoji odgovornost ugostitelja za stvari koje su gošći ukradene u hotelskoj sobi (koje “donesene” ali nisu “predane”); činjenica što gošća nije predala stvari na čuvanje nije razlog isključenja nego ograničenja ugostiteljeve odgovornosti.

čuvanje u sef¹⁴³ ili posebnu prostoriju i subjektivna odgovornost po načelu dokazane krivnje ako je šteta nastala krivnjom ugostitelja ili osobe za koju on odgovara¹⁴⁴, 3) *isključena odgovornost ugostitelja*,¹⁴⁵ ako je šteta nastala višom silom, ponašanjem gosta ili krivnjom osobe za koju gost odgovara.

Novi je ZOO u odnosu na stvari uveo jednu posebnu novinu¹⁴⁶. Prije njega postojao je teorijski problem za koje to stvari ugostitelj odgovara. Po članku 738. ZOO-a „donesene stvari“ su sve stvari koje se nalaze u objektu ili su izvan objekta na mjestu gdje ugostitelj ima nadzor (pomoćne prostorije, garaže, skladišta, dvorište) (stavak 1.), osim vozila¹⁴⁷, stvari u vozilima i živih životinja, ako nisu posebno ugovoreni (stavak 2.).

3.2. Francuska

Prve radove koji su regulirali sam izravni ugovor o hotelskim uslugama (*le contrat d'hôtellerie*) nalazimo u francuskom pravu. U tim ranim radovima¹⁴⁸ s kraja 19. i početka 20. stoljeća već su uređene obveze ugostitelja (*l'hôtelier*) ali samo u

143 Primjer iz turističke prakse - *Oštećenje stvari afektivne vrijednosti*: gostima, koji su predali ugostitelju na čuvanje u sef vlastite dragocjenosti, oštećena je rijetka obiteljska slika, zbog vlage koja je ušla u sef. (rujan 2003.). Ugostitelj im nije naknadio štetu. Paradoks starog ZOO-a vidi se na ovom primjeru; imovinska šteta je par kuna, a neimovinska neprocjenjive vrijednosti.

144 Primjer iz turističke prakse - *Nelagoda zbog postupaka osoblja u hotelu*: Gostima je, za vrijeme čišćenja sobe, radnica ugostitelja (sobarica) ukrala novac iz novčanika (kolovoz 2003.). Ugostitelj je naknadio cjelokupnu imovinsku štetu, iako je nelagoda gostiju više predstavljala neimovinsku štetu.

145 Presuda VSRH Rev 3197/1992-2: sud je isključio odgovornost ugostitelja, u slučaju gdje je gostu blizu hotela izgorio šator iz dva razloga: nema krivnje ugostitelja ni osobe za koju on odgovara i gost nije sklopio ugovor o hotelskim uslugama pa tako niti ugovor o ugostiteljskoj ostavi.

146 Članak 738. ZOO-a donesen je u skladu s uzancom 52. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu („donesene“ stvari) i uzancom 56. Posebnih uzanci u ugostiteljstvu (isključenje odgovornosti za životinje).

147 Do stupanja na snagu novog ZOO-a, ugostitelj je odgovarao i za štetu počinjenu na vozilu ili krađom vozila (po uzanci 57.). Sudska je praksa razlikovala štetu počinjenu na vanjskom parkiralištu (koji nije posebna prostorija) i na čuvanom parkiralištu (koji je posebna prostorija). U presudi VSH Gž 2732/69, sud je odlučio da je ugostitelj odgovoran u potpunosti za krađu automobila, jer je stavio na raspolaganje obližnje parkiralište. Donošenjem novog ZOO-a, ugostiteljeva odgovornost za svu štetu vezanu uz vozila je isključena, osim ako se ista ne ugovori. Stoga, uzanca 57. više ne vrijedi.

148 Toulouse, J. L., *Du contrat d'hôtellerie: privilège et responsabilité de l'hôtelier* (lois du 31 mars 1896 et du 18 avril 1889), Lagarde et Sebillé, Paris, 1899; B.Rul: *Le contrat d'hôtellerie ou rapports juridiques entre l'hôtelier et le voyageur*, Brière, E., Giard, V., Paris, 1906.; E. Charpentier: *La profession d'hôtelier: étude juridique du contrat d'hôtellerie et de quelques questions économiques*, Paris, 1913.

okviru odredaba članka 1952.-1954. *Code civil*¹⁴⁹. U tim se odredbama nalazi samo odgovornost ugostitelja za uneseni stvari gosta (*des effets apportés*) u objekt ugostitelja, uz oslobađanje odgovornosti ugostitelja u određenim slučajevima.

Razvoj turističke znanosti u Francuskoj i novi radovi koji su regulirali materiju izravnog ugovora o hotelskim uslugama, doveli su do modernijih shvaćanja ugostiteljeve odgovornosti za stvari gosta. Na temelju takvih shvaćanja, 1948. godine donesen posebni zakon o pružanju usluga smještaja u javnim objektima¹⁵⁰, gdje su istaknute i usluge ugostitelja o pružanju smještaja i akcesornih usluga¹⁵¹ gostiju u hotelima, a 1970. godine donesen je i posebni zakon o odgovornosti ugostitelja za donesene stvari gosta¹⁵² u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama. U posljednjih tridesetak godina sve se snažnije usvaja shvaćanje da je ugovorna odgovornost ugostitelja puno šira od samog čuvanja gostovih stvari.

Prvu suvremenu sistematizaciju obveza ugostitelja kod izravnog ugovora o hotelskim uslugama vidimo početkom 1970-ih godina¹⁵³. Francusko pravo poznaje pet glavnih obveza ugostitelja kod izravnog ugovora o hotelskim uslugama¹⁵⁴: 1) pružanje smještaja u objektu (*de celui d'hôte*), 2) obveza čuvanja sigurnosti gosta (*de sécurité envers ses clients*), 3) pružanje akcesornih usluga u hotelu (*des prestations secondaires*), 4) obveza pružanja informacija gostu (*de fournir des informations*) i 5) obveza čuvanja stvari gosta (*des objets apportés*). Obveze ugostitelja iz francuskog prava, preuzela su i druga usporedna zakonodavstva, a zanimljivo je da obvezu čuvanja sigurnosti gosta, svako zakonodavstvo zove na „drukciji“ način¹⁵⁵, u skladu sa svojom pravnom tradicijom.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja smještaja gostu** u francuskom je pravu 1945. godine doživjela pravu katarzu. Naime, do 1945. godine, obveza pružanja smještaja gostu nije postojala. Ugostitelj je imao pravo birati gosta kojeg će primiti u hotel. Jednom uredbom francuske vlade iz 1945. godine, u skladu s razvojem instituta prava potrošača, propisano je da ugostitelj, pod prijetnjom

149 Članci 1952-1954 *Code Civil* glase: „1952. *Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux: le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire. 1953. Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur; soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie. 1954. Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure*“.

150 Loi de 01.09.1948., no. 48-1630.

151 Od širokog stupnja akcesornih usluga koje poznaje francusko pravo (korištenje restorana, bazena, televizije, bara, wellnessa, dvorana, fitnessa, frizera, prevoditelja, itd.), navedena presuda francuskog vrhovnog suda (Cass Civ III 26.06.1996) navodi da u akcesorne usluge spadaju i korištenje održanih soba, obveza nadzor objekta i korištenje telefonom, vodom i strujom.

152 *Loi sur la responsabilité des hôteliers quant aux objets apportés par les voyageurs* (28. 02. 1970.)

153 Moret, L., *Le contrat d'hôtellerie*, RDC, Paris, 1973, str. 663-700.

154 Ibidem.

155 Autor smatra da je hrvatska pravna teorija učinila korak naprijed u odnosu na francusku u obvezi prema biću gosta. Dok francuska teorija ističe samo „obvezu čuvanja sigurnosti i intime gosta“, hrvatska pravna teorija bolje pogađa termin „čuvanje osobe gosta“, u koji su utjelovljeni, i sigurnost, i udobnost, ali i poštivanje ličnosti i dostojanstva gosta.

kaznene sankcije, ne može odbiti gosta (*le refus de vente*) bez nekog valjanog razloga (*sauf motif légitime*), ne definiravši taj pojam. To *defacto* znači da i dan danas, zakonski (osim slučajeva diskriminacije), ugostitelj ima pravo birati goste koje želi primiti u hotel.¹⁵⁶ Stoga neki autori opravdano ističu da postoji ograničena ugovorna odgovornost ugostitelja za pružanje smještaja gostu. Štoviše, gost će morati dokazati krivnju ugostitelja (u smislu „valjanog razloga“ po uredbi iz 1945. godine), zbog odbijanja pružanja te usluge.¹⁵⁷

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze čuvanja sigurnosti gosta** sastoji se od dvostruke obveze¹⁵⁸: 1) nadgledanja poštivanja pravila kućnog reda o intimi gosta (*les regles de prudence*) i 2) kontrola sigurnosti gosta (*sécurité du client*). U slučaju kršenja tih obveza, gost mora dokazati ugostiteljevu odgovornost (po načelu dokazane krivnje; krivnja se ne pretpostavlja). Ugostitelj je za kršenje tih obveza neograničeno odgovoran za nastalu štetu. Objektivno je odgovoran za štetu počinjenu od uređaja u hotelu i osoba za koje on odgovara. Odgovornost ugostitelja za sigurnost gosta, dobiva i neimovinski karakter odgovornosti za štetu u skladu s novijim teoretskim shvaćanjima (ugovorna odgovornost)¹⁵⁹ i presudama francuskog vrhovnog suda (deliktna odgovornost). U sudskoj je praksi posebno mjesto posvećeno šteti počinjenoj kršenjem sigurnosti gostiju i trećih osoba. Za goste je ugovorna odgovornost objektivna, a za osobe koje nisu gosti hotela postoji objektivna deliktna odgovornost ugostitelja, bez obzira što su u objekt ušli protivno ugostiteljevu dopuštenju i volji¹⁶⁰.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja akcesornih usluga gostu** daje izravnom ugovoru o hotelskim uslugama značaj zasebnog, *sui generis*, ugovora. Akcesorne usluge su sve usluge koje se pružaju gostu (najmoprimatelju) u hotelu (ili bilo kojem objektu) u vidu sekundarnih prestacija. Ugostitelj odgovara objektivno za nepružanje akcesornih usluga ili odbijanje pružanja istih. Sudska praksa u Francuskoj često je odlučivala je li određena usluga akcesorna u smislu izravnog ugovora o hotelskim uslugama, te se kroz različiti vremenski period drukčije odnosila prema

156 Presuda francuskog vrhovnog suda Cass Civ, III, presuda od 29.03.2006. Sud izričito smatra da je ništav ugovor o hotelskim uslugama bez kauze; u sporu su menadžeri društva, koji su besplatno boravili u hotelu društva, negirali kauzu ugovora, tumačeći da nisu koristili hotelske usluge, nego nekretnine društva.

157 Moret, L., op. cit., str. 674.; Jedina bitna obveza koju ima hotelijer, jest da ne može odbiti primiti gosta ako isti ne želi koristiti usluge (polu)pansiona, jer bi time prekršio *Code de la consommation* (1945 -2009).

158 Raison A., G. Cornu, *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, Paris, 1962, str. 312.

159 Van Mullen, M., *Responsabilité des hôteliers*, *Annales de la Faculté de Droit de Liège* 1975., str. 390. posebno je shvaćanje francuskog prava da gost na kraju obroka mora biti zdrav i siguran (*sain et sauf*).

160 Presuda francuskog vrhovnog suda Cass Civ, I, no. 469, presuda od 14.03.1995; postoji deliktna odgovornost ugostitelja za imovinsku i neimovinsku štetu (*fizičke boli*) koju je pretrpio dječak ušavši nedozvoljeno na bazen hotela za vrijeme vjenčanja; ugostitelj je morao uvidjeti rizik i udaljiti dijete .

shvaćanju pojma akcesornih usluga izvan kategoriziranog hotelskog objekta¹⁶¹¹⁶².

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja informacija gostu**, posebna je vrsta odgovornosti, koja se razvila iz obveze pružanja akcesornih usluga. Opće je pravilo da ugostitelj mora pružiti gostu određeni broj informacija. Ugostitelj objektivno odgovara za imovinsku i neimovinsku štetu ako nije pružio obvezne informacije, ako je zakasnio s njihovim pružanjem ili ako je dao pogrešne informacije. U praksi su najčešće kršene obveze pružanja informacija gostu o: cijeni smještaja, veličini sobe, cijeni akcesornih usluga, nedostatka znaka o kategorizaciji objekta, o katu hotela na kojem je smještena soba, o putnom redu javnog prijevoza i slično¹⁶³.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze čuvanja stvari gosta** utemeljena je na člancima 1952.-1954. *Code civila*.¹⁶⁴ Obveza čuvanja stvari gosta (iz članka 1952.) utvrđuje da ugostitelj ima obvezu čuvanja stvari gosta u hotelu i u depozitu (*le contrat de dépôt*), ali samo u slučaju da je gost sklopio ugovor o hotelskim uslugama¹⁶⁵. Ugostitelj odgovara gostu za štetu na stvarima ako je istu počinila osoba za koju on odgovara ili osoba izvan hotela¹⁶⁶. Ugostitelj odgovara neograničeno i objektivno za štetu kad je primio stvari gosta na čuvanje ili ih je bez valjana razloga odbio primiti. U slučaju da je šteta nastala u sobi ili izvan čuvanih prostorija objekta, ugostitelj odgovara objektivno za štetu gostu, ako gost dokaže postojanje štete na stvari. Odgovornost ugostitelja je u tom slučaju ograničena: 1) do iznosa koji je 100 puta veći od cijene smještaja, ako je šteta nastala u sobi i 2) do iznosa koji je 50 puta veći od cijene smještaja, ako je šteta nastala na parkiralištu hotela. Isključena je odgovornost ugostitelja u slučaju više sile ili stvarima ostavljenim u vozilima na čuvanom parkiralištu¹⁶⁷.

Članak 1953. *Code Civila* govori o ugovornoj šteti koju gost može pretrpjeti ne definirajući ne(imovinski) karakter štete. Zbog kašnjenja u uvođenju instituta ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, u francuskom su se pravu razvili

161 Presuda francuskog socijalnog suda Cass Soc, od 05.12.1958. Pružanje usluga najmodavatelja stanova (doručak, struje, televizor), predstavlja pružanje akcesornih usluga ugovora o hotelskim uslugama.

162 Presuda francuskog vrhovnog suda Cass Civ, I, no. 257, presuda od 19.10.1999. Komercijalni ugovor kojim financijski fond iznajmljuje stanove i poslovne prostore, usprkos održavanja tih nekretnina, ne predstavlja akcesorne usluge ugovora o hotelskim uslugama, već ugovor o zakupu prostora.

163 Moret, L., op. cit., str. 676.

164 Izravni ugovor o hotelskim uslugama u francuskom pravu spada u neimenovane ugovore (*contrats inommés*), jer osim tri članka *Code Civilea*, sva pravila o ugovoru stvaraju se poslovnim običajima i sudskom praksom.

165 Kao i u hrvatskom pravu, ugovor o ugostiteljskoj ostavi (*le contrat de dépôt*) sporedni je ugovor (*l'accessoire*) u odnosu na glavni ugovor o hotelskim uslugama (*le contrat d'hôtellerie*).

166 Članak 1953. *Code Civila*.

167 Članak 1954. *Code Civila*; Presuda francuskog vrhovnog suda Cass Civ, I, no. 57, presuda od 22.02.2000. Sud je utvrdio da ugostitelj nije odgovoran za ukradene stvari u automobilu gosta parkiranom na privatnom parkiralištu ugostitelja, jer se radi o isključenju odgovornosti, u smislu članka 1954. *Code Civila*, zbog prostora kojeg ugostitelj ne nadzire izravnim ugovorom o hotelskim uslugama.

samo teoretski¹⁶⁸ primjeri ugovorne odgovornosti ugostitelja za neimovinsku štetu. To su isti primjeri koje nalazimo i u teoriji hrvatskog prava i mogu se pojaviti kod svih kršenja obveza: 1) upropaštavanje godišnjeg odmora (*ruiner des vacances*), 2) propuštanje ciljeva turističkog boravka (*fuite des objectifs résidence de tourisme*), 3) nelagoda zbog postupka osoblja u hotelu (*inconfort dû au traitement du personnel de l'hôtel*), 4) oštećenje stvari afektivne vrijednosti (*dommage que la matière d'une valeur affective*) i 5) nezadovoljstvo stanjem hotelskog objekta (*insatisfaction à l'état de l'hôtel*). Usprkos činjenici da, na temelju korištenih izvora, nije poznata nijedna presuda francuskih sudova o naknadi neimovinske štete hotelskom gostu, francuski hotelijeri sve više sklapaju ugovore o osiguranju i za naknadu eventualne neimovinske štete gostu.

3.3. Njemačka

U njemačkom je pravu izravni ugovor o hotelskim uslugama (*der Hotelvertrag, der Beherbergungsvertrag*), posredno, utemeljen u odredbama Njemačkog građanskog zakonika (*BGB-a*) iz 1896. godine. Međutim, izravni ugovor u njemačkom je pravu, od svih usporednih zakonodavstva najspecifičniji; njemačko zakonodavstvo uopće ne poznaje taj ugovor! Odredbe iz *BGB-a* i iz drugih izvora prava, koje se odnose na izravni ugovor o hotelskim uslugama, odredbe su nekih drugih ugovora koje čine sastavne dijelove izravnog ugovora o hotelskim uslugama.

U njemačkoj se pravnoj teoriji izravni ugovor o hotelskim uslugama označava kao mješoviti ugovor (*Gemischter Vertrag*)¹⁶⁹, temeljen na poslovnoj praksi, kojeg čini sedam ugovora¹⁷⁰ privatnog prava^{171,172}: 1) ugovor o najmu (*Mietvertrag*, paragraf 535. *BGB-a*) kojim ugostitelja (*Hotelier*) pruža gostu (*Gast, Veranstalter*) smještaj u hotelskoj sobi po određenoj cijeni, 2) ugovor o pružanju usluga (*Dienstvertrag*, paragraf 611. *BGB-a*) kojim ugostitelj pruža gostu, pored smještaja, i ostale za hotel specifične usluge, 3) ugovor o pružanju usluga prehrane i pića (*Pansionvertrag*), ukoliko gost sklopi ugovor s korištenjem doručka, pansiona ili polupansiona, 4) ugovor o prodaji (*Kaufvertrag*, paragraf 433. *BGB-a*) kojim ugostitelj prodaje gostu vlastiti proizvod (hotelske usluge), 5) ugovor o radu (*Werkvertrag*, paragraf 631. *BGB-a*) kojim gost zapošljava ugostitelja, kako bi gost ispunio cilj boravka u hotelu, a u prvom redu podrazumijeva zaštitu i njegu gosta kao korisnika rada, 6) ugovor o dostavi (*Werklieferungsvertrag*) kojim ugostitelj dostavlja određene stvari gostu u sobi ili u recepcijski pretinac i 7) ugovor o ostavi (*Verwahrungsvertrag*, paragraf 688.

168 Ne postoji nijedna presuda francuskih sudova o naknadi neimovinske štete gostu iz kršenja ugovornih obveza izravnog ugovora o hotelskim uslugama. Najveći razlog za takvu situaciju jest činjenica što je francusko pravo tek zadnjih desetak godina upoznalo ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu.

169 Firentsch, W., *Schuldrecht*, 9. ed., Gruyter Lehrbuch, Berlin, 1997., str. 404-407.

170 Gitter, W., Gernhuber, J., *Gebrauchüberlassungsverträge*, Artibus Ingenius, Tübingen, 1988, str. 176.

171 Canaris, C.W., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Jus, Augsburg, 1970., str. 219-220.

172 Born, K., Bastian, H., *Der integrierte Touristikonzern*, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 2004., str. 44. *Hotelvertrag* čine: 1. rezervacijski ugovor (*Reservierungsvertrag*), 2. smještajni ugovor (*Beherbergungsvertrag*) i 3. ugovor na zahtjev (*On-requestvertrag*).

BGB-a) kojim se ugostitelj obvezuje čuvati i primiti stvari gosta za vrijeme trajanja ugovora.

Temeljem navedenog, jasno je da obveze ugostitelja u njemačkom pravu predstavljaju ispunjenje svih ugovora od kojih se sastoji izravni ugovor o hotelskim ugovorima. Pored toga, njemačka pravna teorija¹⁷³, ipak izdvaja pet najbitnijih obveza ugostitelja u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama, čija povreda znači odgovornost ugostitelja za imovinsku i neimovinsku štetu gostu, iako ima i drukčijih tumačenja obveza ugostitelja¹⁷⁴: 1) obveza pružanje smještaja gostu (*Unterkunft*), 2) obveza pružanja posebnih usluga (*Dienstleistungen*), 3) obveza zaštite i njege osobe gosta (*Schutz und Obhutpflichten*), 4) zaštita tajne i privatnosti gosta (*Schutz den Geheimhaltungspflichten*) i 5) obveza zaštite stvari gosta (*Schutz vor Sachen*).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja smještaja gostu** pravnu osnovu ima u ugovoru o zakupu u paragrafima 535. do 537. BGB-a¹⁷⁵. Opće je pravilo da ugostitelj (zakupodavatelj) mora pružiti smještaj (najam prostora) gostu (zakupniku) za vrijeme trajanja ugovora. Posebna je obveza ugostitelja održavanje sobe za vrijeme trajanja smještaja (*Gebrauchserhaltung*). Ugostitelj je obvezan sniziti cijenu smještaja u slučaju nemogućnosti korištenja dopunskih usluga poput dizala ili fitnessa. Ugostitelj je objektivno odgovoran za popravak štete u sobi, osim ako dokaže krivnju gosta. Ugostitelj objektivno odgovara za imovinsku i neimovinsku štetu gostu u slučaju odbijanja pružanja smještaja gosta zbog otkaza rezervacije ili *overbookinga* (pri kojemu mora gostu ponuditi smještaj iste ili više kategorije u svom najbližem hotelu).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja posebnih usluga gostu** u njemačkoj se pravnoj teoriji najčešće razlučuje s obzirom na tri vrste dopunskih usluga¹⁷⁶ izravnog ugovora o hotelskim uslugama: 1) usluge prema popunjenosti objekta, za koje ugostitelj odgovara objektivno za štetu ako ih povrijedi uz mogućnost zamjenskih rješenja uz umanjenje cijene (npr. jednokrevetna soba, dvokrevetna soba, dvokrevetna soba s bračnim krevetom, trokrevetna soba, višekrevetna soba s krevetima za djecu i slično), 2) usluge prema opremi usluga, za koje ugostitelj odgovara objektivno jedino ako je to njegova obveza prema kategoriji objekta ili su izričito ugovorene (npr. telefon, televizija, radio, klima, minibar, kada, tuš, odvojene

173 Donhauser, G., *Vertragsrecht, Schuldrecht, Sachenrecht, BooksDemand, Ravensburg*, 2004, str. 108.

174 Dettmer, D., Hausmann, T., *Recht in Gastwerbe und Touristik*, Verlag Handwerk und Technik, Hamburg, 2006, str. 164-165. Autori smatraju da postoje samo tri obveze ugostitelja: 1) omogućavanje korištenja hotelske sobe (*Zimmer Gebrauchserhaltung*), 2) održavanje hotelske sobe za vrijeme trajanja smještaja (*Gebrauchserhaltung*) i 3) obveza čuvanja stvari gosta (*Schutz des Gastes vor Schäden*). Wahl, F., *Das Recht für Hoteliers und Gastwirte*, Behr's Verlag, Hamburg, 2001, str. 3200/4. Autor nudi potpuno drukčiju sliku odgovornosti ugostitelja napominjući da su smještaj, usluge, čuvanje osoba i stvari gosta zapravo sporedne usluge i da su glavne obveze ugostitelja: samonadzor u pružanju usluga (*Eigenkontrolle*), raznovrsnost prakse (*Unterschiedliche Praxis*) i kontrola pića i hrane (*Probenentnahme*).

175 Oetker, H., Maultzsch, F., *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3. ed., Springer, Berlin, 2007., str. 305.

176 Mundt, J. W., *Reiseveranstaltung*, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München, 2006., str. 244-245.

kupaonice, balkon, terasa i slično) i 3) usluge prema položaju hotelske sobe, za koje ugostitelj objektivno odgovara u slučaju neispunjenja obveze ili premještanjem gosta u sobe bez tih usluga (npr. pogled na more, pogled na jezero, pogled na bazen, pogled na uređeni park, pogled na ulicu, pogled na planine i slično). Pravni temelj po kojoj ugostitelja može pružati usluge nalazi se u ugovoru o pružanju usluga u paragrafu 611. *BGB-a*, prema kojem je pružatelj usluga osoba koja pruža obećane usluge bilo koje vrste korisniku usluga.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze zaštite i njege osobe gosta** novija je odgovornost njemačkog prava. Do prije desetak godina naime smatralo se, da ista odgovornost ulazi u sferu deliktne izvanugovorne odgovornosti¹⁷⁷. Ugostitelj je odgovoran po načelu pretpostavljene krivnje za svaku štetu koja se dogodi gostu u objektu ugostitelja¹⁷⁸. Posebna je obveza ugostitelja, iz paragrafa 563. *BGB-a*, pružanje njege i izvješćivanje nadležnih tijela u slučaju tjelesne ozljede ili smrti gosta, ali i pružanje pomoći, adekvatne njege i čuvanje u posebnoj prostoriji ozlijeđenog ili umrlog gosta. Po pravnoj prirodi stvari povreda te obveze predstavlja uglavnom samo neimovinsku štetu. Princip ove odgovornosti posebno je važan zbog zaštite i njege djece gostiju¹⁷⁹.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze zaštite tajne i privatnosti gosta** novija je tekovina njemačkog prava. U posljednjih dvadesetak godina u njemačkom su se običajnom pravu profilirala prava gosta na uživanje u hotelskom smještaju bez smetnji¹⁸⁰, nepoželjnih gostiju, upadanja hotelskog osoblja¹⁸¹ ili trećih osoba u sobu gosta. Zaštita tajne gosta posebna je obveza ugostitelja u slučaju da je u hotelu smještena poznata osoba (sportaš, pjevač, političar). Ugostitelj mora dopustiti gostu prijavu pod lažnim imenom radi zaštite njegove privatnosti. Ugostitelj odgovara za

177 Ne samo u njemačkom pravu već i u hrvatskom, a osobito u angloameričkom pravu, tanka je granica između ugovorne odgovornosti za štetu zbog povrede osobe gosta i izvanugovorne deliktne odgovornosti za štetu koju osoba pretrpi. Autor smatra da bi granica trebala biti činjenica koristi li gost u vrijeme nastanka štete (ugovorna odgovornost) ili ne (izvanugovorna odgovornost) usluge ugostitelja.

178 Presuda njemačkog saveznog suda, BGH ZR 142/05 od 18.07.2006., Njemački je savezni sud dosudio naknadu neimovinske štete (**duševne boli i upropaštavanje godišnjeg odmora**) obitelji kojoj je 11-godišnji sin poginuo igravši se na aquaganu ugostitelja u Grčkoj, obrazloživši presudu da je ugostitelj kriv jer nije osigurao zaštitu gosta u vidu čuvara na aquaganu i nije dobio licencu sigurnosti za aquagan.

179 Presuda njemačkog saveznog suda, BGH, ZR 168/05 od 17.07.2008. Ugostitelj je odgovoran na temelju pretpostavljene krivnje za neimovinsku štetu, (**fizičke boli i upropaštavanje godišnjeg odmora**) tešku prehladu djece, čiji su roditelji izričito tražili tople jastuke za spavanje.

180 Mundt, J. W., *Tourismus*, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München, 2006., str. 218: Gost ima pravo u hotelsku sobu postaviti svoje privatne slike, suvenire ili intimnosti, čime javni objekt čini privatnim smještajem za vrijeme trajanja ugovora.

181 Presuda njemačkog saveznog suda, BGH ZR 103/07 od 25.06.2008. Njemački gosti koji rade u koncernu njemačko-španjolskog turističkog društva izdvajali su mjesečno 83 EUR-a za korištenje 15-dnevnog godišnjeg odmora u bilo kojem španjolskom hotelu koncerna, no zbog učestalih kršenja privatnosti u sobama, kopanja po njihovim stvarima i slično, odlučili su pet dana ranije prekinuti godišnji odmor i vratiti se u Njemačku. Ugostitelj je svakome naknadio imovinsku štetu zbog ranijeg odlaska i neimovinsku štetu (**upropaštavanje godišnjeg odmora**) - 996 EUR zbog povrede privatnosti gosta.

nečuvanje tajne koju je saznao od gosta, vidio, doznao ili utvrdio, zbog neimovinske štete počinjene gostu (npr. zbog saznanja o ljubavnici u gostovoj sobi). U posljednje se vrijeme navedene klasične povrede tajni i privatnosti najčešće zamjenjuju novima.¹⁸² Ugostitelj može prekršiti privatnost slanjem telefaksa, maila, telefonskog poziva, SMS-ova, plakatima o prisutnosti gosta (npr. koncerta rock zvijezde)¹⁸³ i slično. Ugostiteljeva ugovorna odgovornost u svim je tim slučajevima temeljena na načelu pretpostavljene krivnje.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze zaštite stvari gosta** temelj ima u ugovoru o ostavi (paragrafi 688-700 *BGB-a*), ali se pravila o takvoj odgovornosti ugostitelja nalaze u paragrafima 701-704 *BGB-a*, u kojima se regulira odgovornost gosta u restoranima i podredno hotelima ugostitelja. Ugostitelj je odgovoran za štetu koja je nastala oštećenjem, uništenjem ili nestankom stvari gosta, osim ako je stvar oštećena uslijed ratnih operacija ili više sile, a nije riječ o vozilu, stvari u njima ili živim životinjama (za koje ugostitelj ne naknađuje štetu gostu (paragraf 701.). Za štetu na stvarima koje su unesene u objekt, ugostitelj će odgovarati ograničeno do iznosa sto puta većeg od cijene smještaja, u minimalnom iznosu od 600 EUR-a, a maksimalnom od 3500 EUR-a, a za novac, vrijednosne papire i dragocjenosti od 800 do 3500 EUR-a za pojedinu štetu na stvari (paragraf 702. stavak 1.). Ugostitelj je neograničeno odgovoran (paragraf 702. stavak 2.) za štetu na stvarima gosta u tri slučaja: 1) kada je stvar oštećena krivnjom ugostitelja ili osoba za koje on odgovara, 2) kad je stvar oštećena za vrijeme čuvanja u sefu ili posebnoj prostoriji¹⁸⁴ i 3) zbog štete na stvari koju je ugostitelj odbio primiti na čuvanje. Ugostitelj može bez odgovornosti odbiti primanje stvari na čuvanje kad se radi o prevrijednim stvarima (u odnosu na vrijednost objekta) ili opasnim stvarima (paragraf 702. stavak 3.). Njemačko pravo poznaje i prethodno oslobađanje odgovornosti ugostitelja za štetu na stvarima (ugovorom, izjavom), ali samo u slučaju da je gost obaviješten i za iznos štete prelazi iznos od 3500 EUR-a (paragraf 703.).

3.4. Italija

Italija ima dugu tradiciju¹⁸⁵ poznavanja izravnog ugovora o hotelskim uslugama (*il contratto d'albergo*). Prvi razlog tomu je što je još u starom *Codice civileu* iz 1865. godine bila regulirana materija odgovornosti ugostitelja za štetu na stvarima

182 Hinterhuber, H. i dr. Kundenmanagement als Erfolgsfaktor, Schmidt, E., Verlag, Berlin, 2004., str. 47.

183 Jedan je bavarski ugostitelj 1998. godine (Dreyer vs. Flentge 1998.) u dobroj namjeri objavio cjelokupni raspored boravka pjevačke rock zvijezde u svim hotelima za vrijeme turneje, tako da je pjevač morao zamijeniti hotelski smještaj u drugim hotelima (*nelagoda*). Slučaj je završen nagodbom.

184 Presuda njemačkog saveznog suda, BGH ZR 33/79 od 13.02.1980: Gost mora dokazati da mu je u objektu ugostitelja nestala stvar, odjeća u garderobi ili dragocjenosti koje nije predao na čuvanje, kako bi ugostitelj bio odgovoran za štetu.

185 D'Amelio, M., Sulla responsabilità degli albergatori nei furti ai viaggiatori, RDC, Milano, 1911; De Rugero R., La riforma del Codice Civile circa la responsabilità degli albergatori, Napoli, 1917; Giovene A., Il contratto d'albergo, RDC, Milano, 1940.

gosta, a drugi je razlog što je u talijanskim gradovima (poput Venecije, Rima i Napulja), suvremeni turizam najranije zaživio. U tim je ranim radovima, slično kao u francuskom pravu, pravna teorija posvećivala najviše pozornosti odgovornosti ugostitelja (*l'albergatore*) za donesene stvari gosta (*cliente, albergato, viaggiatore*).

Potreba za jačom protekcijom gosta u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama, donijela je i do novih shvaćanja ugovorne odgovornosti ugostitelja prema gostu. Iako je još i danas izravni ugovor o hotelskim uslugama dio poslovnih običaja u talijanskom ugostiteljstvu, njegov utjecaj na druge turističke ugovore od velikog je značenja. Ugovor o ostavi (*deposito in albergo*), uređen odredbama *Codice Civilea*, ima dvojaku prirodu: prvo, dio je ugovora o hotelskim uslugama i posebni je ugovor nastao iz ugovora o hotelskim uslugama. Pretežno je shvaćanje talijanske pravne teorije da izravni ugovor o hotelskim uslugama nije imenovana vrsta ugovora (*il contratto tipo*), već ugovor *sui generis* koji predstavlja skup poslovnih običaja između turističkih subjekata¹⁸⁶.

