

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 29

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29,
Br. 2, str. XII+721-1222, Rijeka, 2008.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA
RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA
RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

Glavna urednica/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Velinka Grozdanić

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Miomir Matulović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, doc. dr. sc. Anamari Petranović, (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: dr. sc. Sandra Debeljak-Rukavina

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

Lektorica/Lector: Dejana Glamočić, prof.

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (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.: (051) 359-518, fax. (051) 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Digital point tiskara 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 *CRIM – kriminologija in kazensko pravosodje*, Ljubljana, Slovenija.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 29

BROJ 2

RIJEKA, 2008.

SADRŽAJ

I. Članci:

<i>Petar Novoselec,</i> Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja (izvorni znanstveni članak)	721
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Ratihabitio mandato comparatur</i> (izvorni znanstveni članak)	761
<i>Sanja Barić, Lena Ružić,</i> Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom (izvorni znanstveni članak)	787
<i>Dario Derđa,</i> Upravljanje u Europskoj zajednici (izvorni znanstveni članak)	825
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> The Role of Efficiencies in Merger Control: Comparative EU-USA Perspective (izvorni znanstveni članak)	851
<i>Marissabell Škorić, Sandra Fabijanić Gagro,</i> Suradnja država s Međunarodnim kaznenim sudom (izvorni znanstveni članak)	887
<i>Ana Pošćić,</i> Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja (izvorni znanstveni članak)	917
<i>Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,</i> Neki aspekti neoliberalizma u svjetskom gospodarstvu (pregledni znanstveni članak)	941
<i>Dorothea Ćorić, Sandra Debeljak-Rukavina,</i> Zaštita morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske (pregledni znanstveni članak)	959
<i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić,</i> Pravilo poslovne prosudbe u hrvatskom i američkom pravu (pregledni znanstveni članak)	975
<i>Dionis Jurić,</i> Položaj depozitne banke u odnosu na društvo za upravljanje i investicijski fond (pregledni znanstveni članak)	1009

<i>Dubravka Akšamović,</i> Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije (pregledni znanstveni članak)	1033
<i>Sandra Fabijanić Gagro,</i> Promjena kvalifikacije oružanog sukoba (pregledni znanstveni članak)	1067
<i>Iris Gović,</i> Revizija u svjetlu posljednjih izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku (ZPP/03) i na njima utemeljenoj sudskoj praksi (pregledni znanstveni članak)	1093
<i>Petar Radošević,</i> Posjedovna volja (stručni članak)	1129
<i>Anita Blagojević,</i> Zemljopisno, povijesno, upravno i pravno određenje istočne Hrvatske – korijeni suvremenog regionalizma (stručni članak)	1149
<i>Ines Jambrek, Ivan Ivica Penić,</i> Upravljanje ljudskim potencijalima u poduzećima – ljudski faktor, motivacija zaposlenika kao najbitniji čimbenici uspješnosti poslovanja poduzeća (stručni članak)	1181
 II. Prikazi	
<i>Lujo Margetić,</i> Etnogeneza Hrvata i Slavena (Budislav Vukas, ml.)	1209
<i>Robert Blažević,</i> Upravna znanost (Dana Dobrić)	1213

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

<i>Petar Novoselec,</i> Distinction between Preparatory Actions and an Attempt	721
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Ratihabitio mandato comparatur</i>	761
<i>Sanja Barić, Lena Ružić,</i> The EU Secondary Legislation and Parliamentary Supervision of the National Executive	787
<i>Dario Derđa,</i> The Administration in the European Community	825
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> The Role of Efficiencies in Merger Control: Comparative EU-USA Perspective	851
<i>Marissabell Škorić, Sandra Fabijanić Gagro,</i> State Cooperation with the International Criminal Tribunal	887
<i>Ana Pošćić,</i> The Notion of Undertaking in the European Competition Law	917
<i>Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,</i> Some Aspects of Neoliberalism in the World Economy	941
<i>Dorothea Ćorić, Sandra Debeljak-Rukavina,</i> The Protection of Sea Environment in the Protected Ecological and Fishing Zone of the Republic of Croatia	959
<i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić,</i> A Business Judgment Rule in Croatian and American Law	975
<i>Dionis Jurić,</i> The Position of Depositary in Relation to Management Company and Investment Fund	1009
<i>Dubravka Akšamović,</i> The Legal Regime Governing Mergers in the EC and Croatian Competition Law Paying Special Attention to the Structural Remedies and Behavioural Remedies	1033
<i>Sandra Fabijanić Gagro,</i> Alteration of the Armed Conflict Qualification	1067

<i>Iris Gović,</i> A Revision on Points of Law in the Light of the Most Recent Civil Procedure Act Amendments (CPA/03) and Corresponding Court Practice	1093
<i>Petar Radošević,</i> The Intention to Possess	1129
<i>Anita Blagojević,</i> Geographical, Historical, Administrative and Legal Determination of the Eastern Croatia – The Roots of Modern Regionalism	1149
<i>Ines Jambreč, Ivan Ivica Penić,</i> Managing Human Resources in Companies – the Human Factor and Employee Motivation as the Most Important Aspects of Successful Company Operations	1181
II. Surveys	1207

INHALT

I. Ausfütze:

<i>Petar Novoselec,</i> Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch	721
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Ratihabitio mandato comparatur</i>	761
<i>Sanja Barić, Lena Ružić,</i> Sekundäre Gesetzgebung der EU und parlamentarische Aufsicht über die nationale Exekutive	787
<i>Dario Derđa,</i> Verwaltung in der Europäischen Gemeinschaft	825
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> Die Rolle der Wirksamkeit bei der Konzentrationskontrolle von Unternehmern – komparative Perspektiven der EU und USA	851
<i>Marissabell Škorić, Sandra Fabijanić Gagro,</i> Zusammenarbeit der Staaten mit dem Internationalen Strafgerichtshof	887
<i>Ana Pošćić,</i> Der Begriff des Unternehmers im Europäischen Marktwettbewerbsrecht	917
<i>Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,</i> Einige Aspekte des Neoliberalismus in der Weltwirtschaft	941
<i>Dorothea Ćorić, Sandra Debeljak-Rukavina,</i> Schutz der Meeresumwelt im geschützten Ökologie- und Fischfang-Gürtel der Republik Kroatien	959
<i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić,</i> Regeln der Geschäftsbeurteilung im kroatischen und amerikanischen Recht	975
<i>Dionis Jurić,</i> Die Position der Depositenbank im Verhältnis zu Managementgesellschaft und Investmentfond	1009
<i>Dubravka Akšamović,</i> Rechtsordnung für die Unternehmerkonzentration im Marktwettbewerbsrecht der EG und Kroatiens unter besonderer Berücksichtigung der Maßnahmen zur Restrukturierung der Konzentration und Maßnahmen zur Verhaltensbeobachtung der Konzentrationsbeteiligten	1033

<i>Sandra Fabijanić Gagro,</i> Änderung der Qualifikation des bewaffneten Konfliktes	1067
<i>Iris Gović,</i> Revision im Lichte der letzten Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes zum Gerichtsverfahren (ZPP/03) und die sich darauf gründende Gerichtspraxis	1093
<i>Petar Radošević,</i> Besitzerwillen	1129
<i>Anita Blagojević,</i> Geographische, historische, verwaltungsmaßige und juristische Disposition Ostkroatiens – Wurzeln des zeitgemässen Regionalismus	1149
<i>Ines Jambrek, Ivan Ivica Penić,</i> Personalmanagement in Unternehmen – Faktor Mensch, Mitarbeitermotivation als wichtigste Erfolgsfaktoren eines Unternehmens	1181
II. Besprechungen	1207