Propisi, koji u talijanskom pozitivnom pravu reguliraju ugovornu odgovornost ugostitelja za štetu počinjenu gostu nalaze se u četiri izvora prava¹⁸⁷: 1) u *Codice civile-u* (iz 1942.), člancima 1783-1786.¹⁸⁸, 2) u zakonu broj 35 iz 1977, o naknadi za štetu za donesene stvari u hotel, 3) u zakonu broj 316 od 1978. godine, kojemu je ratificirana Europska konvencija o odgovornosti ugostitelja za stvari donesene u hotel i 4) u zakonu broj 217 iz 1983. godine, o turizmu i procesima usmjerenim ka promicanju turizma.

Razvoj pravne teorije o obvezama ugostitelja prema gostu u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama, svoju je ekspanziju doživio sredinom 20. stoljeća. Suvremena talijanska teorija poznaje četiri glavne obveze¹⁸⁹ ugostitelja u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama: 1) obveza pružanja smještaja (*alloggio*) i prehrane (*vitto*) ako je ugovorena, 2) obveza pružanja akcesornih usluga (*prestazioni accessorie di tutti i servizi previsti dalla struttura d'albergo*), 3) obveza brige za osobu gosta (*nei confronti delle persone alloggiate*) i 4) obveza čuvanja stvari gosta (*le cose portate in albergo*).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja smještaja gostu** temeljna

186 De Gennaro, G., *Del deposito in albergo*, CCC, Firenze, 1947., str. 279-280.

187 D'Ettore, F. M., Marasciulo, D., *Il contratto d'albergo - profili civilistici: La responsabilità dell'albergatore nel quadro della disciplina codistica vigente*, Giuffrè Editore, Milano, 2008., str. 47.

188 Članci 1783-1786. *Codice Civilea* uređuju sljedeće institute: članak 1783. Odgovornost za stvari donesene u hotel (*Responsabilità per le cose portate in albergo*), članak 1784. Odgovornost za stvari -predane na čuvanje i obveze ugostitelja (*Responsabilità per le cose consegnate e obblighi dell'albergatore*), članak 1785. Granice odgovornosti (*Limiti di responsabilità*), članak 1785bis. Odgovornost po krivnji ugostitelja (*Responsabilità per colpa dell'albergatore*), članak 1785-ter. Obveza prijave štete (*Obbligo di denuncia del danno*), članak 1785-quater. Ništavost evikcije od odgovornosti (*Nullità*), članak 1785quinqües. Ograničenja primjene (*Limiti di applicazione*) i članak 1786. Prostori i lokali slični hotelima (*Stabilimenti e locali assimilati agli alberghi*).

189 De Gennaro, G., op. cit., str. 668. Fragalli M., *Albergo (Contratto di)*, Enciclopedia del diritto, I, Roma, 1958, str. 963; G. Funaioli: *Albergatore, albergo*, Novis, Milano, 1980, str. 440-441; G. Iorio: *Natura del contratto d'albergo e prestazioni accessorie*, NGCC, Milano, 2002, str. 52.

je obveza ugostitelja¹⁹⁰ bez koje nema¹⁹¹ izravnog ugovora o hotelskim uslugama. Osnovno je pravilo da ugostitelj mora pružiti gostu smještaj u objektu dostojnom hotelske djelatnosti (*immobile adibito ad attività alberghiera*)¹⁹². Objektivna je odgovornost ugostitelja ukoliko ne zadrži rezervaciju sobe gostu. Talijansko pravo poznaje dvije vrste rezervacija¹⁹³: jednostavnu (*semplice*) rezervaciju i rezervaciju uz sklapanje ugovora (*conclusione del contratto*). Ukoliko dođe do *overbookinga*, ugostitelj ima obvezu smjestiti gosta u najbliži hotel iste ili više kategorije. Obveza pružanja smještaja podrazumijeva pružanje uređene sobe (*abitativa arredata*) i udobnosti gostu¹⁹⁴, te odgovarati vrijednosti cijene¹⁹⁵ koju je gost platio¹⁹⁶. Ukoliko su ugovoreni pansion ili polupansion, ugostitelj ima i obvezu pružanja prehrane. Ugostitelj ima obvezu pružiti smještaj svakome, bez diskriminacijskih osnova. U suprotnom, odgovara objektivno za imovinsku i neimovinsku štetu. Jedino u dva slučaja ugostitelj može odbiti primanje gosta: 1) u slučaju nedostatka slobodnog smještaja i 2) u slučaju da gost nema identifikacijske dokumente.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja akcesornih usluga** gostu u talijanskoj je pravnoj teoriji snažno elaborirana. Akcesorne usluge, koje je ugostitelj dužan pružiti gostu sistematizirane su u tri kategorije¹⁹⁷: 1) minimalni sadržaj (*contenuto minimo*) akcesornih usluga, koji obuhvaća: čišćenje sobe, promjenu posteljine, uporaba tople i hladne vode, korištenje električne energije, upotreba kupaonice pružanje prehrane i pića i slično, 2) akcesorne usluge kojim se

190 Presuda talijanskog vrhovnog suda, Cass Civ, III, no. 479 od 14.02.1976; karakteristika izravnog ugovora o hotelskim uslugama jest pružanje „fundamentalnih“ usluga, od kojih je smještaj najznačajnija.

191 Zuddas G., *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, TDC Buonocore, Torino, 2006, str. 7; Zuddas primjećuje da sama usluga smještaja, bez obzira na važnost, nije dovoljna za sklapanje ugovora; minimalni sadržaj ugovora obuhvaća i sve ostale usluge, ma koliko bile akcesorne.

192 Presuda talijanskog vrhovnog suda, Cass Civ, III, no. 707 od 22.01.2002. Ugostitelj odgovornost proteže i na pružanje smještaja u hotelskom objektu koji je dostojan obavljanja hotelske djelatnosti.

193 Kod „jednostavne“ rezervacije, gost ima obvezu dati samo osnovne podatke, ugostitelj će ga teško identificirati i u slučaju da se gost ne pojavi, mora ga svejedno čekati sa smještajem (ovisi o korektnosti gosta). Rezervacija uz sklapanje ugovora je pogodnija jer gost kod iste mora uplatiti avans, kaparu ili depozit, tako da je ugostitelj namiren i u slučaju da se gost ne pojavi.

194 Presuda talijanskog vrhovnog suda, Cass Civ, III, no. 1269 od 11.05.1973. Sud je definirao izravni ugovor o hotelskim uslugama kao mješoviti obvezni odnos s višetrakim uslugama među kojima je obveza da se gostu pruži uživanje u udobnom smještaju, nauštrb neugodnosti (*upropaštavanje godišnjeg odmora*).

195 Bussoletti, M., *Albergo (contratto di)*, Enciclopedia Giuristica Treccani, Milano, 1988, str. 5; Geri V.: *Albergatore (Responsabilità dell’)*, NDI, Torino, 1980, str. 200. M.Fragalli, op. cit., str. 969; Izravni ugovor o hotelskim uslugama u Italiji je isključivo onerozan, isključuje se besplatni smještaj.

196 Presuda talijanskog vrhovnog suda, Cass Civ, III, no. 1548 od 25.05.1953; sud je utvrdio da ugostitelj mora pružiti smještaj i ostale usluge koji čine ekvivalent cijene koje je gost platio i koje su određene u hotelskim tarifama.

197 Gabrielli, E., *L’oggetto del contratto*, RDC, Milano 2001, str. 37.

podizhu hotelske usluge (*che rendono piu confortevole il soggiorno*): nošenje prtljage, usluge u sobama, televizija, satelitska televizija, bazen, dvorana, saloni za zdravlje, fitness, wellness i slično, i 3) akcesorne usluge koje zadovoljavaju posebne zahtjeve gosta (*concreta specifica domanda*)¹⁹⁸: makrobiotička prehrana, biljni napici, izleti u okoliš, posebne sportske usluge, masaže, posebne zdravstvene terapije i slično.

Odgovornost ugostitelja za povrede **obveze brige prema osobi gosta**, odgovornost je suvremenijeg tumačenja¹⁹⁹ izravnog ugovora o hotelskim uslugama. U okviru iste obveze ugostitelj je dužan činiti čitav niz radnji radi zaštite osobe gosta: nadzor objekta, higijena, tehnička sigurnost prostorija i slično. Ugostitelj „odgovara“ objektivno gostu zbog povrede iste obveze i kada nije kriv za štetu²⁰⁰. Turistička praksa i pravna teorija u Italiji izdvojili su obveze ugostitelja prema osobi gosta: 1) ugostitelj je dužan imati ili hitno pozvati liječnika u slučaju da se gost razboli ili ozlijedi, 2) ugostitelj mora utvrditi boluje li gost od zarazne bolesti i odmah ga izolirati i/ili mu otkazati smještaj, 3) ugostitelj je dužan obavijestiti obitelj i nadležne institucije u slučaju smrti gosta, 4) ugostitelj je suodgovoran s roditeljima i babicom za obavijesti o rođenju djeteta i 5) ugostitelj treba korektno ponuditi naknadu svim gostima koji su pretrpjeli fizičku ili duševnu štetu zbog njegove krivnje (npr. zbog pada po neodržanim stubama) ili štete za koju on iznimno objektivno odgovara (npr. zbog pada u kadi u kojoj nije bilo ručki za prihvat za koje bi se gost mogao primiti da su iste bile postavljene).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze čuvanja stvari gosta** postoji u slučaju uništenja (*distruzione*), oštećenja (*detrimento*) ili nestanka (*sottrazione*) stvari (*cose*). Obveza čuvanja stvari posebni je objekt (*oggetto*)²⁰¹ ugovora. Ista je regulirana je *Codice Civileom* i navedenim popratnim zakonima (koji su novele *CC-a*). Opće pravilo o ograničenoj, neograničenoj i isključenoj ugovornoj odgovornosti ugostitelja za stvari gosta utemeljeno je u člancima 1783. i 1785. *quinquies CC-a*. *CC* razlikuje stvari koje su donesene (*portate*) u hotel i stvari koje su predane na čuvanje (*consegnate in custodia*) ugostitelju. U slučaju štete na donesenim stvarima u hotel, ugostitelj će odgovarati po načelu objektivne odgovornosti (ako gost dokaže štetu) ali ograničeno do iznosa koji je 100 puta veći od iznosa koji gost

198 Presuda talijanskog vrhovnog suda, Cass Civ, II, no. 9662 od 24.07.2000. Akcesorne usluge po posebnom zahtjevu gosta imaju svoju posebnu cijenu koja se plaća uz glavnu cijenu ugovora.

199 Benatti, F., Osservazioni in tema „doveri di protezione“, RTDPC, Venezia, 1960, str. 1342: Talijanska teorija prihvatila je razlučivanje ugostiteljevih obveza zaštite gosta i obveze pružanja usluga, gdje je ova zadnja tipična za ugovor o hotelskim uslugama, a prva obveza ugostitelja prema općem građanskom pravu.

200 U Italiji je sudska praksa utvrđivala odgovornost ugostitelja za osobu gosta i za pad po neosvijetljenim stepenicama, podignutom tepihu i u kadi u kojoj nije bilo ručki za prihvat (**fizičke boli, duševne boli, upropaštavanje godišnjeg odmora, nezadovoljstvo zbog stanja hotela**, itd.). Po deliktnoj odgovornosti krivnje nema, ali s aspekta ugovorne odgovornosti za osobu gosta, ugostitelj je odgovoran objektivno.

201 Gitti, G., Problemi dell'oggetto, Vincenzo Roppo, Milano, 2006, str. 3: Problem odredbi *CC-a* jest da izraz „oggetto“ može značiti usluga, ekonomsko dobro, obveza ili čin, te je u današnjem pravu nedovoljan.

plaća za smještaj u objektu (članak 1783.). Ugostitelj će odgovarati neograničeno i po principu objektivne odgovornosti za štetu počinjenu na predanim stvarima²⁰² ili zbog odbijanja primitka stvari (članak 1784.).²⁰³ Po principu pretpostavljene krivnje odgovarat će u slučaju da je šteta počinjena krivnjom ugostitelja ili osoba za koje odgovara (članak 1785. *bis*). Ugostitelj može odbiti bez snošenja odgovornosti, samo opasne stvari (*oggetti pericolosi*) ili stvari previsoke (*valore eccessivo*) vrijednosti (članak 1784. stavak 2.). Ugostitelj nije odgovoran za štetu u slučaju krivnje gosta ili osobe za koju gost odgovara, u slučaju više sile i zbog prirode stvari. Ništave su odredbe ugovora ili izjava kojima se prethodno ograničava ili isključuje ugostiteljeva odgovornost (članak 1785. *quater*). Ne postoji ugovorna odgovornost ugostitelja za štetu na vozilima, stvari u njima i živim životinjama (članak 1785. *quinquies*), ako nije ugovoreno drukčije (npr. ugovorom, predajom ključa osoblju ili plaćanjem parkirnog računa).

3.5. Ujedinjeno Kraljevstvo

Tradicija²⁰⁴ poznavanja ugovornog odnosa (*hotel keeper's contract*) između ugostitelja (*hotel keeper*) i gosta (*guest*) u pravu Ujedinjenog Kraljevstva puno je duža u odnosu na prava eurorimskog kontinentalnog sustava. Institut ugovorne odgovornosti ugostitelja za štetu gostu rascjepkan je, karakteristično za pravo UK-a, između mnogobrojnih izvora prava²⁰⁵: od presedana *common lawa* do zakonodavnih rješenja. Uvriježeno je mišljenje teoretičara Velike Britanije da izravnom ugovoru o hotelskim uslugama obvezno prethodi ugovor o rezervaciji (*the contract of booking*)²⁰⁶, osim kad je gost nazočan u objektu ugostitelja. Pravo Velike Britanije specifično razlikuje dvije vrste ugovorne odgovornosti ugostitelja prema gostu kod izravnog ugovora o hotelskim uslugama.: 1) ugovorna odgovornost ugostitelja kao držatelja (*occupier*) hotelskog objekta i 2) ugovorna odgovornost ugostitelja kao

202 Geraci, L., Bennati, F., *Il contratto d'albergo e la responsabilita dell'albergatore*, Corti di Brescia, Venezia e Trieste, Venezia, 1975, str. 160-161; oneroznost ugovora o hotelskim uslugama isključena je samo kod predaje stvari na čuvanje (1784. CC-a); gdje je izravni ugovor o hotelskim uslugama besplatan.

203 De Gennaro, G., op. cit., str. 668: Odgovornost za „čuvane“ stvari je efekt ugovora o hotelskim uslugama.

204 Prve publikaciju s presudama od kojih su neke vezane i za odnos između hotelijera i gosta izdane su još krajem 19. stoljeća: *The Scottish law reporter: Cases decided in the Court of Session, Court of Justiciary, Court of Teinds, and House of Lords*, W.&R.A. Veitch, Glasgow, 1881, str. 555-557; sažetkom odluka sudske prakse hoteli su licencirana mjesta gdje ugostitelji pružaju gostima usluge smještaja, hrane i pića za određenu cijenu; *Scotland Court of Session, Scotland High Court of Justiciary, Great Britain, Parliament, House of Lords: Cases Decided in the Court of Session, Court of Justiciary, and House of Lords*, T. & T. Clark, London, 1881, str. 799-801. Pružanje usluga u objektu koji nema hotelsku licencu jest zakup a ne ugovorni odnos između ugostitelja i gosta.

205 Boella, J., Pannett A., *Principles of hospitality law*, 2nd ed., Cengage Learning EMEA, Brighton, London, 1999, str. 1-4. Autori ističu da se izvori prava ugovora o hotelskim uslugama nalaze u: 1) zakonodavstvu (*legislation*), 2) poseban zakon nastao iz *precedenta* (*statute law*), 3) pravo presedana (*common law*) i 4) pravo Vrhovnog suda po pravnim lijekovima (*equity law*).

206 Hutton, J., Baker, S., Bradley, P., *Principles of Hotel Front Office Operations*, Cengage Learning EMEA, Brighton, London, 200 str. 63-64.

vlasnika (*proprietor*) hotela.

Ugovorna odgovornost ugostitelja, kao držatelja prostora (*occupier*), uključuje uglavnom zakonske obveze (*statutory duties*) ugostitelja prema gostu: 1) odgovornost ugostitelja za razumnu pažnju (*common duty of care*) prema gostu regulirana je u *Occupier's Liability Act-u* (*OLA*) iz 1957. godine (dopunjenom 1984. godine), 2) odgovornost ugostitelja za javno zdravlje gostiju (*public health*) regulirana je u *Environmental Protection Act-u* (*EPA*) iz 1990. godine, 3) odgovornost ugostitelja za zaštitu gosta od požara (*fire safety*) regulirana je u *Fire Precautions Act-u* (*FPA*) iz 1971. godine i 4) odgovornost ugostitelja za izgubljeno vlasništvo gosta (*lost property*), sigurnost gosta (*security*) i čuvanje parkiranih vozila (*car parks*), regulirana je sudskom praksom. Ugovorna odgovornost ugostitelja, kao vlasnika hotela (*proprietor*), bazirana na *Hotel Proprietors Act-u* (*HPA*) iz 1956. godine, sastoji se iz tri glavne zakonske obveze (*statutory duty*) ugostitelja: 1) obveza pružanja smještaja (*accommodation*), 2) obveza pružanja osvježenja gostu prolazniku (*traveler's refreshment*) i 3) obveza čuvanja vlasništva gosta (*guest property*).

Temeljem navedenih obveza ugostitelja, pravna teorija u Velikoj Britaniji²⁰⁷ izdvaja četiri glavne obveze ugostitelja prema gostu, povreda koje uključuju odgovornost ugostitelja za imovinsku i neimovinsku štetu gostu: 1) obveza pružanja smještaja (*accommodation*), 2) obveza pružanja osvježenja (*refreshment*), 3) obveza pažnje, zaštite i sigurnosti gosta (*guest's care, protection and security*) i 4) obveza čuvanja vlasništva gosta (*guest property*).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja smještaja gostu** proizlazi iz obveze ugostitelja kao vlasnika hotela prema *HPA-u*. Iako obvezi pružanja smještaja može prethoditi ugovor o rezervaciji (*contract of booking*), obveza se može ispuniti i neposredno. Opće pravilo iz članka 1.3. *HPA*, navodi da je ugostitelj dužan primiti u hotel svakog gosta koji to od njega zatraži, ukoliko: 1) je gost u normalnom stanju za primanje (*fit state to be received*)²⁰⁸, 2) ukoliko je sposoban platiti smještaj (*able to pay a reasonable sum*) i 3) ukoliko ima slobodnih soba u hotelu²⁰⁹. Specifičnost prava Velike Britanije je da ugostitelj ne može, kao u eurokontinentalnim sustavima, premjestiti gosta u hotel iste kategorije ili unutar iste kompanije u slučaju *overbookinga*, nemogućnosti ili odbijanja ispunjenje obveze smještaja.²¹⁰ U istim je slučajevima objektivno odgovoran za neimovinsku štetu gosta. Ugostitelj ne može

207 Boella, J. Pannett, A., op. cit., str. 65-167.

208 Presuda HCJ (*High Court of Justice*) SC 805. iz 1920. godine, Rothfield vs. North British Hotels (1920.). Ugostitelj nije odgovoran zbog odbijanja primanja ili udaljavanja gosta koji drugim gostima remeti mir u hotelu. Njemački biznismen udaljen je iz hotela zbog averzije svih gostiju (napadno je nudio poslove).

209 Presuda HCJ KB 696. iz 1902. godine, Browne vs. Brandt (1902.). Ugostitelj nije bio odgovoran što je odbio goste koji su došli u hotel u dva sata ujutro (pretrpjeli prometnu nesreću) i tražili da spavaju u hodniku hotela, stoga što nije imao slobodnih soba.

210 Presuda HL (House of Lords) ER 171. iz 1944. godine; Constantine vs. Imperial London Hotels Ltd. (1944.). Ugostitelj je odgovoran za neimovinsku štetu (**duševne boli**) jer je odbio primiti gosta, indijskog igrača kriketa, zbog toga što je crnac i uputio ga u hotel iste kompanije koji prima crnce. Kasnije je to postala i zakonska zabrana po *Race Relations Act-u* 1974.

odbiti pružanje²¹¹ smještaja zbog: 1) kašnjenja gosta ili dolaska gosta u hotel usred noći i 2) odbijanja otkrivanja identiteta ili adrese gosta. Pružanje akcesornih usluga gostu (osim usluga iz obveze osvježenja) u britanskom pravu ulazi u institut smještaja gosta u hotelu.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pružanja osvježenja gostu** odgovornost je vrlo dvojbene prirode za izravni ugovor o hotelskim uslugama iz dva razloga: 1) ista se odnosi samo na gosta prolaznika (*traveller*) te izlazi iz okvira izravnog ugovora o hotelskim uslugama i 2) ista predstavlja odgovornost ugostitelja kao vlasnika hotela, a nije pokrivena odredbama *HPA* između ugostitelja i gosta, već proizlazi iz *common lawa*.

Obveza je ugostitelja pružiti gostu prolazniku razumno osvježenje (*reasonable refreshment*) u svako doba dana i noći. Isto podrazumijeva pružanje usluga korištenja kupaonice, bara i restorana. Pružanje pića i hrane unutar instituta osvježenja moguće je odbiti samo uz opravdani razlog (npr. noću je kuhinja zatvorena), sukladno članku 1.3. *HPA*. Ipak, obveza pružanja razumnog osvježenja prolazniku subordinirana je obvezama prema hotelskim gostima. Ugostitelj ne mora pružiti razumno osvježenje prolazniku, ako bi time oštetio hotelskog gosta²¹². Ugostitelj može, iz opravdanog razloga, odbiti prolaznike koji nemaju rezervacije, a resursi ugostitelja su popunjeni, stoga ugostitelj ima pravo tražiti rezervacije od prolaznika. Ugostitelj može odbiti pružiti razumno osvježenje prolazniku, koji je u hotelski objekt doveo psa ili neku drugu životinju iz razloga higijene, zaraze ili smetnje²¹³.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze pažnje, zaštite i sigurnosti gosta** proizlazi iz obveza ugostitelja kao držatelja prostora po članku 2. *OLA-a*. Ugostitelj se obvezuje pružati svim gostima zajedničku (*common duty of care*) i razumnu pažnju (*reasonable care*)²¹⁴ po načelu „dobra susjeda“ (*neighbour principle*)²¹⁵. Ugostitelj odgovara po načelu pretpostavljene krivnje ako se gost ne osjeća razumno siguran (*reasonably safe*)²¹⁶. Ugostitelj može ograničiti ili isključiti odgovornost za razumnu

211 Presuda suda Walesa no. 213 iz 1835. godine; *Rex vs. Ivens* (1835.). Ugostitelj je odgovarao za neimovinsku štetu (*nezadovoljstvo*) jer je odbio gosta koji je usred noći, bez predstavljanja, tražio smještaj.

212 Presuda CA (*Court of Appeal*) KB 165. iz 1948. godine; *R. vs. Higgins* (1948.). Ugostitelj nije odgovoran zato što je obitelji prolaznika odbio poslužiti ručak (nudeći samo sendviče) jer je čuvao obroke za večeru hotelskih gostiju.

213 Presuda HCJ QBD 136. iz 1877. godine; *Regina vs. Rymer* (1877.). Ugostitelj je imao pravo udaljiti gosta prolaznika koji je u hotel ušao sa psom, budući da je pas nehigijeničan i predstavlja mogućnost zaraze ili smetnje hotelskim gostima.

214 Presuda HL (*House of Lords*) ER 449. iz 1953 godine; *Latimer vs. AEC Ltd.* (1953.). Ugostitelj nije odgovoran za neprimjenu razumne pažnje zbog nemara (*negligence*) gosta, koji je pretrpio ozljede u požaru, spavajući na podu (jedinom mjestu gdje piljevina za gašenje požara nije djelovala) za vrijeme oluje.

215 Presuda HL ER 562. iz 1932. godine; *Donoghue vs. Stevenson* (1932.). Ugostitelj je odgovoran za neimovinsku štetu (**fizičke boli**) zbog teških želučanih smetnji gosta, kojem je u sladoled stavio opaki alkohol, zbog kršenja načela dobrog susjeda (volite svog susjeda), po kojem se mora odnositi prema gostu.

216 Presuda HCJ ER 729. iz 1983. godine; *Salmon vs. Seafarer Restaurants Ltd.* (1983.). Ugostitelj je odgovoran zbog povrede „razumne sigurnosti“ gosta (**patnja**), požarom nastalim nepažnjom osoblja.

brigu ugovorom (*exclusion clauses*) ili objavom (*warning notices*). Osobitost je britanskog prava načelo o umanjenju odgovornosti ugostitelja (*contributory negligence rule*) za štetu gosta, ako je šteta nastala zbog nepažnje gosta²¹⁷. Ugostitelj je objektivno odgovoran za štetu njegovoga osoblja (*vicarious liability*)²¹⁸. Ugostitelj odgovara po načelu pretpostavljene krivnje za zaštitu zdravlja gostiju (*public health*) prema EPA-u (npr. ako se gost nakon jela ne osjeća zdravo i sigurno) i po načelu dokazane krivnje, zbog povrede sigurnosti gosta od požara (*fire safety*) prema FPA-u, (npr. ako nije imao vanjske požarne stube)²¹⁹.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze čuvanja vlasništva gosta** razlučuje se na odgovornost držatelja prostora za izgublenu imovinu (*lost property*), prema presedanima i odgovornost vlasnika hotela za donesene (*received*) i čuvane (*deposited*) imovine prema HPA-u. Obveza je ugostitelja kao držatelja, za svaku izgublenu imovinu gosta, pronaći gosta i dostaviti mu istu ili je prodati nakon proteka određenog roka u kojem se nije javio vlasnik.²²⁰ Ugostitelj je kao vlasnik, po članku 1.1. HPA, objektivno odgovoran (*strict liability*) za oštećenje (*damage*), gubitak (*loss*) ili uništenje (*destruction*) imovine gosta, osim za vozila, imovinu u njima i žive životinje, sukladno članku 2.2. HPA²²¹. Ugostitelj može odbiti primiti imovinu²²² gosta ako se radi o opasnim stvarima. Ugostitelj odgovara za štetu na imovini gosta: a) ograničeno do iznosa od 50 £ za pojedinu stvar ili ukupno do 100 £ za štetu na donesenoj imovini, b) neograničeno za čuvane stvari, zbog svoje ili krivnje njegova osoblja i zbog odbijanja primanja stvari na čuvanje, c) ne odgovara u slučaju više sile (*act of God*), rata (*actions of the Queen's enemies*) ili krivnje gosta²²³.

217 Presuda CA ER 1016. iz 1974. godine; Stone vs. Taffe (1974.). Ugostitelj je bio 50% odgovoran po načelu *contributory negligence rule*, zbog smrti gosta (**duševne boli**) koji je pio cijelu noć i pao kroz neosvijetljene stube. Nemar gosta (pijanstvo) čini ga odgovornim za drugih 50% štete.

218 Presuda CA ER 97. iz 1976. godine; Rose vs. Plenty (1976.). Ugostitelj je bio objektivno odgovoran za štetu jer je konobar prolio dijete s vrućim mlijekom (**fizičke boli i upropaštavanje godišnjeg odmora**).

219 Presuda HCJ KBD 325 iz 1917. godine; Maclenan vs. Segar (1917.). Ugostitelj je odgovarao zbog povrede sigurnosti gosta (manjak požarnih stuba), koji se ozlijedio skačući kroz prozor sobe u požaru (**fizičke boli**).

220 Presuda CA QB 1004. iz 1982. godine; Parker vs. British Airways Board (1982.). Ugostitelj je bio odgovoran i za kompenzaciju trećoj osobi koja mu je donijela izgublenu stvar, ako se vlasnik nije javio.

221 Presuda HL ER 278. iz 1951. godine; Williams vs. Linnitt (1951.). Ugostitelj je, prije donošenja HPA, bio objektivno odgovoran za štetu na vozilima gostiju. HPA je promijenio taj *common law* princip.

222 Presuda CA QB 501. iz 1895. godine; Robins vs. Gray (1895.). Ugostitelj je mogao odbiti primiti stvari izvan prtljage iz valjanog razloga (opasnosti), ali mora primiti prtljagu gosta, osim ako sumnja u opasnost.

223 Presuda CA SJ 155. iz 1928. godine; Chamier vs. De Vere Hotels Ltd. (1928.). Ugostitelj nije bio odgovoran za gubitak zlatne ogrlice gosta koju je isti ostavio u ladici sobe, zbog krivnje nepažnjom gosta.

3.6. Sjedinjene Američke Države

Pravo Sjedinjenih Američkih Država ima vjerojatno jednako dugu tradiciju²²⁴ poznavanja izravnog ugovora o hotelskim uslugama²²⁵ (*hotel (in)keeper's contract*) kao niza odnosa između ugostitelja (*inkeeper*) i gosta (*guest*) u sustavu *precedenata common lawa*, kao i pravo Ujedinjenog Kraljevstva. Štoviše, često ga je i teško razdvojiti. Američki sudovi u obrazloženju odluka često koriste *precedentna* rješenja sudova UK-a i *vice versa*. Odgovornost ugostitelja za štetu gostu regulirana je kroz brojne starije presedane i novije posebne zakone, ali je posebnost izvora prava najbitnija značajka prava SAD-a²²⁶.

Odgovornost ugostitelja u pravu SAD-a podijeljena je na zakonsku (*legal*) i ugovornu (*contractual*) odgovornost. Zakonska odgovornost obuhvaća odgovornost po posebnim zakonima i propisima pojedinih američkih država, dok ugovorna odgovornost obuhvaća (europsku) odgovornost prema gostu²²⁷. S obzirom na navedenu podjelu, obveze ugostitelja sastojat će se od skupa zakonskih obveza²²⁸ i ugovornih obveza ugostitelja. Posebna zanimljivost američkog *hospitality lawa* jest nepoznavanje ugovorne obveze ugostitelja za pružanje akcesornih usluga, čak nepoznavanje ni termin akcesorne usluge! Skup „akcesornih obveza“ predstavlja zakonsku obvezu ugostitelja; iste mora imati, sukladno pozitivnom pravu, za trajanje gostova smještaja²²⁹.

Suvremena pravna teorija SAD-a poznaje više glavnih obveza²³⁰ ugostitelja

224 Prasad, B., *Law of Landlord and Tenant, and of Hotel-keeper and Guest*, Punjab publishing & stationery company, Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1902. str. 156.

225 U pravnoj teoriji SAD-a nema klasičnog termina „izravni ugovor o hotelskim uslugama“, već njihovi pravnici isti ugovor nazivaju „odnosom između ugostitelja i gosta“. Takav je odnos pandan europskom ugovoru o hotelskim uslugama.

226 Goodwin, J. R., Gaston, J. R., *Hotel & Hospitality Law - Principles and Cases*, 4th ed., GS Publishers, Scottsdale, Arizona, 1992, str. 233. Autori napominju da su izvori ugovornih i zakonskih obveza kod hotelskih usluga: *common law, statutory law, contract law, tort law, property law, custom-usage i civil rights law*.

227 Ukoliko je, npr. gost pretrpio štetu zbog lošeg osvjetljenja, tužit će ugostitelja zbog kršenja zakona, a ne zbog kršenja obveze iz ugovora o hotelskim uslugama.

228 Obveza pružanja akcesornih usluga u pravu SAD-a nije ugovorna obveza ugostitelja, već fragmentarni skup zakonskih obveza (o balkonima, stubama, zabavi, sportu, požaru, staklu, wellnessu, telefonima, bazenu) i čini zakonsku odgovornost ugostitelja, sukladno kategorizaciji hotelskog objekta.

229 Pošta i telefonski pozivi za gosta moraju biti vidljivo istaknuti na recepciji hotela, svaki hotel mora imati telefon u svakoj sobi (odluka teksaškog suda u sporu u kojem je jedna žena bila silovana, a nije mogla zvati telefonom iz sobe: *Boles vs. La Quinta Motors Inn, Texas* (1982.)) (*emocionalna trauma*). Balkonci moraju imati minimalnu propisanu visinu po građevinskim propisima (odluka floridskog suda zbog pada jedne žene preko „niskog“ balkona), elitni hoteli moraju imati uz stube i dizalo, a ugostitelj odgovara za štetu počinjenu dizalom bez obzira na odgovornost proizvođača ili održavatelja dizala (*Blansit vs. Hyatt Corp., Louisiana* (1989.)) (*ekstremna patnja*), i slično.

230 Sherry, J. E. H., *The Laws of Inkeepers*, 3rd ed., Cornell University Press, Ithaca, New York, 1993, str. 197. Ugostitelj ima samo tri obveze prema gostu: smještaj (*shelter*), zaštita (*protection*) i hrana (*food*).

prema gostu u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama. Sumiranjem zajedničkih stavova najvažnije obveze ugostitelja su²³¹: 1) obveza primanja gosta (*receive guest*), 2) obveza poštivanja privatnosti gosta (*privacy*), 3) obveza zaštite osobe gosta (*protect guests*) i 4) obveza čuvanja vlasništva gosta (*guest property*).

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze primanja gosta** osnovno je načelo odgovornosti ugostitelja prema gostu. *Common law* SAD-a karakterizira uslugu smještaja u hotelu kao javnu uslugu (*public employment*) svakomu dostupna, tako da ugostitelj mora primiti gosta u hotel²³². Zakon o građanskim pravima iz 1964. godine (*Federal Civil Rights Law*) u paragrafu 2000.a, zabranjuje mjestima javnog primanja ljudi (*public accommodation*) u koje je vrhovni sud SAD-a²³³ uvrstio i hotele, odbijanje primanja bilo kojeg čovjeka na diskriminacijskoj bazi (rasi, vjeri, boji kože, nacionalnosti, godinama, bračnom statusu)²³⁴. Ugostitelj odgovara objektivno za imovinsku i neimovinsku štetu ukoliko odbije primiti gosta. Iznimno, ugostitelj može odbiti primiti gosta, bez snošenja odgovornosti: 1) ako je osoba pijana i neuredna (*drunk or disorderly*), 2) ako boluje od zarazne bolesti, 3) ako osoba želi unijeti u hotel životinju ili stvar opasnu za druge goste (oružje, bombe), 4) ako osoba neće ili ne može platiti hotelske usluge i 5) ukoliko ugostitelj nema slobodnih soba. Ugostitelj ne može odbiti gosta zbog zakašnjenja²³⁵ ili stizanja u neuobičajeni vrijeme (ponoć). Hotel mora biti otvoren 24 sata dnevno. Ugostitelj mora primiti gosta koji je rezervirao sobu. Inače odgovara objektivno za imovinsku i neimovinsku štetu gosta. Posebno je pitanje odgovornosti ugostitelja u slučaju da gost prije kraja ugovora napusti hotel zbog krivnje ugostitelja.²³⁶ Ugostitelj odgovara objektivno i za svaku štetu zbog *overbookinga*.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze poštivanja privatnosti gosta** posebna je odgovornost američkog *common lawa*. Obveza poštivanja privatnosti generalno se sastoji od četiri situacije u kojima ugostitelj mora reagirati radi zaštite privatnosti

231 Jefferies, J. P., *Understanding Hotel/Motel Law*, Educational Institute of the AH&MA, East Lansing, Michigan, 1983., str. 3-36; J. P. Jefferies: *Hospitality Law*, Educational Institute of the AH&MA, East Lansing, Michigan, 1995., str. 33-157.

232 Jefferies, J. P., op. cit., 1983., str. 3; Kalifornijski kazneni zakon (California Penal Code) iz 1970. godine u paragrafu 365., čak određuje da je odbijanja primanja gosta, iz bilo kojeg razloga, kazneno djelo.

233 Presuda vrhovnog suda SAD-a 241. iz 1964. godine, *Heart of Atlanta Motel vs. United States* (1964.).

234 Jefferies, J. P., op. cit., 1983.

235 Presuda suda u NY no. 386. 1971. godine, *Scher vs. LTS, NY* (1971.). Sud je dosudio naknadu imovinske i neimovinske štete (**emocionalni stres i nelagoda**) gostu kojem ugostitelj, usprkos obavijesti o kašnjenju zbog nevremena, nije na Karibima čuvao rezerviranu sobu, a niti je našao smještaj u istom ili nekom drugom hotelu.

236 Presuda suda u NY no. 541. 1974. godine, *Freeman vs. Kiamesha Concord, NY* (1974.). Sud nije utvrdio ugostiteljevu krivnju, stoga što se gost nije osjećao zabavno u hotelu, te napustio hotel prije isteka ugovora. Gost je morao platiti preostali period ugovora i rezervacije.

gosta²³⁷: 1) dopuštenje mirnog boravka gosta u hotelu (*peaceful possession*)²³⁸, 2) nedopuštanje posjeta gostu neregistriranim i neovlaštenim osobama (*unregistered and unauthorized parties*)²³⁹, 3) pažljivo obavljanje čišćenja i spremanja u gostovoj sobi (*routine housekeeping*)²⁴⁰ i 4) poštivanje privatnosti gosta i u izvanrednim slučajevima (*extraordinary situations*)²⁴¹ (npr. požar, krađa, itd.). U sudskoj praksi poznata je i odgovornost za povredu iste obveze nedopuštenim prisluškivanjem telefonskog poziva u sobi gosta²⁴².

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze zaštite osobe gosta** čini nekoliko načela: 1) načelo razumne brige (*reasonable care*)²⁴³ za prevenciju fizičke ili duševne štete gosta; ugostitelj ne garantira sigurnost gosta, ali će odgovarati za nemar (*negligence*)²⁴⁴, 2) načelo priznavanja ugovora ili izjava koji sadrže isključenje ili ograničenje odgovornosti ugostitelja za štetu za koju je odgovoran (*relieve hotels from liability*)²⁴⁵, 3) načelo objektivne odgovornosti za svaku štetu počinjenu gostu od strane njegovih radnika (*hotel employees*)²⁴⁶, 4) načelo odgovornosti ugostitelja

237 Jefferies, J. P., op. cit., str. 13.

238 Presuda suda u Minnesoti no. 1289. 1986. godine; USA vs. Rambo, Minnesota (1986.). Ugostitelj odgovara za gosta koji je cijelu noć hodao gol i vikao po hotelu, uznemirujući sve goste (*zloba*).

239 Presuda suda u Louisiani no. 96. 1977. godine, Campbell vs. Womack, Louisiana (1977.). Sud je odlučio da ugostitelj odgovara (*razočaranje*) ako daje ključ gostove sobe supruzi gosta, koju on nije spomenuo kao sobu koju želi u hotelu, pa je tretirana kao neautorizirana osoba.

240 Presuda Vrhovnog suda SAD-a no. 483. 1964. godine, Stoner vs. California (1964.). Sud je utvrdio da nakon što je gost platio sobu, do njegova odlaska, u smislu poštivanja privatnosti, nitko ne smije ući u sobu.

241 Presuda Vrhovnog suda NY no. 189. 1982. godine, People vs. Lerhinan (1982.). Sud je odlučio da ugostitelj nije imao pravo upasti u sobu gostima zbog traženja ukradenih stvari u hotelu.

242 Presuda suda u Californiji, no. 738. 1979. godine, People vs. Blair (1979.).

243 Presuda suda u Illinoisu no 277. 1977. godine, Yamada vs. Hilton Hotels Gr., Illinois (1977.). Sud je utvrdio standarde razumne brige ugostitelja za osobu gosta; presuda suda u NY 476. 1895. godine, Stott vs. Churchill (1895.). Ugostitelj je odgovoran (*nerazumna briga*) za neispravno dizalo koji je ozlijedio gošću.

244 Presuda Federalnog suda SAD-a no. 76. 1977. godine, Hooks vs. Washington Sheraton Corporation (1977.). Sud je dosudio naknadu štete ugostitelja u visini 4,6 milijuna USD zbog nemara prema gostu (sada kvadripletičaru) koji je zbog nestandardnih pločica (previše skliskih) pao na pod bazena ozlijedivši vrat i kralježnicu (*ekstremna patnja*); presuda vrhovnog suda SAD-a 1210. 1976. godine, Garzilli vs. Howard Jonson's Motor Lodges (1976.). Pjevačicu Connie Francis silovao je manijak koji je ušao u njenu sobu kroz otvorena staklena vrata (izvana se moglo i bez ključa ući u sobu). Sud je utvrdio odgovornost ugostitelja zbog nemara i dosudio naknadu neimovinske štete (*emocionalna trauma*) od 2.5 milijuna USD za pjevačicu i 25.000 USD za supruga zbog duševnih i tjelesnih boli. Slučaj je imao veliki publicitet u SAD-u.

245 Presuda suda u NY no. 962 1961. godine, Ciofalo vs. Vic Tanney Gymnasium, NY (1961.). Sud je priznao valjanost ugovora kojim se ugostitelj unaprijed oslobađa odgovornosti za štetu koju gost pretrpi.

246 Presuda suda u Massachusettsu no. 172. 1956. godine; Crawford vs. Hotel Essex Boston (1956.). Ugostitelj je odgovoran za *nelagodu* koju je gost osjećao zbog vrijeđanja osoblja i upadanja u njegovu hotelsku sobu. Presuda suda u NY no. 669. 1959. godine; McKee vs. Sheraton Russell, Mass. (1959.). Ugostitelj je odgovoran (*nelagoda*) za neukusno nabacivanje kurira ženskoj gošći u njezinj hotelskoj sobi.

po načelu pretpostavljene krivnje za štetu koju gost počini drugom gostu (*other guest damage*)²⁴⁷, te 5) načelo napuštanja principa neodgovornosti ugostitelja za štetu počinjenu uz nepažnju gosta (*contributory negligence rule*) i usvajanje principa umanjene (podijeljene) odgovornosti ugostitelja u slučaju napažnje gosta (*comparative negligence rule*)²⁴⁸.

Odgovornost ugostitelja za povredu **obveze čuvanja vlasništva gosta** utemeljena je na načelu ograničene odgovornosti ugostitelja (*limited liability*)²⁴⁹ za štetu na vlasništvu gosta. Ugostitelj će odgovarati u potpunosti neograničeno za štetu na vlasništvu gosta u slučaju da nije objavio izjavu o ograničenoj odgovornosti ugostitelja (*notice on the limitation of liability*) ili je šteta nastala na dragocjenostima (*valuables*) ili vozilima koje je gost predao na čuvanje u sef (*safe*)²⁵⁰ ili parkiralište²⁵¹. Ugostitelj ne odgovara za dragocjenosti koje nisu predane u sef, ako je na vidljivo mjesto istaknuo izjavu o predaji dragocjenosti u sef (*notice to the guests as to the existence of the safe*)²⁵².

3.7. Europska unija

U Europskoj uniji regulacija ugovora o hotelskim uslugama, po supsidijarnom načelu iz članka 5. ugovora o Europskoj zajednici, ostavljena je zakonodavstvima država članica. U tom smislu europsko pravo o ugovornoj odgovornosti ugostitelja za štetu gostu jest pravo pojedinih država članica. Dvije su, međutim, iznimke od tog pravila: 1) Vijeće Europe je 1962. godine usvojilo Europsku konvenciju o odgovornosti ugostitelja (hotelijera) za imovinu njihovih gostiju, čime je regulirana odgovornost ugostitelja za stvari (imovinu) gosta i 2) zakonodavstvom Europske unije, preporukama i smjernicama, na posredan je način reguliran dio odgovornosti ugostitelja prema gostu.

Europska konvencija o odgovornosti ugostitelja (hotelijera) za imovinu

247 Presuda suda u NY no. 567. 1938. godine, Schubert vs. Hotel Astoria, NY (1938.). Ugostitelj je odgovoran zbog ozljeda (**fizičke boli**) koje su nanesene starijoj gospođi od mase gostiju koji su trčali da vide momčad američkog nogometa zbog krivnje što čuvar na vratima hotela nije kontrolirao ulaz.

248 Do prije 20-ak godina, ugostitelj uopće nije odgovarao za štetu po načelu *contributory negligence rule*. U presudi suda u Nebraski, no. 687. 1974. godine, Kurna vs. Byron Reed Syndicate, Nebraska (1974.). Ugostitelj koji nije rekao da ima dvostruka staklena vrata, nije bio odgovoran za rasječen nos gosta koji ih nije vidio. Danas je u SAD-u na snazi načeo *comparative negligence rule* po kojemu ugostitelj odgovara do 50% iznosa štete gostu za štetu uz njegovu nepažnju, ako nije utvrđen drugi postotak odgovornosti.

249 Ograničena odgovornost u sobama po *statutory lawu* obično iznosi do 500 USD (Cohen vs. Janlee Hotel, NY 1950), u restoranu do 75 USD (Weinberg vs. D-M, NY 1981), u hodnicima do 100 USD itd.

250 Npr. presuda suda u NY no. 426. 1972. godine, Spiller vs. Barclay Hotel (1972.).

251 Ugostitelj odgovara neograničeno ako je hotelski *bellboy* primio ključ i parkirao vozilo (Merchant Fire vs. Zion SC, Utah, 1945).

252 Presuda suda u NY no. 4310. 1973. godine; Gabor vs. Hotel Waldorf Astoria (1973.). Ugostitelj nije odgovoran za štetu od 253.000 USD, koliko je vrijedila ogrlica, koju je ukrao lopov u dizalu glumici Zsi Gabor.

njihovih gostiju²⁵³ iz 1962. godine²⁵⁴, jedini je pozitivni izvor europskog prava²⁵⁵, koji neposredno uređuje odgovornost ugostitelja prema gostu u 17 europskih država²⁵⁶. Konvencija propisuje samo minimum odgovornosti ugostitelja za imovinu gosta, dok države članice mogu propisati i strožije kriterije (članak 1. stavak 2.). Odgovornost za nestanak, uništenje ili oštećenje stvari, koje gost nije „predao“, mora biti ograničena najmanje do sto puta visine iznosa cijene smještaja (članak 2.a)²⁵⁷ ili do 3.000 zlatnih franaka (aneks članak 1. stavak 3. - 1 zlatni franak je 65,5 miligrama zlata čistoće 900). Odgovornost ugostitelja za štetu na stvarima je neograničena u slučajevima (aneks članak 2. stavak 1.): a) ako je gost deponirao (predao) stvar na čuvanje, b) ukoliko odbije primiti stvar na čuvanje u sef ili posebnu prostoriju i c) ukoliko je do štete došlo zbog krivnje ugostitelja ili osobe za koju odgovara (aneks članak 4.). Ugostitelj može odbiti primiti stvar gosta jedino ako se radi o stvari prevelike vrijednosti ili ukoliko nema adekvatni prostor (aneks članak 3. stavak 2.). Ugostitelj ne može izjavama ili ugovorom umanjiti niti ograničiti svoju odgovornost prema imovini gosta (članak 2.d i aneks članak 6.). Odredbe konvencije se ne odnose na vozila, stvari u vozilima i žive životinje (aneks članak 7.).

Pozitivno europsko zakonodavstvo i sudska praksa *ECJ-a* sadrže malobrojne posredne izvore glede odgovornosti ugostitelja. *Preporuka 967/1983* Vijeća Europe o odgovornosti ugostitelja za štetu na vlasništvu gosta sadrži samo odredbe o poštivanju Europske konvencije iz 1962. godine i podržavanje projekta UNIDROIT o unifikaciji odgovornosti ugostitelja (točke 3 i 5) na stvarima gosta na međunarodnoj razini (koji je, međutim, propao. Više u sljedećem poglavlju). *Preporuka 666/1986* Vijeća Europe o zaštiti postojećih hotela od požara određuje provedbu preventivnih i represivnih mjera ugostitelja za zaštitu osobe gosta u slučaju požara.

3.8. Međunarodno pravo

Različitost rješenja pojedinih država, diferencija u temeljnom shvaćanju ugovorne odgovornosti ugostitelja i pokrivenost izvorima prava na temelju dva

253 Council of Europe: *European Conventions and Agreements*, Vol.7 (95-98), Strasbourg 1999, str. 232.

254 Europsku konvenciju iz 1962. godine, usvojila je akcesijom i Republika Hrvatska 14.09.1994. godine. Dio je hrvatskog prava i po pravnoj je snazi iznad odredaba ugovora o ugostiteljskoj ostavi iz ZOO-a i pravila o odgovornosti ugostitelja na stvarima gosta iz Posebnih uzanci u ugostiteljstvu.

255 Prije nekoliko godina stručna skupina Europske komisije izradila je nacrt „Načela europskog prava o ugovorima o pružanju usluga“ (*Principles of European Law on Service Contracts*), koji između ostalog u članku 4.113. istih načela regulira i odgovornost ugostitelja (*Liability of the Hotel-Keeper*) koja uglavnom predstavlja skup odredaba istovjetan Europskoj Konvenciji iz 1962. Načela još nisu stupila na snagu.

256 Do današnjeg dana ratificirana je od 17 europskih zemalja: Belgija, BiH, Hrvatska, Cipar, Francuska, Njemačka, Irska, Italija, Litva, Luksemburg, Malta, Crna Gora, Poljska, Srbija, Slovenija, Makedonija, Ujedinjeno Kraljevstvo. Podaci su preuzeti s web-stranice Vijeća Europe.

257 To *defacto* znači da je odredba članka 737. ZOO-a („...do 10.000 kuna...“) postavila pogrešni kriterij odgovornosti ugostitelja i da se ne primjenjuje u slučaju odgovornosti ugostitelja za „donesene“ stvari.

sustava (*common law* i *statutory law*), kod kojih je institut pokriven mnogobrojnim presedanima i posebnim zakonima, s jedne strane i eurorimskog kontinentalnog sustava temeljenog na Pariškoj (Europskoj) konvenciji o odgovornosti ugostitelja za imovinu njihovih gostiju iz 1962. godine), razlog su što u međunarodnom pravu nema unificirane konvencije o odgovornosti ugostitelja za štetu gostu. Mana *common law* jest drukčije tumačenje ugostiteljeve odgovornosti od europskog prava, dok je veliki nedostatak Pariške konvencije i europskih zakonodavstva nepoznavanje svih obveza ugostitelja, osim one o čuvanju stvari gosta (ostale obveze dio su zakonodavstva država i običajne domene).

Proces stvaranja jedne međunarodne konvencije o ujednačavanju rješenja o izravnom ugovoru o hotelskim uslugama započeo je UNIDROIT još 1977. godine na sastanku u Rimu, a 1979. godine donesen je i prvi tekst nacrtu konvencije o ugovoru o hotelskim uslugama²⁵⁸. O nacrtu se raspravljalo do 1986. godine, kada je ideja, o donošenju međunarodne konvencije o ugovoru o hotelskim uslugama prestala postojati iz prethodno navedenih razloga, ali i nemogućnosti formuliranja klauzula koje bi zadovoljile sve države na jednaki način. Stoga danas ne postoji pozitivno međunarodno pravo koje bi reguliralo institut ugostiteljeve odgovornosti za štetu gostu.

Nacrt konvencije o ugovoru o hotelskim uslugama regulirao je sva relevantna pitanja koja uređuje izravni ugovor o hotelskim uslugama: a) polje primjene ugovora (članci 1. i 2.), b) pojam ugovora (članak 3.), c) trajanje ugovora (članak h.), d) odgovornost gosta - potrošača (članak 6.) te e) plaćanje ugovornih obveza (članci 9. i 10.). Odgovornost ugostitelja je nacrt konvencije najšire regulirao i to za svaku povredu obveze posebno: 1) odgovornost za povredu obveze smještaja gosta²⁵⁹, 2) odgovornost za povredu obveze pružanja akcesornih usluga samo je dotaknuta²⁶⁰, 3) odgovornost za povredu obveze vođenja brige o osobi gosta²⁶¹ i 4) odgovornost za povredu obveze čuvanja stvari gosta.²⁶²

258 UNIDROIT: *Project sur le convention de contrat de hotellerie*, Roma, 1979.

259 Članak 5. Nacrta Konvencije (Odgovornost ugostitelja) regulira odgovornost ugostitelja za obvezu pružanja smještaja na način da je ugostitelj (*l'hôtelier*) odgovoran za štetu i kamate (*dommages et intérêts*) u slučaju nepružanja smještaja gostu i u slučaju da smještaj nije ekvivalentan cijeni (*l'équivalence*) koju gost za nju plaća.

260 Članak 15. Nacrta Konvencije (Cijena smještaja) regulira samo posredno obvezu ugostitelja za pružanje akcesornih usluga navodeći da cijena smještaja (*prix du logement*) ne sadrži ostale akcesorne usluge koje je ugostitelj dužan pružiti gostu u hotelu.

261 Članak 11. Nacrta Konvencije (Odgovornost ugostitelja u slučaju smrti i tjelesnih ozljeda) regulira odgovornost ugostitelja za obvezu vođenja brige o osobi gosta u slučaju smrti, ili tjelesne ozljede na način da ugostitelj odgovara za svu štetu na osobi gosta koja je nastala pružanjem hrane ili pića, ili je počinjena od strane treće osobe, osim u slučaju više sile. U slučaju smrti ili tjelesne ozljede gosta ugostitelj mora odmah izvijestiti nadležne organe i pružiti njegu.

262 Članci 12. i 13. Nacrta Konvencije (Odgovornost ugostitelja za štetu na stvarima) reguliraju odgovornost ugostitelja za povredu obveze čuvanja stvari gosta na način da je ugostitelj, kao depozitar neograničeno odgovoran za svako uništenje, oštećenje ili nestanak stvari u primljene na čuvanje u depozit (članak 12.), ima obvezu primiti svaku stvar gosta osim ako je stvar opasna ili neugodna (*dangereux ou encombrants*) ili je prevelike vrijednosti za hotel (*valeur marchande excessive*). U slučaju da je šteta nastala drugdje ili je ugostitelj odbio primiti stvar na čuvanje, morat će naknaditi gostu iznos koji je 500 ili 1000 puta veći od cijene smještaja (članak 13.).

4. Zaključak

Institut ugovorne odgovornosti dužnika za štetu, u okvirima hrvatskog pravnog sustava, razvijao se kroz desetljeća, do donošenja novog ZOO-a 2005. godine. Dok je ugovorna odgovornost dužnika za imovinsku štetu bila već odavno definirana, neimovinski karakter ugovora novija je tvorevina hrvatskog odštetnog prava. U članku 346. stavak 1. novog ZOO-a, prvi je put formalno regulirana ugovorna odgovornost dužnika za neimovinsku štetu, (iako su i na temelju odredbi starog ZOO-a iz 1978. godine, postojale mogućnosti prihvaćanja neimovinskog interesa ugovora²⁶³).

Pravni sustavi eurokontinentalnog kruga pokazuju dva načina apsorpcije instituta odgovornosti za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora. Jedni sustavi usvajaju institut zadržavanjem starih normi zakonodavnih rješenja, ali uz bitno drukčije teorijsko i sudsko tumačenje istih, priznavanjem neimovinskog karaktera ugovora (Francuska, Italija). Drugi sustavi institut uvode donošenjem posebnih zakona razvijajući ga na temelju normi starog (glavnog, generalnog) zakonodavstva koje ga je poznavalo (Njemačka).²⁶⁴

Angloameričko odštetno pravo institut ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, poznaje kroz sustav brojnih *precedenata common lawa*, usvajajući načelo priznavanja neimovinske štete zbog povrede ugovora, jedino ukoliko povreda predstavlja građanski delikt (*tort*). Pravo UK-a poznaje neimovinski karakter ugovora u smislu povrede prava osobnosti, prava na tjelesni i duševni integritet, a očituje se pretrpljenim tjelesnim (*physical pain and suffering*) i duševnim bolima (*mental pain and suffering*) vjerovnika u ugovornom odnosu. Pravo SAD-a razvija i posebne kategorije neimovinske štete poput razočaranja (*disappointment*), zlobe (*malice*), emocionalne traume (*emotional trauma*), ekstremne patnje (*extreme suffering*) i gubitka sigurnosti (*loss of safety*).

EU institut neimovinskog interesa ugovora usvaja kroz: 1) načela europskog ugovornog prava (Landova načela)²⁶⁵, koja izričito određuju da naknada štete obuhvaća i neimovinsku štetu (*non-pecuniary loss*) i 2) odluku ECJ²⁶⁶ iz 2002. godine, kojom se po članku 5. Smjernice 90/314 o turističkim paket-aranžmanima, utvrdilo da su agencije koje ne ispunjavaju obveze iz smjernice, dužne naknaditi potrošačima (putnicima) i neimovinsku štetu (*consumer a right to compensation for non-material damage*). U međunarodnom pravu, institut neimovinskog interesa ugovora uređen je u dva izvora,

263 Slakoper, Z., op. cit. Autor tumači slično shvaćanje na stranici 4. ovog rada.

264 Njemačka: Posebni zakon je npr. Zakon o ugovoru o organiziranju putovanja iz 1979. godine (*Gesetz über den Reisevertrag*), koji štetu zbog neostvarenog putovanja smatra neimovinskom štetom. Šire tumačenje odredaba *BGB-a*: dozvoljena je naturalna restitucija i za naknadu neimovinske štete (paragraf 253. *BGB-a*), dopušteno je ugovaranje ugovorne kazne za nanošenje neimovinske štete (paragraf 343. *BGB-a*), dozvoljeno je ugovaranje ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu (tumačenje načela ugovorne autonomije) i proširivanje mogućnosti prava na naknadu neimovinske štete zbog ugovorne povrede prava ličnosti. O tome posebno Klarić, P., op. cit., 1995., str. 225.

265 Principles of European Contract Law, Bruxelles, 1995; članak 9:501, stavak 2. (Pravo na naknadu).

266 ECJ C-168/00 od 12.03.2002. godine.

ali na drukčiji način: 1) UNCITRAL-ova Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine²⁶⁷ poznaje samo imovinski karakter ugovorne odgovornosti za štetu, dok 2) UNIDROIT-ova načela međunarodnih trgovačkih ugovora²⁶⁸, izrijeком sadrže odredbe o neimovinskom karakteru trgovačkih ugovora²⁶⁹.

Izravni ugovor o hotelskim uslugama u hrvatskoj je pravnoj teoriji i sudskoj praksi dosada poznaо samo imovinsku odgovornost ugostitelja za počinjenu štetu gostu. Stupanjem na snagu novog ZOO-a (odredbe članka 346. stavak 1.), takva je situacija i formalno promijenjena. Međutim, iz karaktera ugovornih obveza²⁷⁰ ugostitelja (posebno obveze vođenja brige o osobi gosta), bilo je razumljivo i prije stupanja na snagu ZOO-a iz 2005. godine, da se odgovornost ugostitelja mora odnositi i na neimovinsku štetu gosta. U našoj su se turističkoj i malobrojnoj sudskoj praksi²⁷¹ uvriježile, pored općih (fizičke i duševne boli), posebne vrste ugovorne neimovinske štete koje gost može pretrpjeti²⁷². Kako još nemamo sudskih presuda o dosuđivanju naknade neimovinske štete gostu²⁷³ zbog povrede ugovora, s osobitim će se zanimanjem pratiti primjena odredbe članka 346. stavka 1., na sporove vezane uz ugovornu odgovornost ugostitelja.

U pravnim sustavima kontinentalnog kruga, francusko pravo, pored klasičnih obveza²⁷⁴ ugostitelja prema gostu, poznaje i ugovornu odgovornost ugostitelja za povredu pružanja informacija gostu (*de fournir des informations*). Presude²⁷⁵ francuskih sudova manje se bave odgovornošću ugostitelja (*l'hôtelier*), a više teorijom pojedinih obveza ugostitelja u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama (*le contrat d'hôtellerie*), a posebno se ističe poštivanje intime gosta (*les règles de prudence*). Talijansko pravo poznaje iste obveze ugostitelja (*l'albergatore*) u izravnom ugovoru

267 UN CISG - UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).

268 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994).

269 Razlog takvih različitih rješenja treba potražiti u godinama donošenja konvencije odnosno načela, tj. evolucije instituta od početka 1980-ih do sredine 1990-ih godina prošlog stoljeća.

270 1) Pružanje smještaja, 2) pružanje akcesornih usluga, 3) briga o osobi gosta i 4) čuvanja stvari gosta.

271 VSH Gž 2732/69, VSRH 3427/1995-2, VSRH Gž 2516/74, VSRH Gž 658/76, VSRH Rev 1688/1996, VSRH Rev 3197/1992, VSRH Rev 985/88, VSRH Rev 281/1995 i OS Split Ip 1490/81.

272 Najčešće: Upropaštavanje godišnjeg odmora, propuštanje ciljeva turističkog boravka, nelagoda, nezadovoljstvo, nemir i oštećenje stvari afektivne vrijednosti.

273 Dva su razloga takvog stanja: 1) svaka šteta koju pretrpe gosti u hotelu ugostitelja, obično je pokrivena od ugostiteljeva osiguravatelja i 2) kratko vrijeme od kada je novi ZOO stupio na snagu (01.01.2006.).

274 1) Smještaj (*bailleur*), 2) čuvanje sigurnosti gosta (*sécurité*), 3) akcesorne usluge (*des prestations secondaires*), 4) pružanje informacija (*des informations*) i 5) čuvanje stvari gosta (*des objets apportés*).

275 Cass Soc, od 05.12.1958, Cass Civ, I, no. 257. od 19.10.1999, Cass Civ, I, no. 469 od 14.03.1995, Cass Civ, I, no. 57. od 22.02.2000, Cass Civ, III, od 29.03.2006. i Cass Civ III od 26.06.1996.

o hotelskim uslugama (*il contratto d'albergo*), kao i hrvatsko pravo. Presude²⁷⁶ talijanskih sudova i teorija bave se svim aspektima odgovornosti ugostitelja. Od teorijskih definiranja obveza²⁷⁷, pa do slučajeva naknade neimovinske štete gostu²⁷⁸. Njemačko zakonodavstvo ne poznaje izravni ugovor o hotelskim uslugama (*der Hotelvertrag*). Njega čini čak 7 različitih ugovora²⁷⁹, čija povreda za ugostitelja (*Hotelier*) predstavlja i njegovu ugovornu odgovornost. Presude²⁸⁰ njemačkih sudova reguliraju ugostiteljeve obveze²⁸¹, od kojih posebnost predstavlja zaštita tajne i privatnosti gosta (*Geheimhaltungspflichten*), te sadrže zanimljiva rješenja o ugovornoj odgovornosti ugostitelja za neimovinsku štetu²⁸².

Angloameričko pravo kroz mnogobrojne *precedente* i posebne zakone široko razrađuje odgovornost ugostitelja u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama (*hotel keeper's contract*). Za razliku od kontinentalnog prava, u angloameričkom se odgovornost ugostitelja može ograničiti ili isključiti. U Ujedinjenom Kraljevstvu teorija i sudska praksa razlikuju odgovornost ugostitelja (*innkeeper*) prema ugostiteljevom statusu: 1) odgovornost ugostitelja kao držatelja prostora²⁸³ i 2) odgovornost ugostitelja kao vlasnika hotela.²⁸⁴ Posebnost je prava Velike Britanije jest, što pored klasičnih obveza ugostitelja, poznaje još jednu obvezu, potpuno stranu kontinentalnom pravu - obvezu pružanja osvježenja (*refreshment*) gostu prolazniku (*traveller*)²⁸⁵. Presude²⁸⁶ sudova Velike Britanije bave se i analizom pojedinih

276 Cass. Civ. II, no. 9662. od 24. 07. 2000, Cass. Civ. III, no. 1269. od 11.05.1973, Cass. Civ. III, no. 1548. od 25.05.1953, Cass. Civ. III, no. 479. od 14.02.1976. i Cass. Civ. III, no. 707. od 22.01.2002.

277 Primjerice 3 stupnja akcesornih usluga: minimalnog sadržaja, za podizanje boravka i na posebni zahtjev gosta.

278 Najčešće: fizičke i duševne boli, upropaštavanje godišnjeg odmora i nezadovoljstvo stanjem hotela.

279 1) Zakup (*Mietvertrag*), 2) usluge (*Dienstvertrag*), 3) prehrana (*Pansionvertrag*), 4) prodaja (*Kaufvertrag*), 5) rad (*Werkvertrag*), 6) dostava (*Werklieferungsvertrag*) i 7) ostava (*Verwahrungsvertrag*).

280 BGH ZR 103/07, BGH ZR 142/05, BGH ZR 168/05, BGH ZR 33/79 i BGH ZS od 12.05.1980.

281 1) Smještaj (*Unterkunft*), 2) posebne usluge (*Dienstleistungen*), 3) zaštita i njega gosta (*Obhutpflichten*), 4) zaštita tajne i privatnosti gosta (*Geheimhaltungspflichten*) i 5) zaštita stvari gosta (*Sachen*).

282 Najčešće: fizičke i duševne boli, upropaštavanje godišnjeg odmora i nelagoda.

283 Utemeljena je u *Occupier's Liability Act-u (OLA)* iz 1957. (1984.) godine (razumna njega), *Environmental Protection Act-u (EPA)* iz 1990. godine (*public health*), 3) *Fire Precautions Act-u (FPA)* iz 1971. godine (*fire safety*) i 4) i presedanima *common lawa (lost property, security, car parks)*.

284 Utemeljena je na *Hotel Proprietors Act-u (HPA)* iz 1956. godine.

285 Pružanje osvježenja sadrži korištenje kupaonice, bara i restorana; pružanje pića i hrane *travelleru*, pri pružanju obveze osvježenja, moguće je odbiti samo uz opravdani razlog (npr. noću je kuhinja zatvorena), sukladno članku 1.3. HPA-a.

286 *Constantine vs. Imperial London Hotel* (1944.), *Williams vs. Linnitt* (1951.), *Latimer vs. AEC Ltd.* (1953.), *Donoghue vs. Stevenson* (1932.), *Stone vs. Taffe* (1974.), *Rose vs. Plenty* (1976.) i dr.

obveza²⁸⁷ ugostitelja i u velikom broju sadrže odluke o odgovornosti ugostitelja za neimovinsku štetu²⁸⁸. U moru sudskih odluka²⁸⁹ sudova SAD-a, zanimljivo je da se većina istih odnosi na naknadu neimovinske štete gostu²⁹⁰, no navedeni su i slučajevi nepriznavanja štete. Pravo SAD-a, pored ustaljenih obveza²⁹¹ ugostitelja, specifično poznaje obvezu poštivanja privatnosti gosta (*privacy*). Iako ugostiteljeve povrede ugovora obično imaju jak neimovinski predznak, postoje i situacije za koje ugostitelj uopće ne odgovara, iako bi to europskom pravu bilo nezamislivo (npr. isključenje odgovornosti za štetu na svim dragocjenostima koje nisu predane u sef).