INDICE

I. Articoli:

<i>Petar Novoselec,</i> Distinzione tra le attività preparatorie ed il tentativo	721
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Ratihabitio mandato comparatur</i>	761
<i>Sanja Barić, Lena Ružić,</i> Legislazione secondaria dell'UE e vigilanza parlamentare sull'esecutivo nazionale	787
<i>Dario Derđa,</i> L'amministrazione nella Comunità Europea	825
<i>Vlatka Butorac Malnar,</i> Il ruolo delle efficienze nel controllo delle concentrazioni fra imprenditori – prospettiva comparata fra UE e USA	851
<i>Marissabell Škorić, Sandra Fabijanić Gagro,</i> La cooperazione degli Stati con la Corte Penale Internazionale	887
<i>Ana Pošćić,</i> La nozione di imprenditore nel diritto europeo della concorrenza	917
<i>Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,</i> Alcuni aspetti del neoliberalismo nell'economia mondiale	941
<i>Dorothea Ćorić, Sandra Debeljak-Rukavina,</i> Tutela dell'ambiente marino nella fascia di protezione ittico-ecologica della Repubblica di Croazia	959
<i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić,</i> La c.d. regola del “ <i>business judgment</i> ” nel diritto croato e nel diritto americano	975
<i>Dionis Jurić,</i> Posizione della banca depositaria in relazione alla società di rappresentanza ed al fondo di investimento	1009
<i>Dubravka Akšamović,</i> Regime giuridico per la concentrazione di imprenditori nel diritto della concorrenza dell'UE e della Croazia con particolare attenzione per le misure di ristrutturazione delle concentrazioni e per le misure di monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione	1033

<i>Sandra Fabijanić Gagro,</i> Il cambiamento di qualificazione del conflitto armato	1067
<i>Iris Gović,</i> La revisione alla luce delle ultime modifiche ed integrazioni della legge sul procedimento contenzioso (ZPP/03) e della consolidata giurisprudenza sul punto	1093
<i>Petar Radošević,</i> Volontà di possedere	1129
<i>Anita Blagojević,</i> La connotazione geografica, storica, amministrativa e giuridica della croazia orientale – radici del regionalismo contemporaneo	1149
<i>Ines Jambreč, Ivan Ivica Penić,</i> Gestione del potenziale umano nelle imprese – Fattore umano, motivazione dei dipendenti quali fondamentali componenti per il buon risultato dell'impresa	1181
II. Recensioni	1207

I. Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)

RAZGRANIČENJE PRIPREMNIH RADNJI I POKUŠAJA

Dr. sc. Petar Novoselec,
redoviti profesor u mirovini
Zagreb

UDK: 343.236
Ur.: 14. studeni 2008.
Pr.: 8. prosinca 2008.
Izvorni znanstveni članak

Kada je u pitanju razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, u Hrvatskoj još uvijek prevladava formalno-objektivna teorija, prema kojoj pokušaj počinje kada počinitelj djelomično ostvari biće kaznenog djela. Autor ukazuje na nedostatke te teorije te na temelju analize prakse hrvatskih sudova te komparativnog prikaza, koji obuhvaća njemačko, francusko, švicarsko i austrijsko kazneno pravo, zaključuje da je i hrvatskom kaznenom pravu bliža individualno-objektivna teorija, prema kojoj se na subjektivnoj strani traži konačna odluka, a na objektivnoj strani radnja bliska ostvarenju bića kaznenog djela, pri čemu osobitu ulogu ima počiniteljev plan. U skladu s takvim teorijskim polazištem, nudi određena rješenja za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja u tipičnim situacijama koje nastaju u praksi najčešće kod nedovršenog pokušaja pojedinačnog počinitelja, ali i kod posebnih tipova pokušaja (dovršeni pokušaj, pokušaj kod posrednog počiniteljstva, kaznenih djela nečinjenjem i supočiniteljstva).

Ključne riječi: kazneno djelo, pripremnje radnje, pokušaj.

I. Uvod

Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja jedno je od najzamršenijih pitanja kaznenopravne dogmatike. Zakonodavna rješenja ni u jednoj zemlji ne vode do pouzdanih rezultata jer ih doktrina tumači različito. Sudska praksa, nerijetko rukovođena intuicijom ili pravnim osjećajem, isto tako nigdje nije ujednačena. Teško je naći jednostavnu formulu, primjenjivu na sve slučajeve, što ponekad dovodi i do rezignacije koja se ogleda u uvjerenju da se jasna granica ni ne može povući. Pa ipak, problem ne silazi s dnevnog reda, štoviše, nadilazi nacionalne okvire. Težnja k harmonizaciji kaznenog zakonodavstva u Europskoj uniji, koja zahvaća i opći dio, dovela je do toga da se pitanje kada započinje pokušaj pokušalo riješiti u Corpusu jurisu 2000 (čl. 11a st. 3.). Slično vrijedi i za međunarodno kazneno pravo pa to pitanje rješava Rimski statut u čl.