U pravu Europske unije, s aspekta odgovornosti ugostitelja, najznačajniji je izvor prava Europska (Pariška) konvencija iz 1962. godine o odgovornosti ugostitelja (hotelijera) za imovinu njihovih gostiju²⁹² (najbitnije razlikuje odgovornosti za donesene i stvari predane na čuvanje). Ostale obveze (odgovornosti) ugostitelja, države članica same reguliraju. Na razini EU zakonodavstva malo je izvora (nekoliko preporuka i smjernica) o izravnom ugovoru o hotelskim uslugama (osim obveze čuvanja stvari gosta, ostale su obveze u domeni načela supsidijarnosti). Pokušaj stvaranja „Načela europskog prava o ugovorima o pružanju usluga“, ostao je samo na nacrtu načela, koja bi sadržavala cjelokupni institut odgovornosti ugostitelja prema gostu. Na međunarodnopravnom planu nema uopće rješenja o ugovornoj odgovornosti ugostitelja. Jedini je pokušaj bio UNIDROIT-ov nacrt konvenciji za ugovor o hotelskim uslugama iz 1979. godine²⁹³, ali zbog velikih razlika između kontinentalnog i angloameričkog sustava, nikad nije zaživio.

287 1) Smještaj (*accommodation*), 2) obveza pružanja osvježanja (*refreshment*), 3) pažnja, zaštita i sigurnost gosta (*guest's care, protection and security*) i 4) obveza čuvanja vlasništva gosta (*guest property*).

288 Najčešće: fizičke i duševne boli, upropaštavanje godišnjeg odmora, nezadovoljstvo i patnja.

289 *Hooks vs. Washington Sheraton Corp.* (1977.), *Yamada vs. Hilton Hotels Group* (1977.), *Blansit vs. Hyatt Corp.* (1989.), *McKee vs. Sheraton Russell* (1959.), *Gabor vs. Hotel Waldorf Astoria* (1973.) i dr.

290 Najčešće: fizičke i duševne boli, upropaštavanje godišnjeg odmora, emocionalna trauma, ekstremna patnja, emocionalni stres, nelagoda, razočaranje, nerazumna briga.

291 1) Obveza primanja gosta (*receive guest*), 2) obveza poštivanja privatnosti gosta (*privacy*), 3) obveza zaštite osobe gosta (*protect guests*) i 4) obveza čuvanja vlasništva gosta (*guest property*).

292 *Convention on the Liability of Hotel-keepers concerning the Property of their Guests*, Paris, 1962.

293 UNIDROIT Project sur le convention de contrat de hotellerie, Roma, 1979.

Summary

HOTEL-KEEPER'S LIABILITY FOR DAMAGE DUE TO THE BREACH OF HOTEL-KEEPER'S CONTRACT

The article presents implications of new legal solutions in the Croatian and comparative Law of Compensation with respect to hotel-keeper's contractual liability for proprietary and non-proprietary damage caused to a guest based upon the hotel-keeper's contract. In the first part of the article the autor gives analysis of Croatian and comparative law currently in force governing the contractual liability for damages, while in the second part he discusses hotel-keeper's liability for damages suffered by a guest based upon the hotel-keeper's contract presenting the Croatian and comparatives legal solutions. The institute of contractual liability for non-proprietary damage caused to a guest has been introduced in Croatia by the Article 346, paragraph 1 of the Civil Obligations Act 2005. Regardless of the different form of recognition of non-proprietary interest under the hotel-keeper's contract (such interest is recognised in France and Italy by more extensive interpretation of existing norms in civil codes, in Germany by adoption of specific laws and implication of norms summarizing the BGB, in the UK and the US by numerous common law precedents and special statutory laws and in the EU and international law by adopting conventions, acknowledging special principles and delivering court decisions), according to current comparative legal solutions a hotel-keeper is liable to a guest for proprietary as well as for non-proprietary damage. The most common reasons for compensation for client's suffering of non-proprietary damage based upon the hotel-keeper's contract, in all systems, are: 1) ruined vacation, 2) failure to achieve tourism objectives, 3) discomfort, disappointment, stress and tensions and 4) physical pain, mental anguish and trauma.

Keywords: *contractual liability, proprietary and non-proprietary damage, hotel-keeper's contract, hotel-keeper's liability, comparative law.*

Riassunto

RESPONSABILITA' DELL'ALBERGATORE PER I DANNI DA VIOLAZIONE DEL CONTRATTO D'ALBERGO

Il lavoro illustra l'influenza delle nuove soluzioni del diritto risarcitorio croato e comparato, in particolare per quanto riguarda la responsabilità contrattuale dell'albergatore per i danni patrimoniali e non patrimoniali del cliente derivati da contratto d'albergo. Nella prima parte del lavoro viene svolta un'analisi del diritto croato e comparato contemporaneo attraverso la responsabilità contrattuale per danni, mentre nella seconda parte la medesima analisi interessa la responsabilità contrattuale dell'albergatore per i danni dei clienti nel contratto d'albergo, individuando la soluzione croata e quella comparata. Tramite la soluzione di cui all'art. 346, comma 1, della nuova Legge sui rapporti obbligatori del 2005, la Croazia è entrata nella cerchia dei Paesi che conoscono l'istituto della responsabilità contrattuale dell'albergatore anche per i danni non patrimoniali del cliente. Indipendentemente dalla diversa forma di riconoscimento dell'interesse non patrimoniale del contratto d'albergo (Francia, Italia - interpretazione maggiormente estensiva delle norme già esistenti nei codici civili, Germania - adozione di specifiche leggi e riunione delle norme implicite del BGB, Regno Unito e Stati Uniti - attraverso i numerosi precedenti (common law) e le leggi speciali (statutory law), l'Unione europea e il diritto internazionale - con l'adozione di convenzioni, di principi specifici e di decisioni giudiziarie), un albergatore oggi nel diritto comparato risponde, oltre che per i danni patrimoniali, anche per quelli non patrimoniali. I motivi più frequenti per il risarcimento dei danni non patrimoniali patiti dal cliente in ragione del contratto d'albergo, in tutti gli ordinamenti sono: 1) vacanze rovinate, 2) trascuranza degli obiettivi del soggiorno turistico, 3) disagi, insoddisfazione, stress e tensioni, e 4) dolore fisico e morale, sofferenze e traumi.

Parole chiave: *responsabilità contrattuale, il danno patrimoniale e non patrimoniale, contratto d'albergo, responsabilità del albergatore, diritto comparato.*

KRIMINALNA KARIJERA

Dalibor Doležal, prof. socijalni pedagog
Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet
Odsjek za kriminologiju
Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 343.91
Ur.: 20. travnja 2009.
Pr.: 23. rujna 2009.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Kriminalna karijera kao pojam u kriminološkoj literaturi prvi put se spominje 30-ih godina prošlog stoljeća u djelima Clifford R. Shawa (1931, prema Kyvsgaard, 2003), ali kao kvantitativni koncept dolazi tek u djelima Sheldona i Eleonor Glueck (Singer, 1996) koja se smatraju pretečom razvoja koncepta kriminalne karijere. Kriminalna karijera kao koncept u Hrvatskoj koristi se najčešće kao opis nečije kriminalne prošlosti, tj. vrstu i broj počinjenih kaznenih djela. No, ne postoje nikakva istraživanja u Hrvatskoj koja istražuju karakteristike ovog koncepta u njegovoj cijelosti, već se većinom istraživanja temelje na istraživanju pojedinih dijelova koncepta kriminalne karijere. Informacije o ovom pojmu, kao i istraživanja temeljena na tim informacijama, koriste se za kreiranje preventivne politike širom svijeta. Stoga je cilj ovog rada predstavljanje koncepta kriminalne karijere u cijelosti u Hrvatskoj, kao i njegovog značaja za razvoj i unaprjeđenje kriminološke, sudske i penološke prakse i politike u smislu prevencije kriminaliteta.

Ključne riječi: *kriminalna karijera, koncept, kriminologija.*

1. Uvod

Kriminalitet kao pojava u svijetu još uvijek nije dovoljno istražena i predmetom je mnogih istraživanja od strane istraživača raznih struka. Iako se dosta toga zna o etiologiji i fenomenologiji kriminaliteta, još uvijek se raspravlja o učinkovitim sredstvima za rješavanje ovog problema. Mnoga istraživanja kriminaliteta većinom se usredotočuju na promatranje kaznenih djela kroz opće statistike, npr. broj kaznenih djela *per capita* u općoj populaciji. No, jedna od posljedica tih istraživanja jest i spoznaja kako kaznena djela čine pojedinci, čak i kada se organiziraju u grupe te da je jedan od načina rješavanja problema kriminaliteta usredotočavanje na pojedinca i razloge zbog kojih se netko odlučuje na činenje kaznenih djela.¹ Daljnjim istraživanjima

¹ Blumstein, A. i dr., *Criminal Careers and „Career Criminals“ – Volume I*, Washington, D.C., National Academy Press, 1986.

pokazalo se kako postoji određena skupina pojedinaca koji čine kaznena djela kroz dulje razdoblje i koja se često mogu okarakterizirati kao ozbiljna kaznena djela². Iz te spoznaje izveo se zaključak kako postoji određeni fenomen unutar problematike kriminaliteta koji je nazvan „kriminalna karijera“^{3,4,5,6,7,8,9}.

Kriminološka literatura, posebice anglosaksonska, raspoznaje dva termina vezana uz kriminalnu karijeru: **career criminal** (najbliži prijevod bio bi „karijerni kriminalac“) te **criminal career** („kriminalna karijera“). Iako je tema ovog rada kriminalna karijera, radi lakšeg praćenja nužno je definirati pojmove karijera, kriminalna karijera i karijerni kriminalac.

Tradicionalno, karijera se gleda kao smjer ili pravac brojnih uzastopnih radnji koje čine nečiji radni život, dok suvremeno društvo pod pojmom „karijera“ podrazumijeva poslove ili položaje kroz koje pojedinac zarađuje za život. Sama riječ **karijera** definira se na dva načina kao „smjer ili napredovanje kroz život“ ili kao „način na koji se zarađuje za život“.^{10 11} Primjerice, netko može imati sportsku ili glazbenu karijeru te može, ali i ne mora nužno biti profesionalni sportaš ili glazbenik.

Glavni je dio koji se odnosi na „zarađivanje za život“. Netko može, primjerice raditi u banci kao financijski savjetnik i time zarađivati novac potreban za uzdržavanje sebe i/ili svoje obitelji. Kako bi postala bankar, ta je osoba morala poduzeti neke korake u životu kako bi stekla uvjete zapošljavanja u banci, što se prvenstveno odnosi na ciljano školovanje tijekom kojeg je osoba stekla uvjete za posao u banci. Istodobno, u slobodno vrijeme, može se baviti i nekim sportom, npr. nogometom i biti članom nekog nogometnog kluba. Ta osoba, dakle, gradi usporedno dvije karijere, bankarsku i nogometnu. No, ukoliko bi se opisala ta osoba u smislu karijere, dakle kao bankara ili nogometaša, prvenstveno bismo za nju rekli kako je ona bankar, jer svojim radom u banci zarađuje novac koji je potreban za vođenje „normalnog“ života u zajednici.

Pod pojmom „**kriminalna karijera**“ smatra se longitudinalni niz kaznenih

2 Mallillin, Abigail, Z., C., *The Criminal Career Profile: A measure of criminal career*. Saskatoon, University of Saskatchewan, Canada, 2006.

3 Blumstein, A., i dr., 1986

4 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D.P., *Criminal Career Research: Its Value For Criminology*, Criminology, vol. 26, 1/1988, str. 1-35.

5 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., *Key Issues in Criminal Career Research: New Analyses of the Cambridge Study in Delinquent Development*, New York, Cambridge University Press, 2007.

6 Kazemian, L., *Desistance From Crime: Theoretical, Empirical, Methodological and Policy Considerations*, Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 23, 1/2007, str. 5-27.

7 Piquero, A. R., i dr., *Uncollaring the criminal: Understanding Criminal Career of Criminal Clerics*, Criminal Justice and Behavior, vol. 35, 5/2008, str. 583-599.

8 Kyvsgaard, B., *The Criminal Career: The Danish Longitudinal Study*, Cambridge University Press, 2003.

9 Kempf, K. L., *Specialization and Criminal Career*, Criminology, vol. 25, 2/2006, str. 399-420.

10 Mallilin, A., op. cit., str. 5.

11 <http://www.askoxford.com/> - pristup na dan 18.02.2009.

djela počinjenih od strane neke osobe koja ima uočljiv niz počinjenih kaznenih djela u nekom razdoblju^{12,13,14,15,16,17}. Prilikom opisivanja pojma „kriminalna karijera“, a nadovezujući se na definicije pojma „karijera“, Blumstein, Cohen i Farrington¹⁸ govore kako se pojam „karijera“ u konceptu „kriminalne karijere“ treba shvaćati kroz prvu od dvije naprijed navedene definicije. Konkretnije, pojam „kriminalna karijera“ ovdje opisuje sekvencu činjenja kaznenih djela u nekom dijelu nečijeg života, ali ne sugerira kako se osoba, koja čini kaznena djela, time služi sredstvom pomoću kojeg zarađuje novac za život u zajednici. Nečija se kriminalna karijera opisuje kroz tri glave karakteristike: početak (orig., „onset“ ili „initiation“), trajanje (orig., „duration“) i kraj (orig., „dropout“ ili „termination“).

Osim vremenskog razdoblja, kriminologe i druge znanstvenike unutar pojma kriminalne karijere najčešće zanima i podatak o učestalosti činjenja kaznenih djela, vrste kaznenih djela i bilo koji zamjetan trend u obrascima kriminalnog ponašanja. Kroz ove tri karakteristike ističu se četiri temeljne dimenzije kriminalne karijere (o kojima će kasnije biti više riječi): participacija u činjenju kaznenih djela, individualna učestalost činjenja kaznenih djela, težina počinjenih kaznenih djela te duljina kriminalne karijere kroz koje se gleda nečija kriminalna „karijera“.

S obzirom na to kako su kriminalne karijere individualne, tj. razlikuju se od osobe do osobe, najčešće se u kontekstu kriminalne karijere govori o dvije krajnosti. S jedne strane su osobe koje su počinile samo jedno kazneno djelo, dok su s druge osobe koje učestalo čine teška kaznena djela kroz dulje vremensko razdoblje. Takve se osobe u kriminologiji najčešće nazivaju opasnima, habitualnim, nepopravljivim, kroničnim te profesionalnim kriminalcima. U kontekstu „kriminalne karijere“ ovakve se počinitelje naziva i **karijernim kriminalcima** (orig. „career criminal“). Prema američkom pravnom rječniku¹⁹, karijernim kriminalcem definira se osoba koja je „*habitualni ili višestruki kriminalni povratnik s dvije ili više osuda za nasilna djela ili djela vezana uz drogu i kojemu su izrečene kazne zatvora u maksimalnom trajanju za počinjena kaznena djela*“. No, karijerni kriminalci imaju još jednu bitnu odliku osim što učestalo čine teška kaznena djela. Ranije u tekstu je objašnjeno kako se kriminalna karijera promatra kroz prvo shvaćanje pojma „karijere“. Karijerne kriminalce, kao drugu krajnost (kriminalne) karijere, objašnjavaju se putem drugog shvaćanja i može ih se definirati kao „**osobe koje činjenjem kaznenih djela zarađuju sredstva neophodna za život u zajednici**“. Svaka osoba može počinuti jedno ili više kaznenih djela u nekom razdoblju svog života i ta djela čine njezinu „kriminalnu karijeru“.

12 Blumstein, A., i dr., 1986.

13 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., 1988.

14 Brame, R., Paternoster, R., Bushway, S.D., Examining The Prevalence Of Criminal Desistance, *Criminology*, vol. 41, 2/2003, str. 423-448.

15 Mallilin, A., 2006.

16 Piquero, A., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

17 Kazemian, L., Desistance From Crime: Theoretical, Empirical, Methodological and Policy Considerations, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 23, 1/2007, str. 5-27.

18 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., op. cit., str. 2.

19 Mallilin, A., op. cit., str. 5.

Istodobno, te osobe mogu za život zarađivati legalnim poslovima tako da njihovo činjenje kaznenih djela nije isključivo zbog novčane dobiti. Karijerni kriminalci, pak, čine kaznena djela prvenstveno zbog novčane dobiti jer jedino kroz takve aktivnosti zarađuju za život.

Jedna od specifičnosti kriminalne karijere jest kako ona omogućava razdvajanje osobe od kaznenih djela koje je počinila. Preciznije, u prvom planu su karakteristike kriminalne karijere, dok je osoba koja ih je počinila u drugom planu. No, s pojavom novije teorije kriminaliteta unutar psiholoških teorija kriminaliteta, teorije kriminalnog životnog stila²⁰, razvija se novi pristup unutar kojeg se dosadašnji pojam karijernog kriminalca promatra kroz svojevrsni eklektički pristup razlozima zbog čega netko uopće započinje kriminalnu karijeru te *ustraje* u njoj. Iako se doima kako su kriminalna karijera i teorija kriminalnog životnog stila dvije različite oznake za isti pojam, takav zaključak je pogrešan. Budući da zbog osnovnih postavki teorije kriminalnog životnog stila, ona je zapravo nadopuna kriminalnoj karijeri u smislu nadopune statističkim podacima pokušavanjem davanja odgovora na osnovno pitanje o uzrocima činjenja kaznenih djela – **Zašto?**

Ono što ovdje treba posebno naglasiti jest činjenica kako pojam „kriminalna karijera“ ne označava novu teoriju kriminaliteta, prvenstveno zato jer ne specificira unutarnje i vanjske čimbenike koji utječu na početak, razvoj, trajanje i prestanak kriminalnih aktivnosti. Kriminalna karijera je zapravo način strukturiranja i organiziranja znanja o nekim ključnim čimbenicima koji utječu na činjenje kaznenih djela radi lakšeg promatranja i statističkog mjerenja²¹. Također, ovaj pristup omogućava kvantitativnu i kvalitativnu analizu najvažnijeg pojma u kriminologiji i pravosuđu – činjenje kaznenih djela. Temeljem tih znanja, moguće je provjeravati točnost različitih teorija kriminaliteta, određene pretpostavke i zakonitosti koje su ključne za stvaranje različitih teorija o kriminalnim karijerama, ali istodobno i za prevenciju kriminaliteta.

Ovaj će se rad prvenstveno baviti pojmom kriminalne karijere iz razloga što sam konstrukt ovog pojma dopušta znanstveno mjerenje trajanja nečije „karijere“ koje omogućava kreiranje prevencijske politike na temelju spoznaja o ovoj pojavi. Nadalje, ako karijera označava nečiji napredak kroz život, to onda znači kako je tri elementa kriminalne karijere (početak, trajanje i kraj) moguće kvantitativno pratiti i na temelju podataka utvrditi neke značajke kriminalne karijere. Također, dosadašnja znanstvena iskustva pokazala su kako se četiri dimenzije kriminalne karijere mogu promatrati, ili odvojeno u odnosu na cjelokupnu kriminalnu karijeru neke osobe, ili kao cjelina, koja je onda od posebnog značaja za individualno promatranje specifičnosti nečije karijere, prvenstveno stručnjacima koji se bave penološkim tretmanom.

20 Walters, G., *The Criminal Lifestyle: Patterns of Serious Criminal Conduct*, Sage Publications, United States of America, 1990.

21 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., op. cit., str. 4.

2. Karakteristike kriminalne karijere

„Kriminalna karijera“ kao pristup problematici kriminaliteta usredotočuje se na analiziranje kriminalne aktivnosti („karijere“) osoba koje čine kaznena djela tijekom nekog vremenskog razdoblja. Konkretnije, analiza ovdje podrazumijeva prvenstveno kvantitativno prikupljanje podataka o vrsti, broju i težini kaznenih djela, učestalosti činjenja kaznenih djela službenim podacima ili samoiskazom počinitelja kaznenih djela, vremenskom razdoblju, unutar kojeg su počinjenja kaznena djela te donošenje određenih zaključaka o kriminalnoj karijeri na temelju dobivenih rezultata. U ovom pristupu, statistika činjenja kaznenih djela podijeljena je u dvije komponente: postotak populacije koja čini kaznena djela unutar opće populacije te priroda i opseg počinjenih kaznenih djela pojedinaca.^{22, 23} Obje komponente mogu biti pod utjecajem različitih čimbenika i utjecati na dvosmjernost politike prevencije kriminaliteta. Naglasak na prvu komponentu, participacija u činjenju kaznenih djela, povezan je s odvrćanjem opće populacije od činjenja kaznenih djela. Naglasak na drugu komponentu, učestalost činjenja kaznenih djela, težina počinjenih kaznenih djela te duljina trajanja „karijere“, značajan za odluke kaznenopravnog sustava, poglavito u rehabilitacijskom smislu. Također, značajan je i zbog toga što različite državne institucije imaju različite razine odgovornosti za ove dvije komponente. Primjerice, institucije socijalne skrbi, obrazovanja i mentalnog zdravlja svojim uslugama mogu utjecati na smanjenje činjenja kaznenih djela, dok je kontrola postotka onih koji čine kaznena djela više u nadležnosti kaznenopravnog sustava i njegovih institucija. Ovim dvjema komponentama i njihovim sadržajem dolazimo do četiri ključne dimenzije koje definiraju pojam „kriminalne karijere“^{24, 25, 26, 27}:

1. **Participacija u činjenju kaznenih djela** – razlika između onih koji čine kaznena djela i onih koji ne čine; razlika unutar populacije koja čini kaznena djela prema dobi, spolu, rasi, itd.,
2. **Učestalost činjenja kaznenih djela** – postotak kriminalne aktivnosti onih koji čine kaznena djela,
3. **Težina počinjenih kaznenih djela** – u smislu vrste počinjenih kaznenih djela i
4. **Duljina „kriminalne karijere“** – vremensko razdoblje u kojem je osoba činila kaznena djela.

Tradicionalni pristup traženja uzroka kriminaliteta u kriminološkim istraživanjima najčešće se oslanjao na povećane stope uhićenja ili statistike kriminalnog povrata na temelju kojih su testirani i razvijani razni modeli uzroka kriminaliteta.

22

23 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

24 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 1.

25 Brame, R., Busway, S.D., Paternoster, R., The Prevalence Of Criminal Desistance, *Criminology*, vol. 41, 2/2003, str. 423-448.

26 Kyvsgaard, B., 2003.

27 Kazemian, L., 2007.

Također, kroz ova dva podatka nastojali su se pronaći jasni uzroci kriminaliteta. No, ovisno o stajalištu i temeljnoj struci istraživača, kriminogeni čimbenici se okvirno mogu podijeliti na biološke, psihološke i sociološke te u novije vrijeme i integrativne, iz kojih proizlaze i pripadajuće teorije kriminaliteta. Svi navedeni čimbenici nedvojbeno utječu na četiri temeljne dimenzije kriminalne karijere s obzirom na to kako se njima nastoji objasniti zbog čega osobe čine kaznena djela. No, s obzirom na to kako je već ustanovljeno da postoje različiti uzroci kriminaliteta, također se može pretpostaviti kako će različiti čimbenici različito utjecati na pojedine dimenzije kriminalne karijere. Stoga je od velikog značaja proučavanje koji čimbenici i kako djeluju na pojedine (i koje) dimenzije kriminalne karijere kako bi se bolje shvatilo kako pojedina dimenzija utječe na sam razvoj cjelokupne kriminalne karijere.

Gledanje na pojam kriminalne karijere kao kontinuuma s dvije krajnosti značajno je budući da u sebi sadrži elemente koji omogućavaju promatranje pojedinca kroz individualni pristup njegovoj kriminalnoj karijeri, dok istovremeno omogućava i proučavanje zajedničkih značajki između više kriminalnih karijera. Za izučavanje značajki kriminalne karijere s aspekta kreiranja preventivne politike, kao i unaprjeđivanja teorije kriminaliteta, obje su krajnosti itekako važne. Karakteristike počinitelja s „kraćom“ kriminalnom karijerom, koji su počinili tek nekoliko kaznenih djela, značajne su zbog identificiranja čimbenika koji potiču rani prekid kriminalne karijere kojima se onda može posvetiti osobita pozornost prilikom kreiranja preventivne politike, posebice u dijelu koji se bavi primarnom prevencijom. Pri tomu ne treba zaboraviti i podatak koja vrsta sankcija utječe na prestanak činjenja kaznenih djela, što je od posebnog značaja za kaznenopravne institucije i njihovu praksu. Karakteristike počinitelja s „duljom“ kriminalnom karijerom značajne su za kreiranje načina otkrivanja potencijalnih kriminalnih karijerista na samom početku njihove karijere te usmjeravanja društvenih sredstava na sprječavanje njihovog daljnjeg djelovanja, najčešće kroz zatvorske kazne²⁸.

Kako je već ranije navedeno, kao i svaka druga karijera, tako i kriminalna karijera ima svoj početak, trajanje i kraj, te već kod samog „početka“ nailazi se na poteškoće u definiranju kada je točno nastupio početak nečije kriminalne karijere. Iako su istraživanja u kriminalnoj karijeri većinom usmjerena na osobe koje su počinile kaznena djela i službeno su zabilježeni u policijske i sudske statistike, postavlja se pitanje je li njihova karijera započela prije „službenog“ (zabilježenog) početka, dakle još u adolescentsko doba. Potvrdu tomu daju Piquero i sur.²⁹, koji su uspoređujući više istraživanja došli do zaključka kako je početak karijere onih koji aktivno sudjeluju u činjenju kaznenih djela između 8. i 14. godine života, a njihov kraj između 20. i 29. godine. Vidljivo je, dakle kako velika većina kriminalnih karijera započne u adolescentskim godinama i završi u srednjim dvadesetima, što samo po sebi otvara dovoljno prostora za daljnja istraživanja o razlozima početka i prestanka kriminalne karijere. Ne treba zaboraviti autore koji, zbog specifičnosti razvoja osobe, razlikuju kriminalne karijere adolescenata (privremeni) i onih čija se kriminalna karijera

28 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 13.

29 Piquero, A. R., i dr., 2008.

nastavlja i u odrasloj dobi³⁰ ustrajni). Uzimajući u obzir istraživanja autora koji smatraju kako treba razlikovati kriminalne karijere maloljetnih počinitelja kaznenih djela od kriminalnih karijera odraslih počinitelja kaznenih djela, neke osobe mogu imati kriminalnu karijeru s dvije različite dimenzije, čime se kompleksnost samog pojma kriminalne karijere i razloga nastajanja i održavanja individualne kriminalne karijere povećava.

Trajanje nečije kriminalne karijere dobiva drugu dimenziju uzme li se u obzir činjenicu kako neki od počinitelja završe u zatvoru i time se trajanje njihove karijere prekine. Ako neki pripadnici kriminalnog *millieua* nastave svoje djelovanje čak i kada su fizički izvan zajednice u kojoj inače žive i djeluju, onda se može zaključiti kako samim zatvaranjem u nekim slučajevima trajanje kriminalne karijere nije prekinuto, već samo zaustavljeno ili modificirano. Ovaj podatak značajan je utoliko što pretpostavlja kako nečija kriminalna karijera nije prekinuta, iako je osoba osuđena na kaznu zatvora zbog nekog kaznenog djela i trenutno izdržava kaznu zatvora. Posebice je to značajno za djela vezana uz organizirani kriminal, s obzirom na činjenicu kako ta vrsta kriminaliteta podrazumijeva visoku strukturiranost i podjelu poslova, tako da nedostatak jedne ili više osoba ne znači i kraj aktivnosti već samo njezinu prilagodbu novonastalim uvjetima.

Važan čimbenik u razdoblju trajanja kriminalne karijere jest i podatak je li, i u kojoj mjeri, osoba počinila kaznena djela sama ili u sudioništvu (orig. „co-offending“). Iako na ovom području kriminalne karijere nema mnogo empirijskih istraživanja, nekoliko rijetkih je dobilo zanimljive rezultate. Sarnecki³¹ je našao kako 45% svih maloljetnika osumnjičenih za kaznena djela u razdoblju promatranja od 6 godina, se može povezati u jednu veliku mrežu svih počinitelja odgovornih za sva kaznena djela u istom razdoblju. Isti je autor³² u kasnijem istraživanju uporabio podatke svih osoba iznad 20 godina koji su osumnjičeni za jedno ili više kaznenih djela u Stockholmu između 1991. i 1995. godine i našao kako je 60% ispitanika imalo sudionika u ovom periodu. Također je došao do podatka kako su muški ispitanici većinom za sudionika birali muške osobe, ali kako su i ženski ispitanici u manjem broju birali ženske osobe za sudionike. Piquero, Farrington i Blumstein³³ zaključili su na temelju prijašnjih istraživanja, kako maloljetni počinitelji kaznenih djela u većini slučajeva počine kazneno djelo u sudioništvu, dok odrasli počinitelji kaznenih djela teže samostalnom počinjenju kaznenog djela. Zanimljivo je i istraživanje Conwaya i McCorda,³⁴ koje je obuhvaćalo razdoblje od 18 godina (od 1976. do 1994.) dobili

30 Povitsky, S., McGloin, W., McGloin, J., Co-offending and Criminal Careers: A Test of Moffitt's Dual Taxonomy, paper presented at the annual meeting of the American Society of Criminology, Atlanta, Georgia Atlanta Marriott Marquis, 2007.

31 Prema Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

32 Sarnecki, J., *Delinquent networks: Youth Co-Offending in Stockholm*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

33 Piquero, A.R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

34 Conway, K. P., McCord, J. A., *Longitudinal Examination of the Relation Between Co-Offending with Violent Accomplices and Violent Crime, Aggressive Behavior*, vol. 28/2002, str. 97:375.

podatak kako su nenasilni počinitelji kaznenih djela, koji su svoje prvo kazneno djelo u sudioništvu počinili s nasilnim počiniteljem kaznenog djela, bili u velikom riziku od počinjenja težeg nasilnog kaznenog djela, neovisno o dobi i spolu.

Od posebnog su značaja i istraživanja o prestanku kriminalne karijere.^{35, 36, 37, 38} Iako opsegom manja od istraživanja o determinantama početka kriminalne karijere, istraživanja ovog fenomena od posebnog su značaja društvenim institucijama koje sudjeluju u kreiranju preventivskih programa u zajednici, ali i u kreiranju preventivske politike općenito. Pitanje koje se postavlja u istraživanju ovog fenomena jest: Jesu li procesi koji utječu na početak kriminalne karijere slični procesima koji utječu na prestanak kriminalne karijere? No, problem je utoliko veći što ne postoji jedinstveno gledište o tomu kada nastupa prestanak kriminalne karijere. Laub i Sampson³⁹ napravili su pregled literature na ovu temu i predstavili razmišljanja različitih autora. Njihov opći zaključak jest kako se prestanak kriminalne karijere ne može zasebno razmatrati od koncepta kriminaliteta i počinitelja kaznenog djela. Koncept kriminaliteta vezan je uz zakonske sankcije predviđene ukoliko dođe do kršenja određenih društvenih pravila čije su međusobne razlike u kažnjavanju društveno uvjetovane. Dakle, ovisno o broju izrečenih sankcija za određena kaznena djela, projicira se slika, (tj. stopa) kriminaliteta vezanih uz ta djela. To što je službena brojka počinjenih kaznenih djela relativno mala, ne znači kako se ta djela manje čine, već je možda riječ o manjem otkrivanju takvih djela. Nadalje, tu je i problem koncepta počinitelja. Počinitelj je onaj koji je počinio neko kazneno djelo u prošlosti, ali isto tako i onaj koji ih još uvijek čini. Na taj način, izjednačavaju se osobe koje imaju bilo kakvu kriminalnu karijeru s "karijernim kriminalcima" na temelju činjenice kako su obje osobe učinile istu stvar – počinile su kazneno djelo. Ali, ta činjenica, osim što ih izjednačava, ujedno ih i bitno razlikuje, tako da brojka počinjenih kaznenih djela sama za sebe ne govori mnogo o počinitelju. O statistici kriminalne karijere da, ali o počinitelju samo jedan dio.

U konceptu kriminalne karijere postoje i dvije vrste izraza koji se upotrebljavaju kod prekida kriminalne karijere, preuzetih iz engleskog jezika, „termination“ i „desistance“. Riječ „termination“ (prekid, kraj, završetak) ima slično značenje kao i riječ „desistance“ (odustajanje, prekid, čin kojim se nešto prekida), ali nisu potpune istoznačnice. Riječ „desistance“ odnosi se na proces odustajanja, dok riječ „termination“ znači potpuni prekid djelovanja. U odnosu na prestanak kriminalne karijere, nije ponekad posve jasno znači li neko djelo potpuni kraj kriminalne karijere ili označava samo proces koji će rezultirati počinjenjem još nekolicine kaznenih djela prije konačnog završetka. Vidljivo je kako je potrebno ovom aspektu kriminalne

35 Brame, R., Bushway, S.D., Paternoster, R., 2003.

36 Kazemian, L., 2007.

37 Healy, D., O'Donnell, I., Calling time on crime: Motivation, generativity and agency in Irish Probationers, *Probation Journal*, vol. 55, 1/2008, str. 25-38.

38 Blumstein, A., i dr., 1986.

39 Laub, J. Sampson, R., Understanding Desistance From Crime, *Crime and Justice*, vol. 28, 1/2001, str. 1-69.

karijere posvetiti više pozornosti nego do sad, s obzirom na to da podaci dobiveni istraživanjem ovog fenomena mogu pomoći u shvaćanju koncepta cjelokupne kriminalne karijere. Posredno mogu utjecati na uspješnost postojećih preventivnih programa, kao i na kreiranje novih.

U analizi kriminalne karijere postoje dva pristupa. *Prvi* pristup temelji se na retrospekciji (samoiskazu) samih počinitelja kaznenih djela od kojih se traži da sami napišu o svojim počinjenim kaznenim djelima kroz određeni vremenski period, a *drugi* pristup zasniva na uporabi službenih podataka o počinjenim kaznenim djelima u kojem se uhićenja gledaju kao uzorak stvarne kriminalne aktivnosti koja je dovela do uhićenja.⁴⁰ Oba se pristupa temelje na različitim pretpostavkama i uvode različite opise kriminalnog procesa koji leži u podlozi kriminalnih aktivnosti. S obzirom na prednosti i nedostatke ovih pristupa, promatraju se i četiri ranije navedene temeljne dimenzije kriminalne karijere, a na temelju njih i problem zaključivanja dobivenim podacima.

2.1. Participacija u činjenju kaznenih djela

Kako sam termin participacija ili sudjelovanje nagovješćuje, prvi i najvažniji dio kod proučavanja nečije kriminalne karijere, podrazumijeva kako je pojedinac počinio kazneno djelo. Mjerenje participacije u činjenju kaznenih djela ovisi o vrsti kaznenih djela koja se promatraju i vremenskom periodu kroz koji se ta djela promatraju.^{41,42} Stoga je osnovna pretpostavka, kako netko ima bilo kakvu kriminalnu karijeru, saznanje kako je počinio barem jedno kazneno djelo za koje je osuđen. Ovisno o pristupu koji se rabi prilikom prikupljanja podataka, participacija može varirati od dijela populacije koji je *ikada* počinio makar jedno kazneno djelo u određenom vremenskom periodu do *trenutno aktivnih* počinitelja kaznenih djela u razdoblju mjerenja. Treba naglasiti kako će, ovisno o razdoblju u kojem se promatra stanje i kretanje kriminaliteta, biti zabilježeni svi koji su u tom razdoblju prvi put počinili kazneno djelo, kao i oni koji su počinili jedno ili nekoliko kaznenih djela prije polazne vremenske točke mjerenja. Dakle, što je veće vremensko razdoblje mjerenja, veća je mogućnost dobivanja jasnije slike nečije kriminalne karijere, ali i općenito slike kriminaliteta.

Također, sukladno pristupu, ovisit će i količina te vrsta prikupljenih informacija. Najčešće se govori o dva izvora podataka na temelju kojih se dobivaju podaci, neslužbene statistike, temeljene na samoiskazu počinitelja kaznenih djela te službene statistike institucija koje se bave ovom problematikom (policijske i sudske statistike). No, važni podaci koji se također uzimaju u obzir prilikom obrade su i vrste počinjenih kaznenih djela te druge karakteristike promatranog uzorka (opća populacija ili njezin subuzorak, npr. samo studenti, zaposleni, pripadnost manjinama, ranija osuđivanost...).

40 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 14.

41 Ibid.

42 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

Studije koje se temelje na *samoiskazu* počinitelja kaznenih djela o broju i vrsti počinjenih kaznenih djela omogućavaju proučavanje povezanosti između kriminalne participacije i šireg spektra osobnih karakteristika počinitelja. Ova metoda može omogućiti detaljne informacije o specifičnosti počinjenih kaznenih djela te njihovu povezanost s ostalim karakteristikama počinitelja, kao što su obiteljska struktura, pripadnost određenim grupama te nekim drugim socioekonomskim čimbenicima. Kako je ovaj pristup više usmjeren prema pojedincu, više saznanja se može dobiti o njemu samom kao počinitelju kaznenih djela, kao i informacije o broju počinjenih djela koja nisu ušla u službene statistike⁴³. No, ovaj način prikupljanja podataka ima i određenih nedostataka. Kako se ovdje radi o *samoiskazu*, mogućnost namjernog neprijavlivanja počinjenih kaznenih djela je velika. Nadalje, neka djela mogu biti izostavljena zbog toga što ih se osobe u trenutku davanja *samoiskaza* ne mogu prisjetiti. Isto tako, mogućnost preuveličavanja vlastite kriminalne aktivnosti je velika. Jedna od važnijih nedostataka ove metode jest kako često osobe, koje su u velikom riziku od činjena kaznenih djela, tj. adolescenti, najčešće nisu dostupni za ispitivanje. Stoga je podatak dobiven ovom metodom ili nepotpun, ili ga treba provjeriti.

Studije koje se temelje na *prikupljanju relevantnih podataka iz službenih izvora*, procjenjuju participaciju u činjenju kaznenih djela koristeći uzorak počinitelja kaznenih djela, pri tomu ne uzimajući u obzir samo njihov status kao počinitelja kaznenog djela, već primjerice nalazi li se taj podatak i u nekim drugim studijama. Podaci o kriminalnoj karijeri jedne osobe mogu se nalaziti u više različitih studija, s obzirom na informacije koje se istražuju u nekoj studiji. Bitno je da se podaci ne multipliciraju, tj. da su to podaci o jednoj osobi, a ne o više njih. Ovi se podaci nadalje uspoređuju s nekim drugim čimbenicima za koje se smatra kako su relevantni za objašnjenje kriminalne karijere, najčešće demografskim i socijalnim karakteristikama opće populacije⁴⁴, ali i subpopulacije kojoj pojedinac pripada. No, kao i podaci temeljeni na *samoiskazu*, tako i podaci iz službenih izvora imaju određenih nedostataka. Jedan je od glavnih nedostataka točnost podataka, u smislu brojke počinjenih kaznenih djela. Službene statistike barataju samo poznatim, tj. prijavljenim kaznenim djelima. Kako je fenomen „tamne brojke kriminaliteta“ otprije poznat, ukupna brojka kriminaliteta uvijek se zapravo nagađa, iako postoje formule izračunavanja udjela tamne brojke kriminaliteta u ukupnom broju počinjenih kaznenih djela. Drugi je glavni nedostatak službenih izvora kako oni bilježe samo ona djela koja su okarakterizirana dovoljno ozbiljnim da privuku pažnju nadležnih institucija (prvenstveno policije pa onda pravosudnih institucija), tako da neka djela nikada i ne uđu u službena izvješća. Često se zna dogoditi kako jedna osoba počini više djela i bude privedena, no postupak se pokrene samo za neka od njih, dok se za druge obustavi postupak, što zbog nedostatka dokaza, nepravilnosti u postupku ili nagodbe u zamjenu za podatke vezane uz ozbiljnije slučajeve.

43 Blumstein, A., i dr., 1986.

44 Ibid, str. 34.

Većina istraživanja kriminalne karijere^{45, 46, 47, 48} pokazala su kako veću participaciju u činjenju kaznenih djela imaju muški počinitelji kaznenih djela od ženskih. Zašto je tomu tako, svojevrsna je zagonetka za kriminologe unatoč brojnim istraživanjima. Najranija istraživanja kriminaliteta žena ovu su činjenicu većinom pripisivala slabijoj ženskoj konstituciji koja žene čini submisivnijima, fizički slabijima te manje vještima i agresivnijima od muškaraca⁴⁹. Ono što je značajno za istraživanje kriminaliteta žena jest kako je fenomenologija kriminaliteta žena puno jednostavnija od fenomenologije kriminaliteta muškaraca, no žene počiniteljice kaznenih djela znatno se ističu po težini etiologije koja se veže uz kriminalitet. Prateći tradiciju odgoja muške i ženske djece, ima smisla uzroke tražiti u modelima razvoja ličnosti, no ne treba zaboraviti kako na kriminalitet općenito utječu biološki, psihološki i sociološki čimbenici, stoga velika razlika između muških i ženskih počinitelja kaznenih djela daje prostora za daljnje istraživanje, kako općeg kriminaliteta, tako i u razlikama između kriminalnih karijera.

Kako se može vidjeti, različiti pristupi u studijama, koje se bave istraživanjem participacije u činjenju kaznenih djela, imaju svoje prednosti i nedostatke, a rješenje se čini jednostavnim – za potpunost podataka najbolje je imati kombinaciju jedne i druge, no to bi sigurno tražilo mnogo vremena i preustroja postojećih institucija koje su zadužene za ovakvu vrstu posla. Prvenstveno bi to iziskivalo preusmjeravanje velikog broja ljudi u istraživanje točnosti dobivenih podataka što je proces koji može potrajati dosta dugo, a takav posao je samo jedan u obimu poslova kojima se mjerodavne institucije za ovu problematiku bave. Ipak, i jedna, i druga vrsta studija svakako su važne za istraživanje kriminalne karijere na individualnoj i općoj razini. Na temelju službenih podataka o ukupnoj brojci kriminaliteta temelje se strategije prevencije kriminaliteta te se izrađuju razni preventivni programi i usmjeravaju sredstva zajednice prema najkritičnijim dijelovima društva. Točnost podataka temeljnih na samoiskazu možda i jest najveća prepreka u praćenju nečije kriminalne karijere u smislu točnosti podataka, ali svejedno može značajno doprinijeti u procjeni budućeg kriminalnog ponašanja. Osim toga, daje potpuniju sliku individualne kriminalne karijere.

Neovisno na temelju kojih podataka se utvrđuje participacija, tri su zaključka značajna za ovu dimenziju⁵⁰.

45 Gottfredson, Stephen, D. Gottfredson, Don, M., *Crime Control and the Criminal Career: Executive Summary to "Incapacitation Strategies and the Criminal Career"*, National Criminal Justice Reference Service, USA, No. 148827/1992, str. 1-16.

46 Kyvsgaard, B., 2003.

47 Blumstein, A., i dr., 1986.

48 Farrington, D. P., Key results from the first 40 years of the Cambridge Study in Delinquent Development, u: Thornberry Terrence, P. Krohn, Marvin, D., *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*, 2003, New York, Kluwer Academic/Plenum Publishers. str. 137–183,

49 Singer, M., *Kriminologija*, Zagreb, Nakladni zavod Globus, 1994., str. 170.

50 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., op. cit., str. 11.

Prvi zaključak je kako muški počinitelji kaznenih djela imaju značajno veću participaciju od ženskih počinitelja, pogotovu što se tiče težih kaznenih djela.

Drugi, postoje i razlike temeljene na rasnim razlikama, tj. rezultati pokazuju kako pripadnici crne rase imaju tipično veću participaciju od bijelih počinitelja, ali treba naglasiti kako se velika većina ovih istraživanja temelji na američkim istraživanjima i u obzir treba uzeti povijesne i društvene karakteristike američkog društva prilikom interpretacije dostupnih podataka.

Treće, postoji značajna povezanost između dobi i participacije u kaznenim djelima. Što je ranija dob početka kriminalne karijere, to je veća vjerojatnost kako će duljina kriminalne karijere biti veća. U tom smislu, participacija u činjenju kaznenih djela će također biti veća.

2.2. Učestalost činjenja kaznenih djela

Druga po značaju dimenzija jest individualna učestalost činjenja kaznenih djela. Podaci o učestalosti činjenja kaznenih djela dostupni su samo za dio populacije koja je počinila ili još uvijek čini kaznena djela.

Ova je dimenzija zapravo temeljna za bilo kakvo istraživanje kriminalne karijere. Postotak kaznenih djela po osobi reflektira individualnu učestalost činjenja kaznenih djela⁵¹, dakle intenzitet kojim osoba čini kaznena djela. Kao i u prijašnjoj dimenziji, postoje dva pristupa prikupljanju podataka o učestalosti činjenja kaznenih djela: samoiskazom o prijašnjim kaznenim djelima te službenim podacima o prijašnjim uhićivanjima i osudama. Kako se može primijetiti, oba se pristupa zapravo temelje na retrospektivnoj analizi, a ne na trenutnom stanju. Tako dobiveni podaci mogu pomoći u rasvjetljavanju nečijeg intenziteta kriminalne karijere u prošlosti i možda pretpostavljanju daljnjeg intenziteta u budućnost. Za pravu sliku o nečijoj učestalosti trebao bi nam svojevrсни „dnevnik“ kojeg bi vodila svaka osoba koja je uključena u kriminalne aktivnosti i u kojem bi bilo zabilježeno svako kazneno djelo i vrijeme počinjenja.

Kao i u prethodnoj dimenziji kriminalne karijere, oba pristupa imaju svoje prednosti i nedostatke. Problem točnosti u samoiskazu o počinjenim kaznenim djelima i ovdje je isti – koliko su točni podaci kojih se počinitelj prisjeća te je li naveo sva djela. S druge strane, službeni podaci dostupni su samo za ona djela zbog kojih je netko u najmanjoj mjeri uhićen, a prema Blumsteinu i sur.⁵² do uhićenja dolazi za relativno mali broj djela. Isti su autori na temelju proučavanja drugih istraživanja došli do zaključka kako postoje određene razlike u učestalosti između pojedinaca koji čine kaznena djela. Razlike se očituju u godinama početka kriminalne karijere, zlouporabi ilegalnih droga, nezaposlenosti te prijašnjoj kriminalnoj aktivnosti. Rezultati su pokazali kako osobe koje su kriminalnom karijerom počele relativno rano u adolescentskoj dobi, zlorabe ilegalne droge, nezaposleni su dulje vremensko razdoblje i imaju veći broj kaznenih djela, najčešće imaju veću učestalost činjenja

51 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 55.

52 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 55.

kaznenih djela nego ostali počinitelji kaznenih djela. Kako ovi rezultati ukazuju na određenu postojanost, tj., pravilnost u učestalosti činjenja kaznenih djela, sasvim je realno podijeliti počinitelje kaznenih djela na one s višom ili manjom učestalošću činjenja kaznenih djela. Temeljem toga, moguće je izraditi određene procjene budućeg kriminalnog ponašanja, ali i klasifikaciju među počiniteljima što je povezano s preventivskom politikom i penološkim tretmanom.

2.3. Težina počinjenog kaznenog djela

Osim činjenice o participaciji i učestalosti činjenja kaznenih djela, važna činjenica prilikom istraživanja kriminalne karijere jest i ozbiljnost, odnosno težina počinjenih kaznenih djela. Naravno, sva kaznena djela „jednako“ su teška, no za proučavanje kriminalne karijere od posebnog su interesa kaznena djela za koja se generalno kaže kako su „teža“, tj. kako su njihove posljedice po društvo znatno teže od ostalih djela. Takva su kaznena djela, primjerice krvni delikti, imovinski delikti, nasilni delikti i sl. Ono što je također značajno u ovom kontekstu jest i konzistentnost u činjenju kaznenih djela, dakle informacija o tomu specijaliziraju li se određeni počinitelji kaznenih djela za određena kaznena djela te u kojem trenutku nastupa specijalizacija. Jedan od mogućih čimbenika koji može pokazati prelazak iz sfere činjenja manje teških kaznenih djela u sferu učestalog činjenja težih kaznenih djela jest povećanje učestalosti činjenja kaznenih djela općenito, no to ne mora biti pravilo. Piquero, Farrington i Blumstein⁵³ navode kako u ovom segmentu kriminalne karijere postoje četiri glavne značajke koje se promatraju kroz individualnu učestalost činjenja kaznenih djela:

- 1. Težina kaznenog djela** (tendencija ka činjenju težih kaznenih djela tijekom kriminalne karijere),
- 2. Eskalacija** (tendencija ka činjenju od početnih lakših kaznenih djela prema sve težim tijekom kriminalne karijere),
- 3. Specijalizacija** (tendencija ponavljanja kaznenih djela iste vrste) i
- 4. Kombiniranje između kaznenih djela** (orig., „crime-type switching“) – obrazac činjenja nekoliko različitih vrsta kaznenih djela, svojevrsna višestruka specijalizacija.

Iako se i ovdje podaci mogu dobiti na dva načina, samoiskazom ili službenim podacima, jedini relevantni podaci su samo službeni podaci, budući da su oni jedini provjerljivi i koliko-toliko točan izvor podataka. Iako se u ovom dijelu kriminalne

53 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., op. cit., str. 14.

karijere dosta spominje specijalizacija, razna istraživanja^{54, 55, 56, 57} su pokazala kako se to događa u vrlo malom broju slučajeva i podržavaju tezu o svojevrsnoj „svestranosti“ u činjenju kaznenih djela, posebice kod maloljetnih počinitelja kaznenih djela. Također, njihovi su rezultati pokazali kako je specijalizacija specifična za odrasle počinitelje kaznenih djela. Zanimljivo je istraživanje nekih autora⁵⁸ koji su na temelju svojih istraživanja o specijalizaciji za nasilna kaznena djela došli do zaključka kako je počinjenje kaznenog djela s elementima nasilja unutar kriminalne karijere uvelike u funkciji individualne učestalosti činjenja kaznenih djela. Prije ili kasnije, počinitelji kaznenih djela, koji imaju veću učestalost (frekvenciju) činjenja kaznenih djela, imaju veću mogućnost kako će u svojoj karijeri „nakupiti“ kaznena djela s elementima nasilja.

S obzirom na to kako se kaznena djela ne čine nekim zadanim redom i pravilnim vremenskim okvirima te kako postoje saznanja o raznovrsnosti počinjenih kaznenih djela iste osobe, istraživanja na temu kombiniranja između kaznenih djela unutar kriminalne karijere također su došla u središte pozornosti znanstvenika. Brame, Paternoster i Bushway⁵⁹ ističu kako postoji vrlo malo istraživanja o povezanosti učestalosti činjenja kaznenih djela i kombiniranja između kaznenih djela. Soothill, Francis i Fligelstone⁶⁰ su u svom radu istraživali različitost kriminalne aktivnosti u vremenskom periodu od 5 godina na muškom i ženskom uzorku iz dvije kohorte ispitanika iz 1953. i 1958. godine. Podaci su pokazali kako postoji raznovrsnost u činjenju kaznenih djela u obe kohorte i kako postoji značajna razlika između muških i ženskih ispitanika. Glavna je značajka ovog istraživanja kako podjele počinitelja kaznenih djela prema kaznenom djelu kojeg je najčešće činio u prošlosti ili zbog kojeg je osuđen na izdržavanje kazne zatvora u trenutnom slučaju više nisu dostatne za predviđanje smjera kriminalne karijere.

Blumstein i sur.⁶¹ također potvrđuju kako podaci o prijašnjem kaznenom djelu pomažu u predikciji slijedećeg kaznenog djela. Naime, isti su autori došli do zaključka kako pojedinci koji čine kaznena djela s elementima nasilja, najčešće ne čine druge vrste kaznenih djela, primjerice imovinske delikte. Dakle, prijelazi iz jedne skupine kaznenih djela u drugu nisu uobičajeni, već zapravo sporadični ili situacijski. Ova saznanja govore o pojavi specijalizacije, tj. profesionalizacije u

54 Blokland, A., i dr., Specialization, versatility and escalation in long-term criminal careers, paper presented at the annual meeting of the American Society of Criminology (ASC), Los Angeles, Los Angeles Convention Center, 2006.

55 Britt, C., Correlates of Specialization and Escalation in the Criminal Career: Summary Report, National Criminal Justice Reference Center, No. 29849-6000/2000, str. 1-11.

56 Kempf, K. L., 2006.

57 Blumstein, A., i dr., 1986.

58 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

59 Brame, R., Paternoster, R., Bushway, S.D., 2004.

60 Soothill, Keith, L./Francis, Brian, J. Fligelstone, Rachel, Patterns of offending behaviour: A new approach, Research Development and Statistics Directorate, United Kingdom, Home Office, London, 2002.

61 Blumstein, A., i dr., 1986.

činjenju određenog kaznenog djela. Iako specijalizacija jest tendencija ponavljanja činjenja istog kaznenog djela, samo na temelju prijašnjih djela nije moguće sa sigurnošću reći kako će i sljedeće kazneno djelo biti isto. Pri tomu treba naglasiti kako je način prikupljanja podataka bitan čimbenik. Naime, nije isto temelje li se projekcije budućeg kaznenog ponašanja na podacima o uhićenju ili osudama za neko kazneno djelo. Također, američka praksa poznaje slučajeve kako je za istu osobu utvrđeno uhićenje za isto djelo u različitim policijskim postajama što je „napuhalo“ brojku recidivizma za to kazneno djelo, a zapravo se radi o samo jednom (istom) kaznenom djelu⁶². Što se osuda tiče, neki počinitelji mogu biti uhićeni za jedno djelo, a osuđeni za više njih u isto vrijeme. Glavni zaključak gotovo svih istraživanja je isti, maloljetni počinitelji kaznenih djela imaju veću tendenciju u raznolikosti činjenja kaznenih djela, dok odrasli počinitelji kaznenih djela imaju tendenciju specijalizacije u nekoj vrsti kaznenog djela.

Stoga, ovi podaci govore kako je potrebno početi istraživati uzorke i specifičnosti kombiniranja kaznenih djela koji mogu dodatno razsvjetliti neke specifičnosti kriminalne karijere pojedinca ovisno o kombinaciji kaznenih djela. Najčešća specijalizacija se može primijetiti kod imovinskih delikata, ali to je najvjerojatnije zato jer se najviše kaznenih djela počini upravo u tom području. Pri interpretiranju podataka treba imati na umu i pravni, politički i društveni okvir unutar kojeg se promatra uzorak i odnos počinjenih kaznenih djela radi potpune slike.

3. Duljina kriminalne karijere

Ova dimenzija kriminalne karijere od posebnog je značaja, i za kriminologe, i ostale znanstvenike iz drugih područja uključene u problematiku kriminaliteta općenito, tako i za sve državne i društvene institucije koje se bave prevencijom kriminaliteta. Dosadašnja znanja o kriminalnoj karijeri govore kako je kriminalna karijera u većini slučajeva vrlo kratkog vijeka^{63, 64, 65, 66} i većinom se odvija u tinejdžerskim godinama. No, istodobno, neki i dalje nastave s činjenjem kaznenih djela, što dovodi do pitanja otkrivanja čimbenika koji utječu na produljenje kriminalne karijere u odrasloj dobi, koliko je prosječno trajanje kriminalne karijere te mogu li se utvrditi čimbenici koji razlikuju osobe s kraćom karijerom od onih s duljom. Nadalje, za počinitelje kaznenih djela čija karijera još „traje“ postavlja se pitanje procesa koji dovode do prekida karijere. Podaci o prosječnoj duljini trajanja kriminalne karijere mogu biti značajni u predikciji ostatka vremena do kraja kriminalne karijere (u stranoj se literaturi to vrijeme zove još i *Residual Career Length*, u daljnjem tekstu RCL). Specifičnosti u duljini trajanja kriminalne karijere zajedno s podacima o

62 Ibid

63 Blumstein, A., i dr., 1986.

64 Britt, C., 2000.,

65 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

66 Francis, B., Soothill, K., Piquero, A. R., Estimation Issues and Generational Changes in Modeling Criminal Career Length, *Crime & Delinquency*, vol. 53, 1/2007, str. 84-105.

vrsti kaznenog djela te drugim značajkama samog počinitelja kaznenog djela mogu dovesti do identificiranja čimbenika koji razlikuju osobe koje će imati kraću od osoba koje će imati dulju kriminalnu karijeru. Informacije o ovim osobitostima kriminalne karijere mogu pomoći u iznalaženju ciljanih intervencija za modifikaciju kriminalnih karijera. Jedna od najvažnijih informacija je svakako ona o povezanosti dobi i početku kriminalne karijere. No, ne treba zaboraviti i značaj informacija o povezanosti nekih drugih značajki s kriminalnom karijerom, kao što su socioekonomski status, vrsta kaznenog djela, ali i neke druge psihološke značajke, posebice u sferi kriminalnog stila života⁶⁷.

S obzirom na svojstva podataka, koji se uzimaju u obzir prilikom istraživanja ove dimenzije, analize ove dimenzije odvijaju se na više razina.^{68,69} Najosnovnija podjela je na dvije razine koje uključuju podjelu na maloljetne i punoljetne počinitelje kaznenih djela, stoga se i problematika cjelokupne kriminalne karijere mora promatrati na taj način. Različite studije su imale različite pristupe na osnovi ovakve podjele, tako da neki autori smatraju kako treba promatrati odvojeno maloljetničku od punoljetničke kriminalne karijere.⁷⁰ Drugi promatraju kriminalnu karijeru kroz poveznice između ova dva razdoblja⁷¹ pa čak i razlikuju prijelazna razdoblja između maloljetničke i punoljetničke kriminalne karijere. Piquero i sur⁷², sažimajući dosadašnja saznanja iz ovog područja, zaključili su kako je početak kriminalne karijere između 8. i 14. godine života, dok je prestanak između 20. i 29. godine života. Dakle, neovisno o tomu kako se promatra nečija kriminalna karijera, općeniti je zaključak kako kriminalna karijera najčešće započinje u jednom vremenskom razdoblju, a završava u drugom.

Drugi pristup tiče se studija koje su duljinu trajanja kriminalne karijere promatrale kroz individualnu učestalost činjenja kaznenih djela i projicirale RCL nakon svakog uhićenja. Bitna pitanja u ovim studijama su na koji način se mijenja vjerojatnost prestanka kriminalne karijere s obzirom na ukupan broj uhićenja, koji je očekivan broj uhićenja u budućnosti u bilo kojem trenutku aktivne kriminalne karijere te postoje li neki čimbenici koji mogu identificirati počinitelje koji imaju naznake dugoročne kriminalne karijere⁷³.

Treći pristup u istraživanju duljine trajanja kriminalne karijere usmjerava se na trajanje cjelokupne kriminalne karijere, tj. na vremensko razdoblje između prvog i zadnjeg počinjenog kaznenog djela.

Osobitu pozornost u okviru trajanja kriminalne karijere imaju sama inicijacija, odnosno početak kriminalne karijere te kraj⁷⁴. Početak kriminalne karijere bitan je prvenstveno zbog dosadašnjih saznanja o trajanju kriminalne karijere ukoliko je njezin početak bio u ranijim tinejdžerskim godinama. No, problem istraživanja duljine

67 Walters, G., 1990.

68 Blumstein, A., i dr., 1986.

69 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

70 Ibid.

71 Blumstein, A., i dr., 1986.

72 Piquero, A. R., i dr., op. cit., str. 583.

73 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 86.

74 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, 2007.

trajanja kriminalne karijere zapravo je u njezinom kraju. Naime, ne postoji konsenzus o *pravom* kraju kriminalne karijere.⁷⁵ Pojednostavljeno stajalište zagovara kako je kraj kriminalne karijere zapravo vrijeme u kojem je počinjeno zadnje kazneno djelo. No, malo je toga poznato o razlozima zbog kojih dolazi do prekida. Pretpostavlja se kako je prekid kriminalne karijere također proces koji traje neko vrijeme, s obzirom na to kako postoje čimbenici koji utječu na sam početak kriminalne karijere, tj. na odluku o započinjanju. Temeljem toga, sasvim je logična pretpostavka kako postoje neki događaji i procesi koji utječu na donošenje odluke o prekidu kriminalne karijere, tj. o nečinjenju kaznenih djela. Ali, zbog nedostatka konkretnih istraživanja u ovom području, sve rasprave o tomu su zapravo na teorijskoj razini.

Jedno od najopsežnijih istraživanja na temu duljine trajanja kriminalne karijere i RCL-a jest istraživanje Blumsteina, Cohenove i Hsieha⁷⁶. Za počinitelje koji imaju oko 30 godina i još uvijek su aktivni u činjenju kaznenih djela, prosjek trajanja karijere je 10 godina i njihov RCL je najdulji. Konačno, za osobe u 40-ima koje još uvijek čine kaznena djela, učestalost činjenja kaznenih djela opada i RCL se znatno skraćuje. Ovo istraživanje potvrđuje tezu kako je kraj kriminalne karijere zapravo proces prestajanja činjenja kaznenih djela o kojem se vrlo malo zna što je još jedna preporuka za ciljana istraživanja.

Područje duljine trajanja kriminalne karijere ujedno je i najveće u području fenomena kriminalne karijere budući da obuhvaća cjelokupni kriminalni „opus“ koji ima mnogo specifičnosti, no vrlo malo konkretnih podataka koji mogu biti podloga za konkretne mjere prevencije kriminaliteta. Ovo je područje zapravo subsumirajuće za ostale tri dimenzije kriminalne karijere (participacija, individualna participacija i težina kaznenog djela), što znači kako je problematika istraživanja fenomena kriminalne karijere tim veća jer svaka od tih dimenzija unutar sebe nosi mnogo neodgovorenih pitanja. Dakle, fenomen kriminalne karijere je od izuzetnog značaja, kako za znanstvenike, tako i za cjelokupnu politiku prevencije kriminaliteta s obzirom na to kako je smanjenje stope kriminaliteta od globalnog interesa.

4. Značaj istraživanja kriminalne karijere

Pojam kriminalna karijera utjecao je na kriminologe, napose kriminološke teoretičare da istraže u kojoj mjeri se mogu uzeti u obzir podaci iz četiri dimenzije kriminalne karijere za objašnjenje ukupne kriminalne karijere pojedinca, kao i donošenje nekih općih zaključaka o kriminalnoj karijeri kao fenomenu. Najveći razlog za to je dokazana povezanost između kriminalne aktivnosti u prošlosti (adolescenciji)

75 Ibid.

76 Blumstein, A., Cohen, J., Hsieh, P., *The Duration of Adult Criminal Careers*. Final report to the National Institute of Justice, Pittsburgh, Carnegie-Mellon University, School of Urban and Public Affairs, 1982.

i nastavkom kriminalne aktivnosti u budućnosti (odrasloj dobi).^{77, 78, 79, 80, 81, 82} Iako kriminalna karijera sama po sebi ne predstavlja novu teoriju kriminaliteta, konstrukt na kojem se temelji ovaj pojam pridonosi razvoju nekih novih teorijskih pravaca u kriminologiji općenito. To najbolje opisuju Blumstein, Cohen i Farrington⁸³ kada kažu kako pojam kriminalna karijera “razdvaja osobe koje čine kaznena djela od njihovih djela.” Spajajući prethodna znanja iz kriminologije o različitim čimbenicima koji utječu na započinjanje kriminalne karijere s temeljnim dimenzijama kriminalne karijere, može se zaključiti kako različiti čimbenici različito djeluju na odluku pojedinca o činjenju kaznenih djela, kojim intenzitetom će ih činiti, koja kaznena djela će počinuti te na koncu, kada će prestati s njihovim činjenjem. Stoga znanja o svakoj dimenziji kriminalne karijere ponaosob mogu pridonijeti o razumijevanju i zakonitostima kriminalne karijere općenito. Nadalje, svaka od četiri dimenzije kriminalne karijere može se zasebno promatrati unutar cjelokupnog konstrukta kriminalne karijere, a samim time se i zasebno mogu promatrati i čimbenici koji utječu na te četiri dimenzije. Štoviše, ovime se predviđa mogućnost istraživanja s ciljem utvrđivanja djeluju li neki čimbenici samo na jednu dimenziju ili su neki značajni za sve četiri dimenzije. Također, naglasak istraživanja može biti i na „karijeri“ u smislu prepoznavanja čimbenika koji utječu na početak, onih koji održavaju karijeru te onih koji dovode do prekida karijere⁸⁴.

Poseban značaj pojma kriminalne karijere odnosi se i na spoznaju o tzv., „kroničnim“ počiniteljima kaznenih djela ili „profesionalnim delinkventima“. U kriminologiji je već odavno poznata činjenica kako je za najveći dio kaznenih djela odgovorna relativno mala grupa osoba. Pažnju na ovu činjenicu skrenulo je istraživanje Wolfganga i sur.⁸⁵ koji su tim imenom nazvali grupu od 627 delinkvenata od ukupno 9945 promatranih delinkvenata. Iako su ovi ispitanici činili samo 6% ukupne populacije ispitanika, oni su bili odgovorni za 52% svih kaznenih djela koje je počinio ovaj uzorak. Nadalje, tih 627 delinkvenata bilo je odgovorno za mnogo veći postotak težih kaznenih djela koji su imali obilježja nasilja. Slične rezultate dobili su još neki autori^{86, 87, 88}. Ova skupina delinkvenata predmetom je mnogih istraživanja u kriminologiji koja nastoje objasniti čimbenike koji utječu na ovakvu upornost u

77 Blumstein, A., Cohen, J., Hsieh, P., 1982.

78 Blumstein, A., i dr., 1986.

79 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., 1988

80 Sarnecki, J., 2001.

81 Farrington, D. P., 2003.

82 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

83 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., op. cit., str. 4.

84 Brame, R., Bushway, S. D., Paternoster, R., 2003.

85 Prema Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

86 Blumstein, A., i dr., 1986

87 Tracy, P., *Delinquency Careers in Two Birth Cohorts*, New York, Plenum Press, 1990.

88 Shannon, Lyle., *Assesing the Relationship of Adult Criminal Careers to Juvenile Careers*, Washington D.C., U.S. Department of Justice, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1982.

činjenju kaznenih djela, posebice zbog činjenice kako oni većinom čine i najteža kaznena djela koja u pravilu imaju elemente teškog nasilja.