25. st. 3¹. Pitanje razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja kod nas je predmet rasprava uglavnom u udžbenicima i komentarima. Rijetki posebni radovi o pokušaju bave se pretežno razgraničenjem kod određenih kaznenih djela². Granica se, međutim, mora povući na temelju općeg (apstrahirajućeg) pravila, na što upućuje već okolnost da je pokušaj propisan u općem dijelu Kaznenog zakona. Zadatak je teorije posebnog dijela da pobliže odredi početak pokušaja kod pojedinih kaznenih djela, ali to mora biti samo konkretizacija općeg pravila, na temelju kojeg će sudac moći odrediti početak pokušaja i kod kaznenih djela kod kojih se teorija i praksa time nije bavila³.

Usprkos mnoštvu teorija o tome kada prestaju pripremljene radnje, a počinje pokušaj, sve se one slažu da je nužna subjektivna pretpostavka pokušaja namjera da se djelo dovrši. Isto tako nijedna od njih ne smatra da je takva namjera dovoljna, nego pored nje, kao objektivnu sastavnicu, zahtijeva i da se namjera ostvari u radnji. Tako glasi i odredba čl. 33. st. 1. KZ prema kojoj je za pokušaj potrebna namjera kao subjektivna pretpostavka i započinjanje ostvarenja kaznenog djela kao objektivna sastavnica. No kada treba pobliže odrediti sadržaj i opseg ovih sastavnica, suglasnost prestaje. Pritom je osobito prijeporna objektivna sastavnica. Predmet će ovoga rada biti, najprije, prikaz subjektivne, a onda, znatno opširnije, i prikaz objektivne sastavnice pokušaja.

II. Namjera kao subjektivna pretpostavka pokušaja

Prvi stupanj u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja zahvaća subjektivnu sferu, koju Kazneni zakon u čl. 33. st. 1. označuje kao namjeru (počinitelj ostvarenje kaznenog djela mora započeti "s namjerom"). Namjera kao oblik krivnje ipak ne iscrpljuje u potpunosti subjektivnu sastavnicu pokušaja. Ako su u pitanju kaznena djela sa subjektivnim obilježjima, ta se obilježja moraju ostvariti i kod pokušaja: pokušaj krađe može izvršiti samo onaj tko postupa u namjeri prisvajanja, a pokušaj prijevare tko postupa s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist.

Počinitelj kaznenog djela u pokušaju mora htjeti dovršenje djela. Utoliko se namjera kod pokušaja ne razlikuje od namjere kod dovršenog kaznenog djela. Ide li počinitelj za time da djelo ostane u pokušaju, prema vladajućem mišljenju ne odgovara za pokušaj. Iz tih razloga njemačka doktrina uzima da i namjera poticatelja mora obuhvatiti dovršenje kaznenog djela pa onda nije kažnjiv agent

¹ Poblize o tome *Safferling*, Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2006, str. 682-716.

² Jedan od njih je neobjavljeni magistarski rad *Rudolfa Frančule* pod nazivom Pokušaj, obranjen na Pravnom fakultetu u Zagrebu 17. 4. 1973., u kojem se na brojnim primjerima iz tadašnje sudske prakse analizira razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja kod kaznenih djela u kojima se taj problem najčešće pojavljuje (ubojstvo, silovanje, krađa itd.).

³ Usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, str. 364.

provokator koji namjerava uhititi počinitelja prije nego djelo bude dovršeno⁴. Neki autori⁵ ipak misle da je za pokušaj dovoljna i “inicijalna namjera” ili “namjera da se pokuša počinjenje” (*Versuchsvorsatz*), dok je samo za dovršenje potrebna i namjera da se djelo dovrši (*Vollendungsvorsatz*). Uz tu pretpostavku, sve dok pokušaj nije dovršen, tj. dok traje radnja počinjenja, počinitelj ne bi mogao postupati s namjerom da djelo dovrši. To stajalište dobiva na praktičnom značenju u slučaju preuranjenog nastupa posljedice mimo počiniteljeva htijenja. Nastupi li za vrijeme radnje koja predstavlja pokušaj posljedica koju počinitelj u tom trenutku nije htio, ona se neće moći pripisati njegovoj namjeri. Počinitelj koji je odlučio da ubije žrtvu i uperio pištolj prema njoj, ali je pritom nehotice opalio i usmrtio žrtvu, ne bi prouzročio smrt s namjerom, nego samo iz nehaja pa ni ne bi odgovarao za dovršeno ubojstvo, nego za pokušaj ubojstva u idealnom stjecaju s prouzročenjem smrti iz nehaja. No takav je zaključak izvještačen i neprihvatljiv. Počinitelj je htio ubiti i u tome je uspio. To što je pištolj opalio prije nego je on htio, predstavlja samo odstupanje zbiljskog od zamišljenog kauzalnog tijeka koje ne proizvodi nikakav pravni učinak. Počiniteljeva je namjera čitavo vrijeme bila usmjerena na smrt žrtve i taj je cilj ostvaren. Stoga nije opravdano pojmovno odvajati “namjeru da se pokuša počinjenje” od “namjere da se počinjenje dovrši” jer se one svode na isto.

Budući da je namjera kod pokušaja jednaka namjeri kod dovršenog djela, proizlazi da je za pokušaj dovoljna i neizravna namjera ako je ona dovoljna za dovršeno djelo. To nije prijeporno ni u hrvatskoj sudskoj praksi pa se, primjerice, uzima da je pokušao ubojstvo s neizravnom namjerom počinitelj koji je s mosta visokog 12 m bacio u rijeku djevojku, ali je ona uspjela isplivati (VSRH, I Kž-913/94).

Usmjerenost namjere igra bitnu ulogu kod odgovora na pitanje koje je kazneno djelo ostalo u pokušaju, odnosno radi li se o dovršenom prolaznom deliktu ili pokušaju kaznenog djela za kojim je počinitelj išao. Je li počinitelj koji je zamahnuo s nožem u ruci prema oštećeniku ostvario pokušaj obične ili teške tjelesne ozljede ili pokušaj ubojstva? Ako je pak nožem ozlijedio žrtvu koja je nakon toga preživjela, je li to pokušaj ubojstva ili dovršena teška tjelesna ozljeda? To se na temelju same radnje ne može utvrditi jer je ona u navedenim primjerima ista, pa je kriterij razlikovanja na subjektivnom planu⁶.

U usporedbi s namjerom dovršenja djela, namjera kod pokušaja ipak ima neke specifičnosti koje se odnose na trenutak u kojem nastaje relevantna odluka (takvo se pitanje ne postavlja kod dovršenog kaznenog djela jer sam nastup posljedice ukazuje na to da je postojala i odluka da se ona prouzroči). Uperi li počinitelj pištolj prema žrtvi, ali još nije odlučio pucati, i u tom trenutku bude spriječen u daljnjoj djelatnosti, postavlja se pitanje je li uopće donio odluku da

⁴ Usp. Cramer/Heine u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006, § 26, rubni br. 20, str. 547.

⁵ Za prikaz i kritiku tih shvaćanja v. Roxin (kao u bilj. 3), str. 351.

⁶ Usp. Zlatarić, Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, I. svezak, Zagreb 1956., str. 76.

počini kazneno djelo i može li, prema tome, biti govora o njegovoj namjeri da ubije. Od odgovora na to pitanje ovisi i ocjena je li počinitelj ostao u granicama pripremnih radnji ili je već ušao u stadij pokušaja. Utvrdi li se da počinitelj još nije donio konačnu odluku da počini kazneno djelo, pokušaj će biti isključen zbog nepostojanja namjere. Namjera se kod pokušaja i očituje kao odluka da se počini kazneno djelo (*Tatentschluss*) pa se ti pojmovi u osnovi mogu izjednačiti, s tom razlikom da kod kaznenih djela sa subjektivnim obilježjima odluka obuhvaća i ta obilježja pa je utoliko šira od namjere⁷.