Spoznaja o dimenzijama kriminalne karijere u smislu početaka kriminalne karijere u adolescenciji i u odrasloj dobi rezultirala je novim pristupom etiologiji i fenomenologiji kriminaliteta unutar koje se razvija nekoliko drugih teorija. Tako je nastao teorijski pristup koji se naziva „*razvojna kriminologija životnog vijeka*“ (orig., *Life-course/Developmental Criminology*). Izraz „*life-course*“ grubo se može prevesti kao „*životni put*“ koji je definiran kao „*putevi kroz dobno određeni životni tijek*“ gdje se izraz „*dobno određen*“ očituje u „*očekivanjima i mogućnostima koji utječu na proces odluke odabira te tijekovima događaja koji oblikuju različite životne faze, prijelazna razdoblja te prijelomne točke u nečijem životu*“^{89 90 91}. Unutar kriminologije, perspektiva „*životnog tijeka*“ nudi sveobuhvatan pristup izučavanju kriminalne aktivnosti jer uzima u obzir mnoštvo čimbenika koji utječu na činjenje kaznenih djela kroz različita vremenska razdoblja i kontekste⁹². Bitno je naglasiti kako se pojam „*životni vijek*“ često koristi s terminima „*životni interval*“ (orig., *life-span*“), „*životna povijest*“ (orig. „*life history*““) te „*životni ciklus*“ (orig. „*life cycles*“), no svi ti termini nisu sinonimi već označavaju različita područja unutar teorijskog pristupa životnom vijeku. *Životni interval* tako označava odnosi se na vremenski interval koji je predmetom proučavanja. Studije unutar životnog intervala obuhvaćaju značajno vremensko razdoblje u kojima se najčešće nastoji naći povezanost između istih ponašanja u različitim životnim periodima pojedinca. Pojam *životna povijest* tipično se odnosi na kronologiju aktivnosti ili događaja tijekom životnog vijeka (npr. promjena mjesta prebivališta, značajni obiteljski događaji i sl.) te se najčešće temelji na godinama u kojima su se događali najznačajniji događaji pojedinca ili na kalendarskoj retrospektivi, gdje se bilježi mjesec i godina u kojoj je došlo do nekog važnijeg događaja. Treći pojam, *životni ciklus*, upotrebljava se za opis redoslijeda događaja koji su se dogodili kroz neko razdoblje ili tijekom čitavog života. Taj pojam razlikuje u istraživanjima cjelokupne populacije, gdje se ovaj pojam koristi za označavanje reproduktivnog procesa s jedne generacije na drugu⁹³.

Unutar razvojne kriminologije životnog vijeka postoje dva središnja koncepta koji leže u podlozi analize životnog vijeka i to njegove dinamike općenito te kriminalne aktivnosti specifično.^{94, 95}

89 Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., op. cit., str. 29

90 Sampson, R., Laub, J., A General Age-Graded Theory of Crime: Lessons Learned And The Future of Life-Course Criminology, u: Farrington, David, P., Integrated Developmental & Life-Course Theories of Offending, Advances in Criminological Theory, 2005a, Transaction Publishers, str. 165-181.

91 Sampson, Robert, J./Laub, John, H., A Life-Course View of the Development of Crime. ANNALS, AAPSS, 602, 2005b, str. 12-45.

92 Thornberry, 1997., prema Piquero, A. R., Farrington, D. P., Blumstein, A., 2007.

93 Elder, G., Johnson, M., Crosnoe, R., The Emergence and Development of Life Course Theory, u: Mortimer, Jeylan, T. Shanahan, Michael, J., Handbook of the life course, 2003, New York, Kluwer Academic/Plenum Publishers, str. 5.

94 Sampson, R., Laub, J., 2005a.

95 Sampson, R., Laub, J., 2005b.

Prvi koncept jest „putanja“ (orig. „trajectory“) ili put razvoja kroz životni vijek, kao što su zaposlenje ili kriminalna aktivnost. Putanje se tako odnose na dugoročne obrasce specifičnih tipova ponašanja. Drugi koncept, koji je ugrađen u prvi koncept, su tranzicije, tj., specifični životni događaji (prekid školovanja, prvo uhićenje) koji su se događali unutar kraćih vremenskih intervala. Prema Elderu⁹⁶ priroda međusobne povezanosti ovih dvaju koncepata može proizvesti prijelomne točke ili promjene u životnom vijeku. Različite teorije kriminaliteta⁹⁷ već su ranije u svojim konceptima ustanovile kako postoji povezanost između događaja iz djetinjstva i događaja u odrasloj dobi vezano uz činjenje kaznenih djela. Teorijski koncept razvojne kriminologije životnog vijeka također naglašava ovu značajku ističući kako svaka osoba tijekom svog životnog vijeka prolazi kroz određena razdoblja ili faze i svaka faza je nadgradnja prethodnoj. Okvirno, ta se razdoblja mogu podijeliti na: rođenje, dječju dob, adolescenciju, zrelu dob, starost i na kraju smrt. Točka prijelaza iz jednog razdoblja u drugo ne mora nužno biti uvjetovana kronološkom dobi, iako postoje okvirne dobne granice unutar kojih se nalaze ova razdoblja. Koncept razvoja kroz životni vijek pretpostavlja kako postoji određena pravilnost, tj. redoslijed prelaska iz jednog životnog razdoblja u drugo. Povezujući to s činjenicom kako stvari iz prijašnjeg razdoblja utječu na ponašanja u drugom razdoblju, moguće je pretpostaviti nečiju putanju životnog razvoja. Ono što je značajno jest spoznaja kako ti prelasci, odnosno prijelomne točke, mogu modificirati ljudsko ponašanje, tj., mogu promijeniti putanju razvoja čime se potvrđuje činjenica kako različiti događaji imaju različite učinke na ljudsko ponašanje. Značajnost pristupa razvojne kriminologije u izučavanju kriminalne karijere jest u njenom nastojanju objašnjavanja kako te prijelomne točke i tranzicije u sferi školovanja, posla, obitelji i međuljudskih odnosa utječu na promjene u kriminalnoj aktivnosti. Također, njena značajnost očituje se kroz zaključak kako je za razumijevanje nečije kriminalne aktivnosti potrebno shvatiti koji su čimbenici i kako utjecali na odabir pojedinca krenuli s „kriminalnom karijerom“.

Osim što je nastanak koncepta kriminalne karijere doveo do razvoja novog teorijskog pristupa u kriminologiji, utjecao je također na promišljanja o upotrebi podataka i dostignuća u istraživanjima u smislu donošenja konkretnih preventivskih strategija u borbi protiv kriminaliteta. Trenutna dostignuća u kriminologiji govore *kako se kriminalitet kao pojava ne možemo u potpunosti riješiti*, ali se došlo do određenih saznanja kako određene preventivne mjere u određenoj mjeri pomažu u stavljanju stope kriminaliteta pod kontrolu. Tako su nastale brojne strategije koje nastoje svesti broj kaznenih djela i štetu nastalu tim djelima pod nadzor.

Blumstein i sur.⁹⁸ definiraju tri glavna čimbenika prema kojima se orijentiraju strategije kontroliranja kriminaliteta na temelju saznanja o kriminalnoj karijeri:

1. Opća prevencija,
2. Modificiranje kriminalne karijere (orig. „career modification“) i
3. Onesposobljavanje zatvaranjem (orig. „incarceration strategy“).

96 Elder, 1985., prema Piquero, A.R., Farrington, D.P., Blumstein, A., 2007.

97 Singer, M., 1996.

98 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 109.

Strategije opće prevencije usmjeravaju se na odvracanje osoba koje nisu počinile kazneno djelo od njegovog započinjanja. Kako bi ove strategije bile što uspješnije potrebne su dvije vrste znanja kojima je nužno raspolagati prilikom njihovih izrada: (1) znanja o mogućim indikatorima za početak činjenja kaznenih djela za pojedince koje imaju visoki postotak udjela u činjenju kaznenih djela te (2) znanja o uspješnim intervencijama za koje se pokazalo kako smanjuju udio onih koji započinju s činjenjem kaznenih djela. Kako se tradicionalno u kriminologiji najčešće traže razlike prema dobi, spolu i obrazovanju, također i prema nekim socioekonomskim karakteristikama (mjesto prebivališta, zaposlenost...) tako se i preventivne strategije usmjeravaju na istraživanja kako ovi čimbenici utječu na odluku o činjenju kaznenih djela. Jedan od najznačajnijih čimbenika za prevenciju početka kriminalne karijere jest dob. Već je ranije spomenuto kako je dob s kriminalnom karijerom povezana na način *da oni koji započnu činiti kaznena djela u ranoj adolescentskoj dobi su u najvećem riziku (imati) dugotrajnu kriminalnu karijeru*⁹⁹. Stoga je jedna od zadaća ispitivanja rizičnih čimbenika vezanih uz dob i činjenje kaznenih djela pronalaženje optimalne dobi za početak intervencije. Ukoliko je intervencija prerana, identificiranje visokorizične djece može proizvesti dosta pogrešaka, a ukoliko je prekasna, prilike za uspjeh su također smanjene¹⁰⁰.

Strategije usmjerene prema modificiranju već postojeće kriminalne karijere usmjerene su na smanjenje učestalosti činjenja kaznenih djela, trajanja kriminalne karijere i smanjenje činjenja težih kaznenih djela. Ove su strategije dakle usmjerene prema pojedincima koji su već prepoznati kao počinitelji kaznenih djela te nastoje smanjiti njihovu učestalost činjenja kaznenih djela ili težinu kaznenih djela u budućnosti. Uspješnost ovih intervencija najčešće se mjeri prema podacima o kriminalnom povratu, tj. prema podacima o ponovnom uhićenju i osuđivanju za činjenje kaznenih djela unutar nekog vremena. Iako ovi podaci dosta govore o kriminalnoj aktivnosti, stopa povrata malo govori o tomu koji su točno aspekti kriminalne karijere pod utjecajem intervencije. Također, ukoliko se povrat ne definira prema karakteristikama kaznenog djela za koji se utvrđuje njegova stopa, mogućnost za netočan podatak o smanjenoj stopi počinjenja težih kaznenih djela je velika.

Strategijama modifikacije kriminalne karijere (u što spada i penološki tretman) bavili se mnogi autori^{101 102 103 104}. Njihova saznanja govore o tomu kako ne postoje strategije koje su široko učinkovite, ali kako su neke dovoljno učinkovite za određene

99 Blumstein, A., Cohen, J., Farrington, D. P., 1986.

100 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 110.

101 Lipton, D., Martinson, R., Wilks, J., *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Valuation Studies*, New York, Praeger Press, 1975.

102 Martinson, R., *What Works? - Questions and Answers About Prison Reform*, *The Public Interest*, vol. 35, 1974, str. 22-54.

103 Sechrest, L., White, S. O., Brown, E. D., *The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington D.C., National Academy of Sciences Press, 1979.

104 Sarre, R., *Beyond 'What Works?' A 25 Year Jubilee Retrospective Of Robert Martinson, History of Crime, Policing and Punishment Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with Charles Sturt University, Canberra, 1999.*

grupe počinitelja kaznenih djela. Time su pospješile daljnja istraživanja penološkog tretmana počinitelja određenih kaznenih djela. Posebno učinkovite preventivne strategije su alternativne kazne zatvora, zapošljavanje i edukacija zatvorenika te posttretmanska potpora nakon izlaska iz zatvora.

Treća vrsta strategija temelji se na pretpostavci o broju kaznenih djela koja se ne bi počinila od strane nekog počinitelja tih kaznenih djela dok se on nalazi u zatvoru. Od svih preventivnih strategija, pojam "kriminalna karijera" najviše se bavi učincima zatvaranja na razvoj kriminalne karijere. Teorija zatvaranja (orig. „incapacitation theory“) smatra kako je počinitelj kaznenih djela onemogućen od daljnjeg činjavanja kaznenih djela dok je u zatvoru, no to ne znači kako se ta ista djela ne mogu počinuti od strane nekog drugog (npr., preprodaja droge) ili kako on ne može počinuti kazneno djelo unutar zatvora. No, stavljanje nekoga „iza rešetaka“ svakako ima svoje prednosti i učinak na ostatak populacije, pogotovu one koja možda pomišlja na počinjenje kaznenog djela.

Učinak zatvaranja može se promatrati kroz dvije razine: kolektivnu i selektivnu¹⁰⁵.

Kolektivne (opće) strategije zatvaranja za cilj imaju smanjenje kriminalne aktivnosti kao posljedicu povećanja opće stope zatvoreničke populacije i u središte pozornosti prvenstveno stavljaju djelo, a ne počinitelja. Učinci zatvaranja kroz kolektivnu razinu mogu se povisiti samo povišenjem ukupne stope osuđenih za kaznena djela, tj. većim zatvaranjem počinitelja. Ova se razina temelji na jednakosti svih pred zatvorom u smislu "počinjenje kaznenog djela => odlazak u zatvor" i ima primarno retribucijski karakter. No, upravo taj karakter jest i glavni nedostatak ove razine. Samim time što je netko u zatvoru i fizički „odstranjen“ iz društvene zajednice ne znači kako je u potpunosti onemogućen od činjavanja kaznenih djela, pogotovo ako se radi o pripadniku organiziranog kriminala koji čak i kada se nalazi unutar zatvora može gotovo normalno sudjelovati u činjavanju kaznenih djela. Također, ovakvim pristupom raste i brojka zatvorske populacije čime se dodatno opterećuju mogućnosti cjelokupnog zatvorskog sustava i vrši pritisak na ljude koji rade u zatvorima, poglavito na službu osiguranja i tretmansko osoblje.

Selektivna razina je više usmjerena na pojedinca i, za razliku od kolektivne, veći značaj pridaje razlikama među počiniteljima kaznenih djela. Iako također pretpostavlja zatvaranje kao način smanjenja činjavanja kaznenih djela, pravi podjelu između počinitelja na one koji su visokorizični u smislu nastavka kriminalne karijere (u skladu s ranije navedenim dimenzijama ovog pojma – činjavanje kaznenih djela, učestalost, ozbiljnost kaznenog djela i duljina kriminalne karijere). U tom smislu, naglasak na zatvaranje prebacuje se s opće zatvoreničke populacije na visokorizične počinitelje kaznenih djela, dok za one nižeg rizika zagovara alternativne kaznene sankcije. Učinkovitost ovog pristupa ovisi o mogućnosti pravodobnog razlikovanja visokorizičnih počinitelja od niskorizičnih, dakle prije nego se njihova kriminalna karijera razvije u potpunosti ili nakon što završi. Na temelju ove definicije, ističu se

105 Blumstein, A., i dr., op. cit., str. 122.

tri problema vezana uz selektivno zatvaranje: (a) mogućnost klasificiranja pojedinaca u smislu njihovog pretpostavljenog razvoja kriminalne karijere, (b) kvaliteta pravila pomoću kojih se rađe klasifikacije počinitelja kaznenih djela te (c) zakonitost temeljenja kazne na projiciranoj mogućnosti činjenja kaznenih djela u budućnosti nego na temelju počinjenog kaznenog djela u sadašnjosti (uz određene nejednakosti prilikom izricanja kazni za ista djela). Ovakav pristup ima prednosti, posebice u smislu rasterećenja pravosudnih tijela i zatvorskih institucija, ali ipak ima i potencijalne poteškoće. Najveća opasnost leži u kriterijima prema kojima se određuje tko je u visokom riziku, a tko u niskom vezano uz počinjenja kaznenog djela.

Kriminalna karijera trima prethodno opisanim strategijama kontrole kriminaliteta ima i izravan utjecaj na zakone i zakonodavnu politiku. Taj utjecaj se, primjerice u Sjedinjenim Američkim Državama, reflektira preko četiriju specifična zakona usmjerenih prvenstveno na politiku zatvaranja statut karijernog kriminalca (orig., *habitual-offender statute*), zakon "dosljednosti u kažnjavanju" (orig., *truth-in-sentencing law*), zakon "tri prekršaja" (orig., *"three strikes law"*) te zakon obavezne minimalne odslužene kazne zatvora (orig., *"mandatory minimum-sentencing law"*).

Uvođenjem statuta karijernog kriminalca, sucima se daju određene mogućnosti prilikom izricanja kazni za osobe koje ispunjavaju uvjete za karijernog kriminalca. Time se može izravno utjecati na nečiju kriminalnu karijeru ili na prestanak iste strožim kaznama, ispunjavanjem dodatnih uvjeta tijekom izdržavanja kazne zatvora, itd. Zakon "dosljednosti u kažnjavanju" pretpostavlja kako se za određene skupine počinitelja kaznenih djela, poglavito onih koji su počinili nasilna kaznena djela, izriče značajno vremensko razdoblje služenja izrečene kazne zatvora (u nekim slučajevima i do 85% od ukupne kazne zatvora) i gdje su mogućnosti za izricanje alternativnih kaznih zatvora smanjene ili u potpunosti onemogućene. Zakoni "tri prekršaja" navode kako bilo koja osoba osuđena za tri kaznena djela mora služiti dulju kaznu zatvora, koja je minimalno 25 godina. Zakon obavezne minimalne kazne zatvora pretpostavlja kako postoji minimalni vremenski period koji osoba mora provesti u zatvoru (koji je različit ovisno o specifičnostima djela i počinitelja), ali ima i neke dodatke. Počiniteljima određenih kaznenih djela ne može se odrediti uvjetni nadzor, dok se nekim drugim počiniteljima ne može omogućiti uvjetni otpust. Ovaj zakon također može poslužiti i kao dodatna mjera kroz koju počinitelji mogu dobiti dodatne mjeseci ili godine na izrečenu kaznu zatvora ukoliko su počinili određena kaznena djela ili su ih počinili na određeni (osobito težak) način. Ovim zakonima postižu se dvije stvari: zatvorska populacija povećava se određenom vrstom počinitelja kaznenih djela ili se povećava duljina kazne zatvora počiniteljima određenih kaznenih djela.

5. Zaključak

Iz svega naprijed rečenog, vidljivo je kako pojam kriminalne karijere ima veliki značaj kako za kriminologe, tako i ostale stručnjake koji se bave problematikom kriminaliteta, ali i za cjelokupnu preventivnu politiku i zakonodavstvo. Istraživanja o "kriminalnoj karijeri" u svijetu postoje već desetljećima. S obzirom na njihove

karakteristike, rezultate i društveni kontekst unutar kojeg su izvršena, donose se određeni zaključci i na temelju kojih se razvijaju novi pristupi u prevenciji kriminaliteta. Kriminološka praksa, poglavito ona anglosaksonska i američka, uvelike koristi saznanja temeljena na istraživanjima iz pojedinih dimenzija “kriminalne karijere” te su neka od njih postala dijelom sveukupne preventivne prakse, ali i politike prevencije kriminaliteta u nekim zemljama (Velika Britanija, Sjedinjene Američke Države, Kanada...).

Iako svaka dimenzija “kriminalne karijere” ima svoj značaj i doprinos za razvoj i unaprjeđenje kriminološko-penološke te sudske i zakonodavne prakse, jedna se značajka možda ponajviše ističe – utjecaj saznanja dobivenih u okviru istraživanja “kriminalne karijere” na strategije kontrole kriminaliteta. Već je odavno poznata činjenica kako je kriminalitet nemoguće iskorijeniti, ali je u isto vrijeme poznato kako postoje manje ili više uspješne strategije njegove kontrole. Od svih tih strategija, učinci zatvaranja na razvoj ili prestanak kriminalne karijere ponajviše su zastupljeni u proučavanju najboljih pristupa problematici kriminaliteta. Velika većina ovih istraživanja temelji se na iskustvima prakse razvijenih zapadnih zemalja, poglavito Sjedinjenih Američkih Država. Problem prekapacitiranosti tamošnjih zatvora te stvaranje specifične zatvorske populacije potaknuo je brojne znanstvenike i stručnjake na traženje novih ideja i pristupa u smislu kontrole kriminaliteta. Međutim, ovdje treba biti oprezan prilikom preuzimanja rješenja proizašlih iz tih istraživanja. Kriminalna karijera kao pojam vrlo je neutralan i služi prvenstveno kako orijentir u iznalaženju novih oblika borbe protiv kriminaliteta. Ovisno o kontekstu unutar kojeg se promatra (društveno-politički, povijesni, sudski, zakonodavni, etc...), različita društva će imati i različite poglede na načine kontrole kriminaliteta vezane uz vlastito društvo. Dakle, rješenja na temelju saznanja iz “kriminalne karijere” jedne zemlje, ne smiju se “kopirati” kao gotova rješenja za probleme kriminaliteta druge zemlje. Čak i ako se uzme sličnost pojedinih zakonodavstava, treba dobro promotriti koje su sličnosti i razlike u drugim aspektima društvenog života kako bi se izbjeglo umjetno stvaranje problema u nekoj praksi, a kojih prije nije bilo.

U Republici Hrvatskoj istraživanja na temu “kriminalne karijere” ne postoje, barem ne u smislu opisanom u ovom radu. Sam termin spominje se u nekim radovima, ali prvenstveno kao paušalni izraz bez pojašnjenja što se pod tim pojmom zapravo misli. Većina istraživanja u okviru ovog pojma odnosi se na statistiku stanja i kretanja kriminaliteta unutar nekog razdoblja te statistiku osuđenih za pojedina kaznena djela. Sukladno toj statistici, razvijale su se strategije borbe protiv kriminaliteta. U konačnici, Hrvatska ima identičan problem onom iz razvijenih zemalja, a to je prekapacitiranost zatvora. U kojoj mjeri i kako proučavanje fenomena “kriminalne karijere” može doprinijeti učinkovitijoj praksi kontrole kriminaliteta, ne možemo se govoriti na temelju rezultata empirijskih istraživanja jer ih nema. Ali, moguće je iz rezultata iz ostalih zemalja u kojima su provedena ili se provode ovakva istraživanja vidjeti koje strategije imaju veći, a koje manji učinak. Hrvatska je u prednosti jer postoji dovoljan broj inozemnih istraživanja fenomena “kriminalne karijere”, kroz određene dimenzije, i u njenoj ukupnosti. Rezultati tih istraživanja dovoljni su da u Hrvatskoj

potaknu barem teorijsku raspravu o promjeni politike prevencije kriminaliteta te unaprjeđenju sudske i zakonodavne prakse na tom području. Osim teorijske razine, određena poboljšanja mogu se izvesti i u praktičnom smislu. Tu činjenicu olakšavaju podaci potrebni za izučavanje koji se nalaze u računalima i time se vrijeme statističkih obrada znatno smanjuje. Ujedno, to i olakšava posao istraživačima koji svoje pretpostavke mogu brzo provjeravati konkretnim podacima. Stoga je jedan od temeljnih zadataka za Hrvatsku unaprjeđenje računalne i informacijske infrastrukture koja će moći osigurati bazu podataka. Ali, to ne znači kako se teorijske rasprave o unaprjeđenju strategija kriminaliteta ne trebaju početi voditi na temelju saznanja iz drugih zemalja. Značaj pojma i načina izučavanja kriminalne karijere, koja je u ovom radu opisana vrlo kratko, trebao bi biti dovoljan poticaj za istraživanje u Hrvatskoj, po mogućnosti u smjeru što boljeg povezivanja svih segmenata društva s ciljem veće kontrole kriminaliteta, ali istodobno i unaprjeđenju već postojećih strategija koje su se pokazale učinkovitima.

Summary

CRIMINAL CAREER

Criminal career, as a notion from criminological literature, was for the first time mentioned in Clifford R. Shaw's works in the nineteen thirties (1931, Kyvsgaard, 2003), however, it was introduced as a quantitative concept by Sheldon's and Eleonor Glueck's writings (Singer, 1996) which have been considered to be an originator of developing the criminal career concept. In most cases the criminal career is used as a concept in Croatia to describe someone's criminal past, i.e. a type and number of criminal acts committed. Nevertheless, there is no research in Croatia which would scrutinise characteristics of this concept taken as a whole. For the most part, researches have been based on examinations of the separate parts of the criminal career concept. Information on this notion, as well as researches based on such information, have been used to create a preventive policy around the world. Therefore, the aim of this paper is to present the concept of criminal career in Croatia taken as a whole as well as its significance for development and advancement of criminological, court and penological practice and policy in the light of crime prevention.

Key words: criminal career, concept, criminology.

Zusammenfassung

DIE KRIMINALLAUFBAHN

Als ein Begriff der kriminologischen Literatur wurde die Kriminallaufbahn zum ersten Mal in den 1930er Jahren in Werken von Clifford R. Shaw (1931, nach Kyvsgaard, 2003) erwähnt, wobei es als ein quantitatives Konzept erst in den Werken von Sheldon und Eleonor Glueck (Singer, 1996) erschien. Dabei bezeichnen die Letzteren auch den Beginn der Entwicklung des Kriminallaufbahnkonzepts. Der Begriff "Kriminallaufbahn" wird in Kroatien meistens für die Beschreibung jemand's Kriminalvergangenheit verwendet, bzw. für die Art und Nummer der von dieser Person begangener Straftaten. Allerdings bestehen in Kroatien keine Forschungen, die sich mit der Gesamtheit dieses Konzepts befassen. Die vorhandenen Forschungen begrenzen sich nur auf die Merkmale der bestimmten Teile dieses Konzepts. Informationen über diesen Begriff dagegen, wie auch die in Verbindung dazu stehenden Forschungen, werden weltweit verwendet um eine Präventionspolitik zu schaffen. Deswegen beabsichtigt diese Arbeit das Konzept der Kriminallaufbahn in seiner Gesamtheit darzustellen, und dessen Bedeutung für die Entwicklung und Verbesserung sowohl der Rechtsprechung, als auch der kriminologischen und pönologischen Praxis und Politik im Sinne der Kriminalitätsprävention, zum Ausdruck zu bringen.

Schlüsselwörter: Die Kriminallaufbahn, das Konzept, die Kriminologie.

THE ILL-TREATMENT OF PRISONERS IN EUROPE: A DISEASE DIAGNOSED BUT NOT CURED?

Maša Marochini, dipl. iur., LL. M.
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.261:343.615(4)
Ur.: 21. svibnja 2009.
Pr.: 5. studenog 2009.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Zlostavljanje zatvorenika u Europi: dijagnosticirana, no ne i izliječena bolest?

U radu su prikazana razmatranja problema kako prevenirati zlostavljanje zatvorenika unutar sustava Vijeća Europe za zaštitu ljudskih prava. Autorica je odlučila pisati o ovoj temi iz razloga što su se uvele određene velike promjene u zaštiti zatvorenika u posljednjih deset godina. Europski sud za ljudska prava (ECtHR) i Odbor za sprečavanje mučenja (CPT) preuzeli su najveću ulogu u stvaranju bolje zaštite. ECtHR je proširio interpretaciju članka 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava (ECHR), dok je CPT postavio neke nove standarde koji sada izravno utječu na rad ECtHR. Sud nije bio spreman primijeniti članak 3. u slučajevima čiji se predmet odnosio na uvjete pritvora i na preventivnu zdravstvenu zaštitu u zatvorima. Uvijek se usredotočio na slučajeve namjernog zlostavljanja pritvorenika od strane službenih osoba. Okolnosti su se promijenile u zadnjih deset godina. Sud je drastično proširio svoju interpretaciju svega onoga što čini povredu članka 3. te se sada oslanja na CPT-ova izvješća prilikom utvrđivanja zlostavljanja. Ovaj novi pristup u ECtHR-ovoj sudskoj praksi pruža potencijalni alat za uvođenje nekih novih prava iz članka 3., kao što je to pravo na programe o štetnosti dijeljenja igala između zatvorenika koji intravenozno uživaju droge.

S druge strane, Sud je preopterećen sa slučajevima budući da broj zahtjeva konstantno raste posljednjih godina, a čini se kako postoji velika vjerojatnost da se ovaj problem neće riješiti u skorijoj budućnosti. ECtHR treba hitnu reformu kako bi se mogao nositi s trajnim porastom broja upućenih zahtjeva. Ovo je bio glavni razlog za donošenje nacrtu Protokola br. 14. koji su ratificirale sve članice Vijeća Europe izuzev Rusije. Rusija stoga predstavlja glavni zastoj u reformiranju sustava Konvencije kao i pojačanju zaštite zatvorenika. Protokol br. 14 je trenutno za Vijeće Europe jedino dostupno rješenje kojim bi se smanjio broj podnesenih zahtjeva ECtHR-u povodom kojih postupak još nije pravomoćno okončan. U isto vrijeme, najveći je broj onih slučajeva pred Sudom koji su pokrenut protiv Rusije, a Rusija i dalje ima znatne teškoće pridržavati se

postavljenih standarda u zaštiti ljudskih prava. Prosperitet ECtHR-a i njegove uloge kao najučinkovitijeg suda za ljudska prava su ozbiljno ugroženi.

Ključne riječi: *Europski sud za ljudska prava, članak 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, zlostavljanje zatvorenika, Odbor za sprječavanje mučenja, Protokol br. 14.*

Chapter 1: Introduction

The Council of Europe is best known for its work in the area of human rights. The first significant European document in this area was the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)¹, which is still the most important document for human rights protection in Europe. This treaty contains guarantees of general applicability which apply to “everyone within a state jurisdiction”.² Only the provision of Article 5’s concerning the protection of liberty and security of persons directly refers to detainee’s rights. However, the ECHR is a fundamental document for protection of persons deprived of their liberty, especially because of the work of the European Court of Human Rights (ECtHR, the Court), which provides a purposive interpretation that has advanced the protection of detainees to an extent not surpassed at any other regional level or in international law.³ Another significant document of Council of Europe for protection of detainees is the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment (hereinafter ECPT).⁴ This Convention owes its origin to the obligation contained in Article 3 of the ECHR⁵, but its main purpose was to establish the European Committee for the Prevention of Torture (hereinafter CPT). The CPT examines the treatment of persons deprived of their liberty with a view of strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman and degrading treatment and punishment.⁶ The main focus of this paper is on the protection of prisoners from ill-treatment as well as from torture, inhuman and degrading treatment provided for within the Council of Europe’s documents and bodies. The main positive developments in the protection of prisoners resulted from the cumulative work of the ECtHR and the CPT, which have created new standards for the treatment of prisoners and their detention conditions. Only a decade ago, the ECtHR was reluctant to even consider detention conditions when deciding about the ill-treatment of prisoners. Nowadays the ECtHR is prepared to choose a more active approach as a result of the development. Even issues such as providing needle

1 Signed in Rome 4 November 1950 and entered into force 3 September 1953

2 ECHR, Article 1

3 J. Murdoch, *The treatment of prisoners, European standards*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006, 31.

4 Signed in Strasbourg 26 November 1987 and entered into force 1989

5 ECHR, Article 3: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

6 ECPT, Article 1.

exchange programmes in prisons have been raised before the Court. However, irrespective of all the positive improvements in its work and less reluctant approach to various applications, it might be said that today the ECtHR has become a victim of its own success. The Council of Europe now consists of 47 Member States with 800 million citizens. The number of applications in front of the Court is constantly growing and because of that it takes a long time for the Court to produce judgements and decisions. This was the reason for drafting Protocol 14 which brings important changes to the Convention and its control mechanism. Although Protocol No. 14 would not solve the problem of the growing number of applications before the Court, it is essential for the continued effectiveness of the ECHR system. So far, 46 Member States of the Council of Europe have ratified Protocol No. 14; in other words, all but Russia. Russia represents the main holdback for reforming the Convention system, while at the same time over one-quarter of the applications pending before a decision body are against Russia. The problems with Russia do not stop with the number of pending applications. Russia is a country with the highest percentage of incarcerated persons, while the conditions of their detention facilities are far below any European standard. Neither the Court nor the CPT have lowered their standards in order to facilitate Russia's position, however the Russian prison system is still not recording any significant progress. Their non-implementation of judgements is creating difficulties for the Committee of Ministers, which is in charge of the execution of ECtHR judgements. Because of Russia's prison situation and the attitude of the Russian authorities, Russia is likely to endanger not only the viability of the ECtHR, but the new developments in protecting prisoners from ill-treatment as well.

Chapter 2: The ECHtR and the application of Article 3 to the treatment of prisoners

Article 3 is one of the few ECHR articles that contains an absolute prohibition of the rights (principles) it protects. There is no second paragraph of this Article which would allow for exceptions, and the rights contained in it cannot be derogated from at any time, even "...in time of war or other public emergency threatening the life of the nation..."⁷ The context in which most violations of Article 3 occur concerns the treatment of detainees. The obligations stipulated under Article 3 are most relevant in this respect. Detainees are under the full control of the state authorities and are therefore at risk of abuse of being abused by them.

The ECtHR and the application of Article 3 in general

When the ECtHR determines whether Article 3 has been breached there are two essential questions that need to be posed: First, does the treatment complained of meet the minimum level of severity required to give rise to the application of

7 The ECHR, Article 15 (1)

Article 3; and second, what is the appropriate label to be applied to the treatment?⁸ Whether the treatment constitutes a minimum level of severity must be judged by the circumstances of each case individually since it depends on various elements. The ECtHR pointed out this opinion and stated: "... The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim."⁹ In the *Soering* case the ECtHR added that severity "depends on all the circumstances of the case, such as the nature and the context of the treatment or the punishment, the manner and method of its execution"¹⁰, as well as the factors mentioned above. These words have been repeated by the ECtHR in numerous cases.¹¹

Determining whether a reported treatment met the minimum level of severity under Article 3 proceeds by assessing the degree or intensity of the suffering inflicted. Since the Convention itself does not define the terms *torture*, *inhuman and degrading treatment*, the ECtHR undertook to define the terms in question. In one of the major cases concerning the ill-treatment of detainees, the ECtHR made a clear distinction between the concept of torture and that of inhuman or degrading treatment or punishment. The ECtHR defined thus provided the following definitions: *Torture*: "deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering"; *Inhuman treatment or punishment*: "the infliction of intense physical and mental suffering"; *Degrading treatment*: "ill-treatment designed to arouse in victims feelings of fear, anguish, and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance".¹² The absence of any evidence of a positive intention to humiliate or debase the individual does not rule out a violation of Article 3, in terms of inhuman or degrading treatment.¹³ Ill-conceived or thoughtless action on the part of the state authorities can also meet the minimum level of severity for a violation of Article 3. As regards torture there are three essential elements of torture that can be extracted: 1) infliction of severe mental or physical pain or suffering; 2) the intentional or deliberate infliction of pain and 3) the pursuit of a specific purpose, such as gaining information or intimidation. It represents the most severe and intense form of ill-treatment, wherefore the ECtHR is very reluctant to make judgements that a certain treatment constitutes torture, and does so only in drastic cases.¹⁴ Most of the violations against Article 3 represent inhuman or degrading treatment, i.e., a treatment

8 Murdoch, *The treatment of prisoners, European standards*, 116.

9 *Ireland v. United Kingdom*, (1979-1980) 2 E.H.R.R. 25, para. 162.

10 *Soering v. United Kingdom*, (1989) 11 E.H.R.R. 439, para. 100.

11 For example, *Valašinas v. Lithuania*, judgement of 24 July 2001, No. 44558/98, para. 101; *Keenan v. United Kingdom*, (2001) 33 E.H.R.R. 38, para. 109; *Labita v. Italy*, (2008) 46 E.H.R.R. 50, para. 120; *Tekin v. Turkey*, (2001) 31 E.H.R.R. 4, para. 52.

12 *Ireland v. United Kingdom*, (1979-1980) 2 E.H.R.R. 25, para. 167.

13 *Peers v. Greece*, (2001) 33 E.H.R.R. 51, para. 74.

14 For example, in the case *Akkoc v. Turkey* the victim had been subjected to electric shocks, hot and cold water treatment, blows to the head, threats concerning the ill-treatment of her children and many other things (paras. 24 and 25).

that does not have sufficient intensity or purpose to be categorised as torture.

The interpretation of the Convention text is dynamic. Therefore, the notion of what constitutes *torture, inhuman and degrading treatment* has changed over time within the ECtHR's jurisprudence. It is important to read the Convention in terms of current expectations, as heightened standards may at present more readily lead to the conclusion that certain ill-treatment that might have been labelled as inhuman treatment now justifies the application of the label torture, or that the treatment of prisoners or detention conditions that used to be labelled as merely unsatisfactory might now be regarded as a violation of Article 3. For example, in the case *Selmouni v France*, the ECtHR stated: "Having regard to the fact that Convention is a 'living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions', the ECtHR considers that certain acts which were classified in the past as 'inhuman and degrading treatment' as opposed to 'torture' could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies."¹⁵

Article 3 and the ill-treatment of prisoners

The starting point for assessing whether any ill-treatment of detainees has taken place is to determine whether any physical force has been used against the prisoner. The ECtHR has set up the rule that recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the detainee's own conduct is in principle an infringement of the right set forth under Article 3.¹⁶ Where a detainee shows signs of injuries or ill-health, the burden of proof will be on the detaining authorities to establish that the signs or symptoms are unrelated to the period or fact of detention¹⁷, or if there has been use of force that it was not excessive.¹⁸ The ECtHR will have to distinguish treatment or conditions that are part of incarceration, and such treatment and conditions which impose an unacceptable detriment on detainee.

In the context of detention, the potential for violations of Article 3 arises at each stage of detention; from the moment a person is placed under detention to the time when a person is released. Ill-treatment may be inflicted during arrest,¹⁹ during interrogation and police detention²⁰ and it may also be the consequence of various detention conditions. What is of particular interest for this article are the conditions of detention and how they can amount to inhuman and degrading treatment in the context of Article 3.

15 *Selmouni v. France*, (2000) 29 E.H.R.R. 403, para. 101.

16 *Ribitsch v. Austria*, (1996) 21 E.H.R.R. 573, para. 38.

17 *Tomasi v. France*, (1993) 15 E.H.R.R. 1, paras. 108-111.

18 *Rehbock v. Slovenia*, (1998) 26 E.H.R.R. CD120, para. 72.

19 *Rehbock v. Slovenia*, paras. 71 and 72.

20 *Aksoy v. Turkey, Akkoc v. Turkey, Selmouni v. France*

Conditions of detention refer to the general environment in which persons are detained, to the prison regime and specific conditions in which inmates are kept, and to the specific circumstances of the prisoner. This is an area marked by a continuous evolution in the basic standards, since in earlier case-law the ECtHR and the former Commission seemed reluctant to conclude that conditions of detention violated Article 3.²¹ First implication that poor physical conditions of detention can constitute degrading treatment even if there was no intention to humiliate detainees appeared in 2001 in the judgement of *Dougoz v. Greece*. In this case a convicted foreign drug offender was held for 10 months in Drapetsona detention centre and for eight months in Alexandras Avenue police headquarters. Both of the locations were severely overcrowded and there were no beds, mattresses or blankets. The ECtHR unanimously held that the conditions of detention of the applicant at the Alexandras police headquarters and the Drapetsona detention centre, in particular the serious overcrowding and absence of sleeping facilities, combined with the inordinate length of the period during which he was detained in such conditions, amounted to degrading treatment contrary to Article 3.²² Shortly afterwards the ECtHR found another breach of Article 3 in *Peers v. Greece*. The applicant was a British drug addict who was detained in a segregation unit for two months while he underwent drug withdrawal treatment. The ECtHR determined: "...The ECtHR is of the opinion that the prison conditions complained of diminished the applicant's human dignity and aroused in him feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him and possibly breaking his physical or moral resistance. In sum, the ECtHR considers that the conditions of the applicant's detention in the segregation unit of the Delta wing of Koridallios Prison amounted to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention".²³ This new, more critical approach was subsequently confirmed in numerous other cases.²⁴

Article 3 and the right to health care in prisons

Although the Convention does not guarantee the right to health care or the right to prisoners' health care, the ECtHR (and the former Commission) have developed certain standards through jurisprudence. First; prison authorities are under a positive obligation to protect the health of persons deprived of their liberty, whereas the

21 See case *Kröcher and Möller v. Switzerland* where there have been acknowledged violations of international standards of detention, but no violation of Article 3 was found. *Kröcher and Möller v. Switzerland*, (1984) 6 E.H.R.R. CD395, paras. 60-77.

22 *Dougoz v. Greece*, (2002) 34 E.H.R.R. 61, paras. 46 and 48.

23 *Peers v. Greece*, (2001) 33 E.H.R.R. 51, para. 75

24 For example *Price v. United Kingdom*, (2002) 34 E.H.R.R. 53 (detaining a severely disabled person in dangerous conditions), *Kalashnikov v. Russia*, (2003) 36 E.H.R.R. 34 (overcrowded cell and unsanitary environment while some of the inmates had serious contagious diseases), *Poltoratskiy v. Ukraine*, (2004) 39 E.H.R.R. 43 (general detention conditions- restricted living space, no access to natural light, no provision for any outdoor exercise)

lack of appropriate medical care may amount to treatment contrary to Article 3.²⁵ In addition, delay of providing medical help may constitute a violation of Article 3.²⁶ The practical impact of this kind of opinion was limited. In case *Kudla v. Poland* the applicant claimed that he had not been given adequate psychiatric treatment despite a report indicating that his continued imprisonment posed the likelihood that he would attempt suicide, but the ECtHR did not find a violation of Article 3 since it concluded that the applicant received frequent psychiatric assistance.²⁷ On the other hand, in that same case, the ECtHR stated: "... (U)nder this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity... and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance...".²⁸ Securing health and well-being has become one of the ECtHR's principles when deciding about violation of Article 3 regarding health care in prisons and nowadays the state's responsibility to ensure the health and well-being of all the prisoners is being considered with much greater care.²⁹ In *Melnik v. Ukraine* the ECtHR emphasized three particular elements to be considered in relation to the compatibility of the applicant's health with his stay in detention: "(a) the medical condition of the prisoner, (b) the adequacy of the medical assistance and care provided in detention and (c) the advisability of maintaining the detention measure in view of the state of health of the applicant".³⁰ In *Yakovenko v. Ukraine* the applicant complained that he had not received adequate medical assistance for his HIV and tuberculosis. The ECtHR stated: "In the ECtHR's view, the failure to provide timely and appropriate medical assistance to the applicant in respect of his HIV and tuberculosis infections amounted to inhuman and degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention".³¹

Article 3 permits no qualification, therefore explanations to the effect that inadequate conditions are the result of economic or other inherited organizational or endemic factors will not justify failings. As the ECtHR stated: "The ECtHR has also borne in mind, when considering the material conditions in which the applicant was detained and the activities offered to him, that Ukraine encountered serious socio-economic problems in the course of its systemic transition and that prior to the summer of 1998 the prison authorities were both struggling under difficult economic conditions and occupied with the implementation of new national legislation and related regulations. However, the ECtHR observes that lack of resources cannot in

25 *Hurtado v. Switzerland*, Series A no. 280- A (Opinion of the Commission), para. 79.

26 For example *Ilhan v. Turkey*, (2002) 34 E.H.R.R. 36, paras. 86 and 87.

27 *Kudla v. Poland*, paras. 96- 100.

28 *Kudla v. Poland*, para. 94.

29 For example, *Alver v. Estonia* (2006) 43 E.H.R.R. 40, *Khokhlich v. Ukraine*, judgement of 29 April 2003, No. 41707/98

30 *Melnik v. Ukraine*, judgement of 28 March 2006, No. 72286, para. 94

31 *Yakovenko v. Ukraine*, judgement of 25 January 2008, No. 15825/06, paras. 90-102.

principle justify prison conditions which are so poor as to reach the threshold of treatment contrary to Article 3 of the Convention. Moreover, the economic problems faced by Ukraine cannot in any event explain or excuse the particular conditions of detention which it has found in paragraph 145 to be unacceptable in the present case.”³²

The difficult issue of whether there is a positive obligation to take all reasonable steps to prevent the spread of infectious diseases is now coming before the ECtHR.

Right to needle exchange programmes in prisons

The evolution of the ECtHR’s Article 3 jurisprudence provides a potential tool to advocate some new rights, such as the right to sterile syringes for prisoners who inject drugs.³³ This way of thinking has been generated through recent ECtHR’s case-law, CPT Reports and of the Recommendations of the Council of Ministers together with the growing drug injections problems and spread of transmittable diseases in prisons followed by awareness of the possibility for their successful prevention. As stated by the Court, the ECHR “compels the authorities of the Contracting States not only to refrain from provoking such treatment (inhuman and degrading), but also to take the practical preventive measures necessary to protect the physical integrity and health of persons who have been deprived of their liberty...(and)it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do everything that could reasonably have been expected of them to prevent the occurrence of a definite and immediate risk to his physical integrity, of which they knew or should have known.”³⁴ This shows a state’s positive obligation not only to protect prisoners’ health and well-being, but also to make all the possible preventive measures to secure prisoners health. A state’s obligation to protect prisoners’ health is not alleviated in any way by the detainee’s behaviour, even when his behaviour is unlawful or violates prisons rules. ECtHR.³⁵ When it comes to case-law regarding the spread of transmittable diseases, the ECtHR has already made a judgement where it found that “prison conditions leading to spread of disease can contribute to circumstances amounting to breach of Article 3.”³⁶ However, contracting tuberculosis while in prison, on its own, is not sufficient to establish a violation of Article 3³⁷; nevertheless, tuberculosis contagion while in prison together with the inadequate medical treatment can and does constitute

32 *Poltoratskiy v. Ukraine*, para. 148.

33 R. Lines, *Injecting Reason: prison syringe exchange and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, E.H.R.L.R. (1) 2007, 66-80., 66.

34 *Pantea v. Romania*, (2005) 40 E.H.R.R. 26, paras. 189 and 190.

35 *Vlasov v. Russia*, judgement of 12 June 2008, No. 78146/08, para. 79; *Rodic and three Others v. Bosnia and Herzegovina*, para. 66; *Labita v. Italy* (2008) 46 E.H.R.R. 50, para. 120.

36 Lines, *Injecting Reason: prison syringe exchange and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, 69., regarding case *Kalashnikov v. Russia* where the applicant contracted a series of skin and fungal infections while incarcerated in a overcrowded prison cell

37 *Khokhlich v. Ukraine*, judgement of 29 April 2003, No. 41707/98, paras. 183-196.

violation of Article 3.³⁸ And when we talk about diseases like HIV, that are incurable but preventable, the state's obligation to take all possible preventive measures should be expressed even more. These judgments show not only developments in prisoners' health protection, but represent also direct arguments in favour of a prisoners' right to effective measures for prevention of transmittable diseases. Another case in favour of a prisoners' right to needle exchange programmes is *McGlinchey v. United Kingdom*, where the ECtHR found that a failure of authorities to provide Ms McGlinchey appropriate medication for her heroin withdrawal symptoms and preventing her from suffering or a worsening of her condition, contravened the prohibition against inhuman or degrading treatment contained in Article 3 of the Convention.³⁹ The ECtHR treated heroin addiction as a special vulnerability which even increases a state's obligations under Article 3, and this can have "significant implications for the possibility of a successful application on the issue of prison syringe exchange."⁴⁰

To date, only one case arguing that a state's obligation to protect prisoners' health includes providing access to needle exchange programmes has been brought before the ECtHR. In 2006 applicant John Shelley brought a complaint before the ECtHR claiming that the health of prisoners who injected drugs was being jeopardised by a lack of access to syringe exchange programmes and that the authorities in the UK had failed in their positive obligation stipulated under Article 3 to adequately secure his health and well-being.⁴¹ The ECtHR declared this application inadmissible, mainly because of the fact that the applicant has not specified whether he is at any real or immediate risk of becoming infected through unclean or shared needles, nor has he claimed to use drugs himself.⁴² "... (I)t (the ECtHR) is not satisfied that the general unspecified risk, or fear, of infection as a prisoner is sufficiently severe as to raise issues under Articles 2 or 3 of the Convention."⁴³ The Court also found that the difference in prison treatment "falls within the margin of appreciation and considers that it may be regarded, at the current time, as being proportionate and supported by objective and reasonable justification."⁴⁴ Nevertheless, the *Shelley* case highlighted major concern for the denial of prisoners (in most countries) of effective preventing measures from HIV and other transmittable diseases, placing them at risk of transmittable diseases infection and it also indicated that the ECHR can be used to advocate in favour of prison syringe exchange programmes as a proven preventive measure.

38 *Hummatov v. Azerbaijan*, judgement of 29 November 2007, No. 9852/03 and 13413/04, paras. 108-122.

39 *McGlinchey v. United Kingdom*, (2003) 37 E.H.R.R. 41, paras. 47-58.

40 *Lines, Injecting Reason: prison syringe exchange and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, 70.

41 *Shelley v. United Kingdom*, (2008) 46 E.H.R.R. SE16

42 *Shelley v. United Kingdom*, 207.

43 *Shelley v. United Kingdom*, 207.

44 *Shelley v. United Kingdom*, 207.

Chapter 3: The CPT-working methodology and its impact upon the ECtHR's jurisprudence

Recent developments in the ECtHR's willingness to find violations of Article 3 based solely upon poor prison conditions are highly influenced by the work of CPT.

The CPT was established under the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment (ECPT), which has been ratified by all Member States of the Council of Europe. The work of the CPT is designed to be an integrated part of the Council of Europe system for the protection of human rights, establishing a proactive non-judicial mechanism.⁴⁵ Under the ECPT, the CPT is set up to conduct periodic and *ad hoc* visits in any places under the jurisdiction of a contracting state where persons are deprived of their liberty to see how they are treated and, if necessary, to recommend improvements. The CPT produces two categories of documents: the annual general reports that describe its work during the past year and may also contain some substantive issues and general standards, and individual country reports arising out of the CPT's programme of visits. The CPT is composed as of many independent and impartial experts as there are States Parties, drawn from various professions.

Working methodology and standards of the CPT

The essential feature of the ECPT is the principle of co-operation between the CPT and the State Parties. Each State Party must permit visits and no reservations are allowed in respect of the provisions of the ECPT. When carrying out visits, the CPT enjoys extensive powers under the ECPT such as access to the territory of the State and the right to travel without restrictions, full information concerning places where persons deprived of their liberty are being held, unlimited access to any place where persons are deprived of their liberty, including the right to move inside those places without restrictions and access to all information available to the States which is necessary in order for the CPT to carry out its task.⁴⁶ Another essential principle of the CPT is that of confidentiality. After each visit, the CPT draws up a report on the visit and detailed recommendations. The report includes a "request for written response from the State, setting out measures taken to implement the recommendations made, reactions to comments made and replies to requests for information."⁴⁷ That report is confidential, unless the concerned Party requests its publication (even in that case the personal data must remain confidential, except when the concerned person gives an express consent). Another exception is when a state refuses to co-operate. However,

45 The CPT Standards, "Substantive" sections of the CPT's General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards-prn.pdf>, 4.

46 ECPT, Article 8(2)

47 Preventing ill-treatment, *An introduction to the CPT*, (CPT, About the CPT, <http://www.cpt.coe.int/en/documents/ENG-booklet-scr.pdf>), 9.

the only sanction available to the CPT is the power to make a public statement on a state's continuing failure to take steps to address CPT concerns. Only five such public statements have been made to date; two of them in respect of Turkey and the three most recent ones concerning the Chechen Republic of the Russian Federation (in 2001, 2003 and 2007).⁴⁸ In practice the need for confidentiality has very much been diluted by the states which have proved remarkably willing to place most of the dialogue into the public arena. The need for principles of confidentiality and co-operation is of crucial importance for the work of the CPT, since it is not a judicial body and cannot bring any binding decisions. Furthermore, the CPT's visit represents simply a stage in an ongoing dialogue, whereas its reports mark the beginning of the process and not the end of it.

During its visit the CPT is likely to focus on two issues: Whether there are indications suggesting that violence or unnecessary force have been used against detainees, and whether detention conditions and treatment regimes are adequate. Since it is not the role of the CPT to establish whether there has been a breach of Article 3, the CPT has not found it necessary to provide a clear definition of the terms *torture or inhuman or degrading treatment*. *Torture* is almost exclusively used to refer to premeditated, physical ill-treatment employed instrumentally by the police with a view to extracting information or confessions or the attainment of other specific ends.⁴⁹ The CPT has used the term *torture* in relatively few country reports and the usage of the term has often been linked to severe ill-treatment.⁵⁰ The terms *inhuman and degrading* have been reserved for forms of environmental ill-treatment, chiefly concerning the conditions in which groups of prisoners are housed.⁵¹

The CPT has also developed a set of standards that are employed during its visits and which apply to all prisoners in all prisons. These CPT standards are promulgated in its annual/general reports and in country reports. The first established CPT standards were published in the 2nd General Report and they have been further developed over time. Those rights are: the right of those concerned to inform a close relative or another third party of their choice of their situation; the right of access to a lawyer and; the right of access to a doctor. "They are, in the CPT's opinion, three fundamental safeguards against the ill-treatment of detained persons which

48 12th General Report on CPT Activities (2001), appendix. 6: *Public statement concerning the Chechen Republic of the Russian Federation* (CPT: Annual General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-12.htm>); 13th General Report on CPT activities (2002-2003), appendix. 7: *Public statement concerning the Chechen Republic of the Russian Federation*, (CPT: Annual General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-13.htm>); 17th General Report on CPT activities (2006-2007), appendix. 9: *Public statement concerning the Chechen Republic of the Russian Federation* (CPT: Annual General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-17.htm>)

49 R. Morgan and M. Evans, *Combating torture in Europe: the work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2001, 63.

50 For example, 17th General Report on CPT activities (2006-2007), appendix. 9: *Public statement concerning the Chechen Republic of the Russian Federation*, para. 54

51 *Ibid.*, para. 66

should apply as from the very outset of deprivation of liberty, regardless of how it may be described under the legal system concerned.”⁵² Some of the standards that the CPT has developed concern living accommodation and basic needs⁵³; staffing selection, training and management⁵⁴, provision of an adequate regime of activities⁵⁵ and provision of health care in prisons⁵⁶. As regards living accommodation and basic needs, the CPT has established some rough guidelines, especially concerning the size of cellular space⁵⁷, but they are open to discretionary domestic interpretation and the overall regime whereas the period of time that prisoners can spend in a facility is also of relevance. In addition, health care in prisons is of crucial importance. The importance of health care lies “both in a making positive contribution to the quality of prison life and also in helping combat infliction of ill-treatment”.⁵⁸ In its 3rd General Report CPT explained in detail its expectations regarding the medical care of prisoners and has thus been devoting a certain portion to health care matters in every country report ever since. The cardinal principle for prisoners is their right to health care and “conditions comparable to those enjoyed by patients in the outside community”.⁵⁹ However, prison health care services should achieve even more than just replicate outside community standards, mostly because of the vulnerable position in which prisoners are and their very often unstable psychological and physical health. Other principles stressed in the 3rd General Report are: Access to a doctor; Patient’s consent and confidentiality; Preventive health care; Humanitarian assistance; Professional independence and Professional competence.⁶⁰ When it comes to transmittable diseases they have become an issue with AIDS, tuberculosis and hepatitis being of considerable concern. The CPT covered these issues mainly in its 11th General Report. CPT has expressed its concern regarding the spread of transmittable diseases in prisons and pointed out that “...regardless of the difficulties faced at any given time, the act of depriving a person of his liberty always entails a duty of care which calls for effective methods of prevention, screening, and treatment.”⁶¹

52 2nd General Report on CPT Activities (1991) (CPT: Annual General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-02.htm>), para. 36

53 CPT Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the CPT from 30 June to 20 July 1996 (CPT, States: Documents and Visits, <http://www.cpt.coe.int/documents/pol/1998-13-inf-eng.htm>, para. 70; 2nd General Report on CPT Activities (1991), paras. 49 and 50

54 2nd General Report on CPT Activities (1991), paras. 59 and 60.

55 2nd General Report on CPT Activities (1991), paras. 47 and 48.

56 3rd General Report on CPT Activities, (CPT: Annual General Reports, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-03.htm>), paras. 30-77

57 CPT Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 2 to 17 December 2001 (CPT, States: Documents and Visits, <http://www.cpt.coe.int/documents/rus/2003-30-inf-eng.pdf>), para. 32.

58 Murdoch, *The treatment of prisoners, European Standards*, 222.

59 3rd General Report on CPT Activities (1992), para. 38.

60 3rd General Report on CPT Activities (1992), para. 32.

61 11th General Report on CPT Activities (2000), para. 31.

The Relationship between the CPT and the ECtHR

The Explanatory Report to the ECPT indicated that the CPT itself was not to “seek to interfere in the interpretation and application of Article 3.”⁶² However, in reality there is a two-way relationship between the ECtHR and the CPT. Decisions made under the ECtHR guide the CPT, and the findings of the CPT may both stimulate petitions and even directly influence the application of Article 3.⁶³ When challenging the detention conditions as incompatible with Article 3 requirements applicants have sought to rely upon the CPT findings in two situations: When establishing the factual background to conditions of detention and in an attempt to persuade the Court to condemn the treatment of the applicant through finding a violation of Article 3.⁶⁴ The first sustained attempt to draw on the CPT reports occurred in *Delazarus v. United Kingdom* and *Raphaie v. United Kingdom*.⁶⁵ Subsequently, the 1993 CPT Report on Greece has been drawn in on number of applications brought against Greece, but it was not until 1998 and the *Peers v. Greece* case when the Commission declared a complaint concerning the general prison conditions admissible, and appended sections of the CPT reports to its decision.⁶⁶ *Aerts v. Belgium* was the first case in which the relevance of the CPT’s work has been most directly at issue, albeit it was only a partially successful use of the CPT reports in influencing the interpretation of the ECHR. The Commission concluded that conditions of detention did indeed violate Article 3, and furthermore referred to the CPT report on Belgium of 1994.⁶⁷ Although the ECtHR did not endorse this decision, ever since the *Aerts* case the ECtHR has become willing to accept the assistance of the CPT expertise and to refer to CPT reports when assessing the impact of conditions of detention upon the applicant.⁶⁸ For example, in the case *Kalashnikov v. Russia* the ECtHR evaluated the question of the adequacy of cellular accommodation by referring to CPT standards⁶⁹, whereas in *Poltoratskiy v. Ukraine* the ECtHR considered that the findings of the CPT delegates relating to the conditions of the applicant’s detention on death row should be relied upon.⁷⁰ Nowadays, the majority of ECtHR’s judgements concerning

62 ECPT, Explanatory Report (CPT: Reference Documents, <http://www.cpt.coe.int/en/documents/explanatory-report.htm>), para. 27.

63 Morgan and Evans, *Combating torture in Europe: the work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, 59.

64 Murdoch, *The treatment of prisoners, European Standards*, 47.

65 (Unpublished cases)- R. Morgan, and M. Evans, *Protecting Prisoners, The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford: Oxford University Press, 1999, 89.

66 (Unpublished Commission decision)- Morgan and Evans, *Protecting Prisoners, The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, 90.

67 *Aerts v. Belgium*, para. 81.

68 For example *Dougoz v. Greece* (2002) 34 E.H.R.R. 61, *Mouisel v. France* (2004) 38 E.H.R.R. 34, *Kalashnikov v. Russia* (2003) 36 E.H.R.R. 34, *Poltoratskiy v. Ukraine* (2004) 39 E.H.R.R. 43

69 *Kalashnikov v. Russia*, para. 97.

70 *Poltoratskiy v. Ukraine*, para. 136.

detention conditions are supported by CPT reports, both general reports and reports regarding a specific country.⁷¹ Even if the CPT delegation has not visited the actual detention centre where the applicant has been held in, the ECtHR can (and does) use the findings made by the CPT upon its visit to the facility similar to the one where the applicant is being held.⁷² All of this suggests that the work of the CPT makes a significant and crucial contribution in the area of treatment of persons deprived of their liberty and the ECtHR now has the opportunity of understanding the long-term impact of poor detention conditions upon individuals. However, the ECtHR is still an independent body and it can always disagree with the CPT. Moreover, even if it agrees with the CPT's findings it can choose not to take them into consideration when making a judgement. The reason for that is that the CPT mostly considers the treatment of prisoners and detention conditions applying generally, while the ECtHR's task is to consider whether the particular individual has been subjected to ill-treatment. Furthermore, when the ECtHR is in a position to make its own assessment of the treatment of a prisoners' without referring to the CPT findings, it will do so. Nevertheless, the contribution of the CPT in protection of prisoners is incontestable and extremely important. Its cooperation with the state authorities and with Non-Governmental Organisations, its unrestricted access to all states' detention facilities and all detainees and the high impact CPT has on the ECtHR's judgements, has made the CPT an important contributor to the protection of prisoners in Europe.

Chapter 4: The ECHR: a victim of its own success?

What is apparent from the last two Chapters is that the protection of prisoners from ill-treatment was going through an ascending path and the Court heightened its standards when determining whether ill-treatment occurred. The ECtHR became willing to find a violation of the Article 3 based solely on poor prison conditions, imposing positive obligation on states to secure adequate health care, including preventive health care and well-being of prisoners and it has been relying on the CPT reports when deciding whether ill-treatment has occurred. Those are all positive steps in the protection of prisoners and they became standards that cannot be derogated from, since Article 3 does not allow any limitations or qualifications. Everything written so far creates an impression that the situation concerning prisoners and their protection is a bright one. Nevertheless, this is only one side of the coin. It might be said that the ECtHR has become a victim of its own success. At present, it is facing serious problems, most of which started after 13 new states (for the most part ex-communist states from Eastern Europe) joined the Council of Europe. Russia as one of those states represents the main obstacle to any improvements in human rights protection, including the improvement in the treatment of prisoners. Russia

71 For example, *Alver v. Estonia* (2006) 43 E.H.R.R. 40, *Fedotov v. Russia* (2007) 44 E.H.R.R. 26, *Khokhlich v. Ukraine* judgement of 29 April 2003, No. 41707/98

72 For example, *Dougoz v. Greece*, (2002) 34 E.H.R.R. 61

joined the Council of Europe in 1996 and ratified the ECHR in 1998, even though it was evident that given its underdeveloped democratic and legal institutions, Russia was by no means ready to comply with the international or European human rights requirements. One of the big concerns of scholars like Mike Janis was that Strasbourg institutions would permit a two-tier legal order, with lesser expectations for Russia.⁷³ However, 12 years after Russian accession to the Council of Europe it appears that the ECtHR has not lowered the bar. Its decisions clearly confirm that.⁷⁴ But, the high volume of cases concerning Russia that are submitted to the ECtHR and the Russian refusal to ratify Protocol No. 14 of ECHR are placing the effectiveness of the whole ECHR system at risk.

Protocol No. 14

On 1 November 1998 Protocol No. 11 came into force and became an integral part of the ECHR. It provided for a complete makeover of the Strasbourg system, the most important features of which are: a) dissolution of the European Commission of Human Rights; b) transformation of the ECtHR into a truly permanent, professional judicial body and; c) compulsory jurisdiction of the ECtHR, without any special declaration, over all individual applications against State Parties to the ECHR.⁷⁵ Despite the positive effects of Protocol No. 11, it streamlined the Court's procedures and ensured greater coherency in its case-law, it soon became evident that further reform would be necessary. The main reasons for necessity of the new reform are that there are 13 new state parties to the Convention (extending its application to a further 240 million people, consisting now of 800 million potential clientele for the Court) and an ever-increasing number of applications, from within both existing and new state parties.⁷⁶ The Council of Europe adopted various principles instruments after Protocol No. 11, which all together represents a package that eventually led to the adoption of Protocol No. 14. On 12 May 2004 the text of Protocol No. 14 was approved for signature. It was designed to give the ECtHR an important tool in order to cope with its increasing case load and it has now been accepted by 46 Member States of the Council of Europe, all except Russia, meaning that the Russian stance alone is preventing the reforms set out in the Protocol from being brought into effect.⁷⁷

73 M. Janis, *Russia and the 'Legality of Strasbourg' Law*, (1997) E.J.I.L. 93-99, 94.

74 *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, (2005) 40 E.H.R.R. 46; *Kalashnikov v. Russia*, (2003) 36 E.H.R.R. 34; *Timishev v. Russia*, (2007) 44 E.H.R.R. 37

75 L. Caflich, *The reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and beyond*, H. R. L. Rev. 6(2) (2006), 403-415, 403.

76 Explanatory Report to the Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system to the Convention, (Council of Europe, Explanatory Report to the CETS 194, www.conventions.coe.int), para. 6

77 M. O' Boyle, *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, E.H.R.L.R., 2008, 1, 1-11, 1.

Protocol No. 14 brings three main changes to the Convention and its control mechanism: 1) In clearly inadmissible cases, admissibility decisions will be taken by a single judge, taken from the bench of one-per-member State, instead of the current committee of three judges. The single-judge formation will be assisted by rapporteurs drawn from the Court's Registry. The idea of this provision is to increase the Court's filtering capacity, since between 90-95 % of applications received are inadmissible; 2) A new, additional admissibility criterion is inserted in Article 35 of the ECHR, empowering the Court to declare inadmissible applications where the applicant has not suffered a significant disadvantage, or when in terms of respect for human rights do not otherwise require an examination on the merits by the Court and; 3) Expansion of the powers of the three-judge Committees. For repetitive cases a committee of three judges could both rule on admissibility and give judgement under a simplified summary procedure. Under the current system, judgements can only be rendered by seven- judge chambers.⁷⁸ On 15 November 2006, the Group of Wise Persons set up by the Committee of Ministers presented its final report on the long term effectiveness of the Convention control mechanism. They recommended: greater flexibility for reforming the judicial machinery of the Court; establishment of a new judicial filtering mechanism, enhancing the authority of the Court's case-law, improvement of domestic remedies and greater use of friendly settlements and alternative dispute resolution mechanisms.⁷⁹ As David Milner, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs of Council of Europe pointed out at a meeting in Moscow on 12 February 2008, the Wise Persons Report is explicitly based on a situation in which Protocol No. 14 has come into force and the Council of Europe has no Plan B. He also stressed that in the Court's assessment, Protocol No. 14 will increase its casework capacity by at least 25%. This will not solve the problem entirely, but it will certainly help in preventing the situation from getting much worse.⁸⁰ Without a Plan B and without Russian ratification of Protocol No. 14, positive developments in human rights protection do not seem possible; moreover, it is more likely that the Court's difficulties will only increase. Hence, it is the more evident that the Council of Europe will have to find some other solution to decrease the number of cases and speed up the ECtHR judgement making process, so that it can continue its work of strengthening the human rights protection. Therefore, the ECtHR's status as a most effective institution for the protection of human rights is at present seriously jeopardised.

⁷⁸ Explanatory Report to the Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system to the Convention, paras. 61-85.

⁷⁹ Committee of Ministers Documents, 979bis Meeting of Ministries Deputies, 15 November 2006, Report of the Group of Wise People to the Committee of Ministers, (Council of Europe, Committee of Ministers Documents, www.coe.int)

⁸⁰ *Reforms of the European Court of Human Rights: implemented, planned and proposed changes in the organisation and functioning of the Court*, Presentation by David Milner, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe, Moscow, 12 February 2008 (The Norwegian Helsinki Committee, Reform of the European Court of Human Rights, www.nhc.no)

Chapter V: Conclusion

After looking at all the presented facts and figures, what can be foreseen as a way forward for institutions of the Council of Europe? The ECtHR's interpretation of Article 3 has been going through an ascending path with its case-law in terms of protection of prisoners, but can we still expect this trend to continue? In my opinion we cannot expect further interpretative progress and there are two main reasons for that attitude which are clearly connected, namely, the current situation with Russia and Russia's refusal to ratify Protocol No. 14, and the growing number of applications pending before the Court.

When Russia joined the Council of Europe it had underdeveloped democratic institutions and human rights awareness. Over the last twelve years, there has been a certain progress in the authorities' attitude towards human rights and the halting development of democratic institutions. However, Russian citizens are becoming increasingly aware of their rights and the role of the ECtHR in protecting them, wherefore the number of applications against Russia is constantly growing. Unfortunately, the circumstances in numerous prisons are still inconsistent with most of the human rights standards. Although the Russian authorities are making certain efforts regarding prison conditions and training of their staff, the situation is still far from satisfactory. On the other hand, the Russian government is still not accepting the role of the Council of Europe's role in the protection of human rights as they are supposed to, as they contest judgements or refuse to ratify Protocol No. 14, all because of Russia's belief in the political background of that judgement and the Protocol.⁸¹

What are the possible solutions for the Council of Europe in dealing with Russia?