Iz navedenog proizlazi da prvi stupanj u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja zahvaća isključivo subjektivnu sferu. Ako je počinitelj izvršio radnje koje se objektivno mogu podvesti pod pokušaj, npr. uperio je pušku prema žrtvi, ali još nije odlučio da puca, nema ni pokušaja ubojstva. No konačna odluka nije i dovoljna jer ako je počinitelj ostao samo na njoj, a nije započeo počinjenje kaznenog djela, pokušaja neće biti (*cogitationis nemo poenam patitur*): tko nabavi pištolj s čvrstom nakanom da njime ubije određenu osobu, stvorio je konačnu odluku i kod njega postoji namjera na ubojstvo, ali ako on još ništa nije poduzeo da bi odluku realizirao, nema ni pokušaja ubojstva. Konačna odluka je, prema tome, nužni, ali ne i dovoljni uvjet za postojanje pokušaja jer se zahtijeva i započinjanje radnje počinjenja.

Da bi postojala namjera kao pretpostavka pokušaja, počiniteljeva odluka da počini kazneno djelo mora biti bezuvjetna (*unbedingter Tatentschluss*). Pokušaja neće biti ako je odluka samo uvjetna, tj. ako je počinitelj konačnu odluku o poduzimanju radnje ostavio za kasnije. To ne treba miješati s neizravnom namjerom jer kod nje je počinitelj čvrsto odlučio da poduzme radnju, samo nije siguran hoće li njome biti ostvarena sva obilježja kaznenog djela. U praksi neće biti uvijek lako utvrditi je li odluka bezuvjetna ili uvjetna jer je u pitanju psihički proces u kojem počinitelj nerijetko nije posve siguran što će učiniti jer se u njemu samom bore motivi koji ga navode na kazneno djelo i oni koji ga od toga odvrćaju. Stoga bi za bezuvjetnost odluke bilo pretjerano tražiti da ona bude potpuno čvrsta i nepokolebljiva. Prema formuli koju prihvaća većina njemačkih autora, odluka da se počini kazneno djelo postoji kada su pobude da se počini kazneno djelo jače od onih koje počinitelja odvrćaju od počinjenja. Formula je još uvijek dosta apstraktna, no ona je konkretizirana u njemačkoj doktrini tako što su sve situacije u kojima se pojavljuje problem razgraničenja uvjetne i bezuvjetne odluke podijeljene u tri skupine (pravne figure): sklonost da se počini kazneno djelo, odluka uz postojanje svijesti o nesigurnosti činjenične podloge i odluka s priuzdržajem odustanka⁸. U prvoj od njih još nema bezuvjetne odluke, ali u druge dvije ona postoji.

a) Sklonost da se počini kazneno djelo (*Tatgeneigtheit*) postoji kada počinitelj ima u vidu mogućnost počinjenja djela, ali još nije donio konačnu odluku. On se

⁷ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 350.

⁸ Usp. *Vogler*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Einleitung, §§ 1 bis 31, Berlin – New York 1985, str. 36; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 356.

još uvijek koleba pa je, prema tome, neodlučan. To je primjer počinitelja koji je uperio pušku prema žrtvi u namjeri da joj zaprijeti i da je uplaši, ali računa i s mogućnošću da puca. Bude li mu u tom trenutku oduzeta puška, nije počinio pokušaj ubojstva. Počinitelj koji promatra benzinsku crpku s ciljem da utvrdi kada je najmanja frekvencija kupaca i stoga najpovoljnije vrijeme za razbojništvo, od čega ovisi njegova konačna odluka hoće li izvršiti djelo, također još nije donio konačnu odluku i zato nije ušao u stadij pokušaja.

b) Odluka uz postojanje svijesti o nesigurnosti činjenične podloge odnosi se na slučajeve kad počinitelj djelo hoće počinuti samo ako se ispune određene činjenične pretpostavke, čije je ostvarenje u trenutku donošenja odluke još neizvjesno. U tom slučaju nije nesigurna odluka, nego mogućnost njezina izvršenja i takav je počinitelj odlučan da počini djelo pa je subjektivna sastavnica pokušaja ispunjena. Neizvjesne su samo objektivne okolnosti na koje počinitelj nema utjecaja. Jedan primjer iz njemačke sudske prakse, koji se odnosi na krađu, učinit će nam tu situaciju zornom⁹. Počinitelj je odlučio ukrasti osobni automobil uz uvjet da volan nije zaključan. Kako bi provjerio tu okolnost, prodrmao je prednje kotače automobila, računajući s time da će, ako se pokaže da volan nije zaključan, odmah nastaviti s namjeravanom radnjom, no u tom je trenutku spriječen u daljnjoj radnji. Savezni ga je sud osudio za pokušaj krađe, što valja odobriti. Počiniteljeva je odluka bila konačna, bez obzira na to što je ovisila o ishodu provjeravanja.

c) Odluka s priuzdržajem odustanka postoji kada je počinitelj odlučan da počini kazneno djelo, ali je za slučaj da nastupe određene okolnosti predvidio da će odustati. U jednom predmetu koji se našao pred njemačkim Saveznim sudom¹⁰ radilo se o tome da su se dva počinitelja dogovorila da će pozvoniti jednoj ženi i predstaviti se kao dostavljači paketa i kada im ona otvori vrata, oteti je, ali da će se povući ako se ona pojavi s malim djetetom u naručju. Tako je i bilo pa su se oni izgovorili da su paket donijeli na pogrešno mjesto i otišli. Savezni je sud ovdje uzeo da se radi o nekažnjivim pripremnim radnjama, što *Roxin* ne prihvaća. Po njemu, okolnost da je odustanak uračunat ne isključuje odluku da se kazneno djelo počini te se može uzeti u obzir jedino pri razmatranju pitanja je li odustanak bio dragovoljan¹¹.

Valja naglasiti da pojedine situacije nije uvijek lako podvesti pod neka od ova tri tipa te da njihova konačna ocjena ovisi o okolnostima pojedinog slučaja¹². Primjerice, provjere kako bi se utvrdilo je li objekt pogodan za izvršenje kaznenog djela mogu, ali i ne moraju ukazivati na konačnu odluku. Poduzima li počinitelj takva provjeravanja samo zato da bi ovisno o njihovom ishodu donio odluku, npr.

⁹ Odluka njemačkog Saveznog suda (*Bundesgerichtshof*) od 19. 1. 1968, objavljena u *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, sv. 22, str. 80.

¹⁰ Odluka njemačkog Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1999, str. 395.

¹¹ *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 357.

¹² *Usp. Vogler* (kao u bilj. 8), str. 39; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München 2005, str. 403.

provjerava osiguranje banke da bi ocijenio isplati li se izvršiti razbojništvo, nije još donio odluku (gore varijanta pod a). To će biti tek kada na temelju prethodnih provjeravanja odluči da izvrši razbojništvo. No ako je počinitelj već donio odluku da počini djelo pod uvjetom da okolnosti budu povoljne, odluka je konačna. Primjerice počinitelj pritiskom na kvaku provjerava jesu li vrata automobila zaključana jer je odlučio da će odmah oduzeti predmete u automobilu samo ako su vrata nezaključana (varijanta pod b). Odustane li on zato što su vrata zaključana, njegova odluka zbog toga nije prestala biti konačna, a kako je odmah nakon provjeravanja naumio da prisvoji predmete, započeo je s radnjom počinjenja krađe. U tom slučaju postoji odustanak koji, dakako, nije dragovoljan.

Pitanje postojanja bezuvjetne odluke, a time i namjere na ubojstvo, postavilo se kod nas u slučaju počinitelja koji je uperio pušku prema vozaču automobila koji se kretao prema njemu te pokušao staviti spremnik (šaržer) u pušku, ali ga je vozač u tom trenutku oborio automobilom i izbio mu pušku iz ruku (VSRH, Kžm-39/04, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu [dalje: HLJKPP] 1/2008, str. 441). Sudovi su pošli od toga da je postojala počiniteljeva namjera da ubije vozača, dok glede pitanja je li započeto izvršenje ubojstva prvostupanjski sud odgovara pozitivno, a VSRH smatra da se radi samo o pripremnim radnjama za ubojstvo (koje ujedno predstavljaju dovršeno kazneno djelo prijetnje). No zaključak o postojanju namjere nije uvjerljiv jer okolnosti ne ukazuju na to da je počinitelj donio konačnu odluku da puca. Prema mišljenju balističkog vještaka, on je prije povlačenja obarača morao još postaviti spremnik na njegovo mjesto, ručicu zatvarača potegnuti u zadnji položaj i ubaciti metak u cijev, za koje mu je radnje trebalo barem deset sekundi a za to bi vrijeme automobil, da ga vozač i nije usmjerio prema počinitelju, očito već prošao. Ako je pak počinitelj bio svjestan da zbog nedostatka vremena ne stigne pucati, nije mogao ni donijeti bezuvjetnu odluku da puca. On je pokazao samo sklonost da počini ubojstvo, što nije dovoljno za pokušaj. Počinitelja je, prema tome, trebalo osloboditi optužbe za pokušaj ubojstva već zbog nepostojanja konačne odluke. U jednoj drugoj, sličnoj situaciji kada počinitelj puca iz puške na oštećenika u trenutku kada je ovaj već zamaknuo iza zida koji ga je popuno zaklonio, sud otklanja namjeru na ubojstvo (VSRH, I Kž-834/06). To, dakako, valja prihvatiti jer je optuženik bio svjestan da je žrtva u trenutku pucanja bila izvan njegova vidokruga pa nije ni mogao donijeti odluku da je ubije (svrha je njegova pucanja bila samo pražnjenje vlastite napetosti).

III. Započinjanje ostvarenja kaznenog djela kao objektivna pretpostavka pokušaja

Kako je vidljivo iz dosadašnjih izlaganja, sama odluka da se počini kazneno djelo (namjera) nije dovoljna, nego se traži i da počinitelj “započne ostvarenje kaznenog djela” (čl. 33. st. 1. KZ), što je objektivna sastavnica pokušaja. No kada je počinitelj započeo s ostvarenjem kaznenog djela? To je prijeporno pitanje koje je dovelo do brojnih teorija o početku pokušaja, vezanih uz određenu koncepciju

pravnog temelja kažnjivosti pokušaja. Najčešće se miješaju elementi pojedinih teorija, tako da se one ne nalaze uvijek u čistom obliku. U daljnjem tekstu prikazat će se najvažnije od tih teorija, pri čemu će se posebna pozornost posvetiti prikazu i kritici kod nas prevladavajuće formalno-objektivne teorije.

1. Formalno-objektivna teorija

Prema formalno-objektivnoj teoriji ostvarenje kaznenog djela je započeto kada je počinitelj djelomično ostvario biće kaznenog djela, a za to je dovoljno da je započeo ostvarivati barem jedno obilježje kaznenog djela, npr. provalnik je počeo obijati kasu, silovatelj obarati žrtvu na tlo, ubojica zatezati omču žrtvi oko vrata itd.¹³ Teorija ima uporište u francuskom Code pénalu iz 1810., koji je pokušaj definirao kao “početak izvršenja” (*commencement d'exécution*), a što je kasnije preuzeto i u pruskom Kaznenom zakoniku iz 1851. te njemačkom Kaznenom zakoniku iz 1871. U njemačkoj doktrini to je stajalište dominiralo početkom 20. stoljeća.

Za formalno-objektivnu teoriju – barem na riječima – opredjeljuje se i naša novija sudska praksa. Tako se, npr. kaže da se “o pokušaju kaznenog djela radi kad počinitelj s namjerom započne ostvarenje kaznenog djela, dakle, kad poduzme radnju koja ulazi u biće kaznenog djela” (VSRH, I Kž-960/06). Identično stajalište nalazimo i u nizu drugih presuda: “Pokušaj nastaje započinjanjem one radnje koja predstavlja obilježje kaznenog djela” (VSRH, Kžm-39/04); “započinjanje one radnje koja je u zakonskom biću djela opisana kao njegova radnja izvršenja predstavlja početak ostvarenja zakonskog bića djela, a ne pripremljene radnje, dakle, mjerodavna je radnja izvršenja iz zakonskog bića djela” (VSRH, I Kž-261/95); “ne postoji pokušaj silovanja, ako počinitelj nije poduzeo ni jednu