One of the solutions might be to amend Protocol No. 14 and to apply its procedures only to the states that have ratified it. This kind of situation would be a novelty for the Council of Europe and it is not quite clear whether it would be possible. It would require a resolution of the Committee of Ministers that would authorise the Court to engage a single judge, instead of the current committee of three judges and a three-judge formation instead of seven-judge chambers in all the cases but the ones against Russia. However, such a resolution would still require Russia's consent and it remains difficult to imagine such an arrangement. For the latter would mean that the new admissibility criterion would not apply to applications against Russia, thus creating great difficulties for the Court while disturbing the unity and harmony within the Council of Europe's judicial system. Finally, such a resolution

⁸¹ Vladimir Putin at the meeting with the Council to Promote Development of the Civil Society Institutions and Human Rights on 11 January 2007 stated: "Unfortunately, our country is coming into collision with a politicisation of judicial decisions. We all know about the case of *Ilascu*, where the Russian Federation was accused of matters with which it has no connection whatsoever. This is a purely political decision, an undermining of trust in the judicial international system." <http://www.publications.parliament.uk> (original Russian page unavailable)

would remove any possibility of Russia to ratify the Protocol No. 14 and Council of Europe wants to avoid that.

Another possible solution for the Council of Europe would be to suspend Russia from membership until it has ratified Protocol No. 14. According to the Statute of the Council of Europe: "Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and *collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I*"⁸² and "Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine."⁸³ However, the Council of Europe is very reluctant to suspend a country from its rights of representation and it does so only in severe cases of human rights violations, rather than because of a refusal to ratify a document, irrespective of the importance of the document in question. Russia has already escaped suspension in 2000 when the Parliamentary Assembly called upon the Committee of Ministers to **suspend Russia unless it immediately halted human rights abuses in Chechnya**. Even then, after a meeting in Strasbourg, the Council's Committee of Ministers welcomed Russia's efforts to respond to Western criticism of its conduct and made no mention of possible sanctions. It seems very unlikely that the Committee of Ministers will suspend Russia simply because of its refusal to ratify Protocol No. 14.

It is obvious that the Council of Europe will have to look for solutions outside Protocol No. 14 in order to preserve the ECtHR's status of being the most effective institution for the protection of human rights and to find an answer to the increasing number of applications. At this moment, it appears that an impasse has been reached by the Council of Europe and the ECHR in particular.

82 Statute of the Council of Europe, London, 5.V.1949, (Council of Europe, Treaties, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/001.htm>), Article 3

83 Ibid., Article 8.

Summary

This article considers of the issue of preventing prisoners from being ill-treated within the Council of Europe's system for the protection of human rights. The reason for tackling this topic lies in the fact that there have been some great changes in regard to the protection of prisoners within the last 10 years. The European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) and the Committee for the Prevention of Torture (hereinafter CPT) played an important role in improving the protection of prisoners. ECtHR has extended the interpretation of Article 3 of the European Convention for Human Rights (ECHR), while the CPT has generated some new standards that now directly influence the work of ECtHR. The Court has been reluctant to engage Article 3 to address the question of conditions of detention and preventive health care in prisons; it has always focused on cases of deliberate ill-treatment by authorities towards detainees. However, the situation has changed within the last decade. The Court has drastically extended its interpretation of what constitutes violation of Article 3 now relies on CPT reports when determining whether ill-treatment occurred. This new approach in the ECtHR's jurisprudence now provides a potential tool to endorse some new rights under Article 3, such as the right to needle exchange programmes for prisoners who inject drugs.

On the other hand, the Court is overwhelmed with cases and the number of applications has been growing constantly during last years, wherefore it does not seem very likely that this problem will be solved in the near future. The ECtHR needs an urgent reform to deal with the continuing increase in the number of applications. This was the main reason for drafting Protocol No. 14 which has been ratified by all Member States of the Council of Europe except Russia. Russia thus constitutes the main holdback for reforming the Convention system and consequently strengthening the protection of prisoners. Protocol No. 14 is currently the only solution available to the Council of Europe in order to reduce the number of applications pending before the ECtHR. At the same time the majority of cases before the Court are against Russia, and Russia still finds it very hard to comply with the human rights standards. The prosperity of the ECtHR and its role as the most effective human rights court are seriously jeopardised.

Key words: *European Court of Human Rights; Article 3 of the European Convention for Human Rights; ill-treatment of prisoners; Committee for the Prevention of Torture; Protocol No. 14.*

Riassunto

Maltrattamento dei detenuti in Europa: una malattia diagnostica, ma non curata?

Nel lavoro si riflette su come prevenire il maltrattamento dei detenuti all'interno del sistema del Consiglio d'Europa ai fini della tutela dei diritti dell'uomo. L'autore ha scelto di occuparsi di questo tema, poiché sono stati introdotti alcuni rilevanti cambiamenti nel contesto della tutela dei detenuti negli ultimi dieci anni. La Corte europea dei diritti dell'uomo ed il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) ricoprono un ruolo fondamentale nella creazione di una tutela più efficace. La Corte ha esteso l'interpretazione dell'art. 3 nei casi in cui la questione verte sulle condizioni della detenzione e sulla tutela sanitaria preventiva nelle carceri; mentre, il Comitato ha imposto nuovi *standards*, i quali ora influiscono direttamente sull'operato della Corte. La Corte non era pronta ad applicare l'art. 3 nei casi nei quali la questione si riferiva alle condizioni di detenzione ed alla tutela sanitaria primaria nelle carceri; si focalizzava, piuttosto, sui casi di maltrattamento volontario del detenuto da parte del personale. Le circostanze sono cambiate negli ultimi dieci anni. La Corte ha considerevolmente esteso il raggio interpretativo dell'art. 3, appoggiandosi ora ai rapporti del Comitato, ogniqualvolta deve accertare un maltrattamento. Questo nuovo approccio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo potenzialmente offre gli strumenti atti a riconoscere nuovi diritti ex art. 3, quali il diritto nascente dalla campagna sulla dannosità della distribuzione di aghi tra i detenuti, che assumono per vena sostanze stupefacenti.

D'altra parte, la Corte è oberata di casi, poiché il numero di ricorsi negli ultimi anni è in costante crescita, per quanto sia molto probabile che tale problema non trovi soluzione nel futuro più prossimo. La Corte necessita, pertanto, una riforma urgente, al fine di potere sostenere il costante aumento delle domande alla medesima indirizzate. Questa è la ragione fondamentale dell'emanazione del disegno del Protocollo n. 14 ratificato da tutti i paesi membri del Consiglio d'Europa eccetto la Russia. Di conseguenza, proprio la Russia rappresenta il principale freno alla riforma del sistema della Convenzione, come pure al rafforzamento della tutela dei detenuti. Il Protocollo n. 14 rappresenta al momento l'unica soluzione per il Consiglio d'Europa per diminuire il numero delle domande rivolte alla Corte ed ancora pendenti. Allo stesso tempo, il maggiore numero di casi è costituito proprio da quelli contro la Russia; eppure questo Stato continua ad avere notevoli difficoltà nel rispettare gli *standards* imposti dalla tutela dei diritti dell'uomo. La prosperità della Corte europea dei diritti dell'uomo, intesa quale organo giudicante più efficace in materia di diritti dell'uomo, rischia di essere seriamente compromessa.

Parole chiave: *Corte europea dei diritti dell'uomo, art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tortura dei detenuti, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, Protocollo n. 14.*

II. Prikazi
(Surveyes, Beschprechungen, Recensionen)

DEJAN POPOVIĆ, PORESKO PRAVO

Službeni glasnik, Beograd, 2008.

Udžbenik „Poresko pravo“ doživio je nakon više od desetak godina, već i treće izdanje te je sve iscrpniji i bolji, a njegov je autor jedan od najplodnijih financijskih, posebice poreznih teoretičara, i to ne samo na području Srbije. Pravno obrazovanje stekao je, kao izvrstan student, na beogradskom Pravnom fakultetu, nakon čega je međunarodno porezno pravo specijalizirao u International Bureau of Fiscal Documentation u Amsterdamu i na sveučilištima u SAD-u.

Preko šesnaest godina bio je sveučilišni profesor na Katedri za javne financije i financijsko pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu, na kojem je u dva izborna razdoblja bio i dekan. Kao istaknuti znanstvenik bio je i rektor Univerziteta u Beogradu, savjetnik u Ekonomskom institutu Sveučilišta u Beogradu i član Naučnog društva Saveza ekonomista Srbije, a sudjelovao je i u radu brojnih znanstvenih institucija u zemlji i inozemstvu. Nadalje, kao stručnjak iz područja javnih financija, u funkciji zamjenika ministra financija i ekonomije Republike Srbije, uspješno se je okušao i u praksi. Uza sve to objavio

je 15 knjiga i brojne radove iz oblasti poreznog i financijskog prava i prava Europske unije.

Knjiga je podijeljena na Opći dio i na Posebni dio.

U **Općem dijelu** objašnjen je pojam i oblik javnih prihoda (poreza, taksa, doprinosa, naknada za korištenje dobara od općeg interesa) i poreznog prava kao djela pravnog sustava. Pri objašnjavanju javnih prihoda uspoređuje razlike u njihovoj sistematizaciji između zemalja engleskog govornog područja i područja europskih kontinentalnih sustava. Spominje se i kategorija „privatnopravnih javnih prihoda“, koje država ostvaruje „...na način koji je u osnovi isti kao i kada ih ostvaruju subjekti privatnog prava“ (str. 10.).

Zanimljiv je autorov prikaz razvoja financijskog prava i nastanka poreznog prava. Takvi se prikazi u suvremenim udžbenicima o javnim financijama i financijskog prava, naime rijetko nalaze. Analiza odnosa poreznog prava i javnih financija, posebno, u njemačkoj i talijanskoj financijskoj literaturi uz isticanje integralnog i unilateralnog koncepta, pokazuje zavidan stupanj

erudicije autora. Kratko i jezgrovito obrazloženje zašto je za suvremeno društvo prihvatljiviji unilateralni koncept odnosa poreznog prava i javnih financija od integralnog koncepta, ističući da se unilateralnim pristupom porezno pravo, kao pravna znanost, utemeljeno emancipira od javnih financija kao ekonomske znanosti.

Opisujući, nadalje, odnos poreznog prava prema drugim granama prava, zanimljiv je autorov prikaz odnosa porezno pravo – upravno pravo. I ovdje se, naime, sreću dva suprotna stajališta. Navodeći argumente zastupnika oba stajališta, autor se priklanja onomu prema kojem je porezno pravo posebna, autonomna grana javnog prava. Emancipaciju poreznog prava brani posebnošću i primarnim značajem imovinskog elementa u njegovu predmetu.

Razliku u terminologiji između „javne financije“ i „nauke o financijama“ za znanstvenu disciplinu, koja izučava financijsku djelatnost države, obrazlaže time, što je izraz „javne financije“ suvremeniji i primjenjuje se u anglosaksonskoj i francuskoj literaturi, a izraz „nauka o financijama“ je zastario i koristi se u njemačkoj i talijanskoj literaturi.

U definicijama odnosa poreznog prava prema drugim granama prava, posebno je važna ona, kojom se određuje odnos poreznog prava prema europskom pravu. Polazeći od činjenice, da Europska unija nije klasična međunarodna organizacija, već „kvazi-državni“ entitet međunarodnog javnog prava, to je europsko porezno pravo zapravo „unutrašnje“ porezno pravo Europske unije.

Načela poreznog prava, koja su izvedena iz ustavnog načela vladavine prava, (glava III.) autor potanko objašnjava na temelju koncepta demokratske vladavine prava i slobode i prava čovjeka i građanina. Autorova analiza tog koncepta, zatim koncepta socijalne države i pojma solidarnosti u financiranju javnih potreba pokazuju da izvrsno poznaje pravna shvaćanja, sudsku praksu i stavove suvremenih europskih država prema tim konceptima. Što više, podrobno objašnjava sudska rješenja, koja su pravno složenija, primjerice, odluku Saveznog ustavnog suda Njemačke, kojom je oporezivanje prihoda od kamata na osnovi podnošenja porezne prijave onih, koji takve prihode ostvaruju, protivno poreznom načelu jednakosti. Takvom se odlukom doduše, ne osporava oporezivanje prihoda od kamata, nego se samo ukazuje na neprikladnost modaliteta oporezivanja, koji zakonodavac u tom slučaju primjenjuje. Naime, neprijavlivanjem tako ostvarenih prihoda od kamata, izbjegava se plaćanje poreza, pa su, uslijed toga, osobe koje takav prihod ne prijavljuju, u nejednakom, tj. povoljnijem, položaju u odnosu na sve druge osobe, koje ga prijavljuju.

Načelo zakonitosti poreza vrhunsko je načelo pravne države. Iz toga proizlazi, kako autor navodi, obveza zakonskog uređivanja cjelokupnog poreznog prava, zatim, zabrane primjenjivanja instituta sporazumijevanja poreznog obveznika s poreznom administracijom (iako neke države taj institut ipak primjenjuju) i tumačenja pravnog smisla poreznih propisa.

Tumačenje smisla poreznih propisa počiva na četiri različita pristupa:

prvi pristup prema kojem se porezni propis treba tumačiti u prilog onome čija se sloboda ili pravo raspolaganja materijalnim dobrima ograničava, drugi, koji polazi od toga, da je interes države iznad privatnog interesa, zatim, treći, koji polazi od restriktivnog tumačenja poreznih propisa, i četvrti, koji zastupa i sam autor, a u skladu s kojim se porezni propis mora tumačiti na način, koji ne smije biti suprotan značenju riječi u tim propisima.

Također, vrlo detaljno, s iznošenjem primjera iz domaće i strane sudske prakse, opisana je i uloga suda u popunjavanju pravnih praznina u poreznim propisima. Tako sud: 1. porezni zakon mora tumačiti prema ekonomskoj biti, zatim, 2. ne smije zamijeniti zakonodavca i nametnuti poreznu obvezu u pojedinim situacijama koje porezni zakon ne sadrži, unatoč tomu, što bi se takve situacije trebale oporezovati, 3. je ovlašten oduzeti imovinsku korist stečenu izvršenjem kaznenog djela (uz dužnost poreznog tijela da takvoj osobi prethodno utvrdi poreznu obvezu) te 4. u određenim je slučajevima dužan primijeniti analogiju, tj. proširiti zakonsku normu na slučajeve, koji zakonom nisu sadržani, ali se mogu podvesti pod cilj koji se zakonom želi postići. Nadalje, ostvarenje načela zakonitosti poreza pretpostavlja i u načelu zabranu retroaktivnosti pravnog djelovanja poreznih propisa te obvezu zakonodavca da opis poreznog činjeničnog stanja bude formuliran na jasan i precizan način.

Autor na zanimljiv i originalan način definira i zaštitu ljudskih prava poreznih obveznika. Ona predstavljaju ograničenja subjektivnog prava države da uvodi, utvrđuje i naplaćuje poreze.

Takvim se ograničenjima štiti ljudsko dostojanstvo, privatna sfera, pravo slobodnog izbora zanimanja, profesije i obavljanja djelatnosti i pravo na mirno uživanje imovine i nasljeđivanje poreznih obveznika.

U glavi IV. (Klasifikacija poreza) opisane su pojedine vrste poreza. Uz definiciju poreza, nalazimo temeljne podatke o njegovoj pojavi, povijesnom razvoju, argumentima za i protiv njegove primjene, o varijantama u kojima se može pojaviti i metodama raspodjele njegovih prihoda.

U ovoj je glavi, za razliku od prethodnih, uz pravni pristup porezima, autor koristio i ekonomski. Tako, na primjer objašnjava zašto u uvjetima inflacije specifični porezi postaju neprimjereni ili kako se poreznom politikom potiču štednja i investicije.

U V. glavi pod naslovom „Poreznopravni odnos“ autor se vraća pravnoj analizi, ali ovog puta ne pojedinačnih poreza i drugih javnih prihoda, nego analizi odnosa između poreznog tijela, s jedne i poreznog sudionika, s druge strane. Time, u stvari, obrađuje bitne elemente poreznopravnog postupka u Srbiji.

Poreznopravni odnos definira kao javnopravni odnos između dviju strana, čiji je sadržaj heterogen, a s obzirom na prava i obveze njegovih sudionika, može biti porezno-imovinski i porezno-upravni odnos. Međutim, unatoč heterogenosti, taj je odnos, prema Luigiu Rastelli, „... nerazdvojjiv, jer su svi njegovi instituti okrenuti k jednom cilju – ka plaćanju poreza“.

U nastavku autor opisuje sudionike poreznopravnog odnosa. To su, s jedne

strane, porezni vjerovnici, (tj. država kao centralna vlast, zatim vlasti na razini federalnih jedinica ili jedinica lokalne samouprave, odnosno kao autonomne parastatalne institucije). S druge strane, to su porezni dužnici, odnosno porezni obveznici, ali i osobe koje su dužne ispunjavati porezne obveze poreznih dužnika koje zastupaju (npr. porezni punomoćnici, zakonski zastupnici i zastupnici po službenoj dužnosti) te porezni platci. Autor sve te osobe svrstava u kategoriju stranaka porezno-imovinskog odnosa, jer su prava tih osoba imovinske, tj. materijalne prirode. U drugu, pak, kategoriju stranaka, tj. stranaka tzv. porezno-upravnog odnosa, svrstava banke i druge nositelje platnog prometa te sudove.

Porezno-imovinski odnos, iako je sličan građansko-pravnom odnosu, od njega se, pak, bitno razlikuje. Tako, između ostalog, u građansko-pravnom odnosu prava i obveze stranaka, u pravilu, zavise od volje stranaka, dok u porezno-imovinskom odnosu sloboda volje vrijedi samo za jednu stranu, tj. za poreznog vjerovnika. Zatim, u građansko-pravnom odnosu stranke su ravnopravne, dok to u porezno-pravnom odnosu nisu. Neizvršenje obveza u građansko-pravnom odnosu sankcionira se umanjnjem imovine titulara, dok osoba koja u porezno-pravnom odnosu ne izvrši svoju obvezu može biti kažnjena alternativno ili kumulativno novčanom kaznom i kaznom zatvora, itd.

Uz ostale porezno-postupovne činjenice, kao što su, nastanak porezne obveze, vrijeme ispunjenja porezne obveze, osiguranje ispunjavanja porezne obveze, zatim založno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima te

na novčanim sredstvima na računu i novčanim i nenovčanim potraživanjima poreznog obveznika, opisani su načini na koje prestaje porezna obveza, zatim zastara i otpis poreza.

Uz imovinsko-pravni odnos, porezno-pravni odnos sadrži i porezno-upravni odnos. Taj odnos autor definira kao pravno uređen društveni odnos između porezne uprave, i fizičkih i pravnih osoba – poreznih dužnika, a koji se oblikuje upravnim radom, tj. izdavanjem upravnih akata i poduzimanjem upravnih radnji. Opće su karakteristike tog odnosa: 1. u pravilu se pokreće inicijativom nositelja javne vlasti, a samo izuzetno po zahtjevu stranke, 2. u njemu je javni interes nadređen privatnom interesu i 3. podložan je izmjenama konkretnih prilika i okolnosti.

Sadržaj porezno-upravnog odnosa su ovlaštenja i dužnosti. Tako su ovlaštenja Porezne uprave i drugih državnih organa pojedini „poslovi javnih prihoda“. Dužnosti, pak, poreznog obveznika su: 1. činjenje, tj. primjena određenog pozitivnog ponašanja prema porezima (na primjer, podnošenje porezne prijave, obračunavanje poreza kod samooporezivanja, podnošenje dokumentacije i raspoloživih informacija, itd.), 2. nečinjenje (zabrana proizvodnje, uvoza ili prodaje određenih proizvoda, i sl.) i 3. trpljenje (na primjer, dopuštanje poreznom tijelu da pregleda poslovne knjige i evidencija poreznog obveznika).

U VII. glavi (Sukob poreznih zakona) autor je obradio dvostruko interno i međunarodno oporezivanje. O dvostrukom oporezivanju (internom ili međunarodnom) radi se ako dvije različite porezne vlasti oporezuju istog

poreznog obveznika i isti porezni objekt, primjenom, istog poreza i za isto vremensko razdoblje. Od mjera za eliminaciju dvostrukog oporezivanja posebno su prikazane međunarodne konvencije, njihovo djelovanje, njihovi nedostaci i prednosti.

Posebni dio knjige sadrži prikaz davanja, tj. javno-pravnih prihoda u Srbiji. To su, uz poreze, još i takse, carine, socijalni doprinosi i naknade za korištenje dobara od općeg interesa. U sustavu Srbije nalazimo i neke od oblika javno-pravnih prihoda, kao što su porez na prijenos apsolutnih prava, porez na kapitalne dobitke i porez na uporabu mobilnog telefona, koje ne nalazimo u drugim nacionalnim sustavima u geografskom okruženju Srbije.

*

Za izradu ovog udžbenika, autor je koristio izuzetno bogatu bibliografiju: čak 246 izvora, što strane, što domaće literature iz raznih pravnih područja. To mu je, između ostalog, omogućilo usporedbu europskih pravnih instituta i usporedbu rješenja s pravnim institutima i rješenjima na angloameričkom pravnom području. Čitateljima, a prije svega studentima, tako bogata bibliografija izvrsno će poslužiti u istraživanjima i upoznavanju s porezno-pravnim institutima drugih poreznih jurisdikcija.

U knjizi prof. dr. Dejana Popovića nalazimo gotovo sve, što je u teoriji o poreznom pravu danas poznato. Osim toga, bogata sudska praksa i praksa upravnih tijela u poreznim slučajevima, koju je autor naveo i opisao, čine autorovu knjigu posebno vrijednom. Ona je i izuzetno prikladna za izradu nastavnih

programa iz discipline „Porezno pravo“, koja bi u većoj mjeri trebala biti zastupljena na pravnim fakultetima u Republici Hrvatskoj. Dodamo li tome, da iz autorova stila izbijaju elementi njegova znanstvenog profila, ali da je unatoč tomu, jezik kojim je knjiga napisana ležeran i živ koji se čita i razumijeva s lakoćom. Sve su to razlozi, da knjigu prof. dr. Dejana Popovića toplo preporučujemo.

prof. dr. sc. Olivera Lončarić Horvat

Svjetlana Šokčević,
RADNI ODNOSI I UVJETI RADA
U PRAVU EUROPSKE ZAJEDNICE
(ODABRANE TEME I ODLUKE SUDA EZ–A),
IPROZ d.o.o. Zagreb, Visoka škola za sigurnost s pravom
javnosti, Zagreb, 2008.

U rukama nam je nova knjiga dr. sc. Svjetlane Šokčević. Knjiga je nova po brojnim oznakama: novi je izdavač, nova je tema, a posebno je novi sadržaj ovoga originalnog i vrijednog priručnika. Kako su recenzenti u predgovoru napisali: „Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske s jedne strane i Europskih zajednica i njihovih država članica, s druge strane, nastao je pravni okvir za zahtjevne pregovore o usklađivanju zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnom stečevinom Europske unije.

... Projekt se dovršava. On će trajati i biti sve zahtjevniji da bi se mrežni plan mogao realizirati. To se odnosi i na radno pravo EZ (EU), a napose na pravo sigurnosti i zdravlja na radu i sve vezano na radni odnos. Čeka nas puno posla.“

Tematika je znanstveno i značajki raspoređena, dostupna u ovom djelu i sustavno obrađena.

Na jednom mjestu su propisi i praksa, pregled važnijih presuda i mišljenja, pregled odobrenih odluka u vezi s radnim odnosima, radnim vremenom, sigurnosti i zdravlja na radu, uvjetima ugovorenog ili radnog odnosa

rada na određeno vrijeme, uznemiravanja na radu, zabrane diskriminacije, roditeljnog dopusta, prijenosa poduzeća na novog poslodavca, kolektivnog viška radnika, insolventnosti poslodavca, Europskim radničkim vijećem, državnim potporama i certificiranju sredstava rada.

Ništa u ovom djelu nije izostavljeno: literatura, propisi, sudske odluke, mišljenja nezavisnih odvjetnika i prilozi, ali i veliko znanje autorice. Sve to omogućava sagledavanje i razumijevanje složenih radnih odnosa u EU.

Djelo je po svojoj koncepciji, kompoziciji i broju specifično obrađenih pitanja jedino u Republici Hrvatskoj.

Knjiga sadrži 361. stranicu. Obuhvaća svu propisanu i uobičajenu infrastrukturu i sadržaj: predgovor, uvod, izvori prava Europske zajednice (primarno i sekundarno pravo), Blago i strogo pravo, Utjecaj socijalnih partnera na regulativu EZ: Europski socijalni dijalog; Radno pravo EZ; Organizacija i nadležnost suda EZ; Praksa suda EZ (Pregled važnijih presuda i mišljenja; Pregled odabranih odluka u vezi s radnim odnosima; Organizacija radnog vremena; Sigurnost i zdravlje na radu;

Uvjeti ugovornog ili radnog odnosa; Rad na određeno vrijeme; Uznemiravanje na radu; Zabrana diskriminacije; Roditeljski dopust; Prijenos poduzeća na novog poslodavca; Kolektivni višak radnika; Insolventnost poslodavca; Europsko radničko vijeće; Državne potpore; Certificiranje sredstava rada); Zaključak; Literatura (knjige i članci, pravni akti, sudske odluke, mišljenja neovisnih odvjetnika) i Prilozi (odabrane direktive, presude i mišljenja).

Sve je to zahtijevalo dosta vremena, dobrog, općeg i posebnog (specifičnog) znanja, znanje jezika, teorije prava, posebno radnog prava, prakse u sudu EZ, ali i propisa i prakse u tim odnosima u Republici Hrvatskoj. Sreća je što dr. sc. Šokčević sve to ima i što je znalački do detalja pisala i objavila ovo djelo.

Autorica je birala i izabrala autore, njihove knjige i članke (relevantne za ovu knjigu), ukupno 51 jedinica što predstavlja koristan tender za sva nova i druga istraživanja ovoj temi. Navedeni su pravni akti EZ (primarnog i sekundarnog prava) bez kojih nije moguće razumjeti ove odnose i koristiti djelo. Tu je i registar propisa Republike Hrvatske iz ove oblasti i odabranih odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske. Posebnu vrijednost knjizi daje preko 70 sudskih odluka Suda pravde Europskih zajednica i mišljenja neovisnih odvjetnika (ukupno osam mišljenja), označenih brojem, datumom i imenom.

Recenzenti djela su (i za nakladnika); Nenad Kacian i Marinko Đ. Učur. Urednica je Lidija Kacian, a lektorica Jasenka Ružić. DTP: Micko Market, Zagreb, Kikićeva 1; Tisak: Otisak, Zagreb, Vida Ročića 144 a.; CIP – Nacionalna i sveučilišna knjižnica u

Zagrebu pod brojem 686945, a ISBN 978-953-6026-52-4.

Sadržaj je znalački sastavljen, pregledan i potpun. Nakladnici, urednici, lektor, obrada teksta i tisak su po „zanatu“ i standardu suvremene stručne knjige obavila veliki, odgovoran i stručan posao vrijedan hvale.

Autorica se služi razumljivim suvremenim stručnim jezikom i uvažavajućom terminologijom, pregledno i dosljedno korištenje misli i zaključaka. Sve je to rezultat izvanrednog teoretskog poimanja i zavidne vizije autorice.

Djelo je pisano odmjereno, precizno i znanstveno analizirano. Autorica ima jednostavan stručni jezik u djelu, prezentiran znanstvenim metodama. Autorica je vrstan znalac, dobar teoretičar i praktičar u zahtjevnoj i novoj temi. Stavovi su bezrezervni.

Rad će biti od velike koristi. Ova jedinstvena knjiga o složenim pravnim odnosima oblikovana je i namijenjena svekolikoj praksi i potrebama poslodavaca, socijalnih partnera, državnih tijela i sudova, studenata i brojnih drugih, budući da je ispunila literarnu prazninu u obrazovnom i drugom sustavu u Republici Hrvatskoj.

Zbog toga preporučujem knjigu, a autorici želim još mnogo novih djela.

prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

**ZBORNİK RADOVA „RAD U HRVATSKOJ I PRED
IZAZOVIMA BUDUĆNOSTI“,
Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo iz Zagreba
i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009.,
str. I-XXXV+386.**

„Rad u Hrvatskoj – pred izazovima budućnosti“ zbornik je radova znanstvenog skupa (istog naziva), koji je održan u prostorijama Rektorata Sveučilišta u Zagrebu 20. studenog 2008. godine.

Nakladnici su Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo iz Zagreba i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Nakladnike potpisuje Josip Kregar. Urednici Zbornika su Vojmir Franičević i Vlado Puljiz. Od VII do X stranice nalaze se podaci o autorima radova iz Zbornika.

U „Predgovoru“ urednici navode osnovu i cilj pripreme organizacije znanstvenog skupa i objavljenog Zbornika radova. To su: utjecaj „dramatičnih geopolitičkih i institucionalnih promjena“ koje su nedvojbeno utjecale na ekonomski, socijalni i politički položaj rada u Hrvatskoj (kao posljedice ekonomske liberalizacije, privatizacije, razvoja poduzetništva, interesnog udruživanja, procesa europeizacije, ali i „izloženosti Hrvatske globalizacijskim procesima“.

Položaj rada, njegovo organiziranje, zaštita prava radnika i drugi

radnopravni i socijalnopravni odnosi, dijele sudbinu toga procesa. Cilj je bio „propitati ... stanje i trendove u Hrvatskoj“, „mogućnosti dijaloga među znanstvenicima i stručnjacima“ i „pomoć socijalnim partnerima u traganju za ekonomski održivim i poticajnim, a socijalno prihvatljivim i pravednim dogovorima...“.

Može se ustvrditi da je cilj postignut bez obzira na zahtjev vremena da se to valorizira, implementira i pomaže realizirati u surovoj i sirovoj zbilji rada u Hrvatskoj.

U Zborniku su objavljeni radovi sljedećih autora: Vlado Puljiz: *Društveni procesi i svijet rada*; Maja Vehovec: *Ponuda rada i izazovi starenja radne snage – Hrvatska u EU perspektivi*; Alka Obadić: *Trendovi i novi koncepti politika zapošljavanja u Europskoj uniji i Hrvatskoj*; Valerija Botrić: *Regionalna dimenzija nezaposlenosti u Hrvatskoj*; Branka Galić i Krunoslav Nikodem: *Neki aspekti diskriminacije žena pri zapošljavanju u Republici Hrvatskoj*; Teo Matković: *Razmjeri, oblici i kvaliteta samozaposlenosti u Hrvatskoj*; Danijel Nestić: *Plaće u Hrvatskoj: trendovi,*

problemi i očekivanja; Branimir Šverko i Zvonimir Golić: *Kvaliteta radnog života u Hrvatskoj: subjektivne procjene tijekom posljednjih 15 godina*; Nina Pološki Vokić: *Ugrožava li menadžment ljudskih potencijala položaj sindikata? – Odnos sindikata i menadžmenta ljudskih potencijala u zadovoljavanju potreba zaposlenika*; Marinko Đ. Učur: *Uvjeti rada i sigurnosti zdravlja radnika*; Željko Potočnjak i Viktor Gotovac: *Rad i pravni oblici rada u Republici Hrvatskoj*; Svjetlana Šokčević: *Mogućnosti i izazovi socijalnog dijaloga u Hrvatskoj*; Jasminka Kulušić: *Poslodavac i novi Zakon o radu*; Vojmir Franičević: *Pogovor: Rad u Hrvatskoj – Izazovi i dileme*.

Navedeni autori u svojim radovima obrađuju tri cjeline: tržište rada i zapošljavanje, uvjete rada, regulaciju radnih odnosa i socijalno partnerstvo. Svaka cjelina je cjelina i po autorima i sadržaju radova, koja su tako znanstveni (stručno i znanstveno) uklopila u Zbornik, odnosno njegov cjeloviti sadržaj. Autori su vrhunski poznavatelji područja o komu pišu. Oni su dosljedni i imaju „sluha“ za temu. Ovo naglašava i prof. dr. sc. Vlado Puljiz u uvodnom poglavlju.

O zapošljavanju, kao i dalje najtežeg socijalnog problema u Hrvatskoj, (zapošljavanje mladih, starijih, dinamiziranje tržišta rada, regionalne razlike, diskriminacija na tržištu rada, samozapošljavanje i drugo) pišu: M. Vehovec, A. Obadić, V. Botrić, B. Galić i K. Nikodem, te T. Matković.

O uvjetima rada kao difuznom pojmu, ali u praksi zahtjevnom odnosu u proizvodnji, radnim odnosima, odnosima zaštite na radu, sigurnosti i svim oblicima

socijalnog osiguranja pišu: D. Nestić, B. Šverko, Z. Galić, N. Pološki Vokić i M. Đ. Učur.

Treću cjelinu čine radovi: Ž. Potočnjaka i V. Gotovca, S. Šokčević i J. Kulušić.

U Pogovoru knjige Vojmir Franičević raspravlja o izazovima i dvojabama pred kojima se nalazi rad i autori politike rada u kontekstu koji povezuje sve radove u knjizi (globalizacijski, europeizacijski, ali i transformacijski).

Knjiga je opremljena sažecima na hrvatskom i engleskom jeziku, bilješkama o autorima te kazalom imena i pojmova.

Učinjen je veliki napor da se ovako bogata knjiga nađe pred korisnicima. Kvalitetne su („reference“) pozivne bilješke i pravi rudnik birane literature. Radovi su izvorni i originalni. Omogućeno je jednostavno korištenje zbog preglednosti, jednostavnog jezika i stila, prepoznatljivih izraza, verificiranih u teoriji i praksi.

Ovaj kvalitetan priručnik, namijenjen je brojnim korisnicima, koji će popuniti literarnu prazninu u ovim odnosima.

prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur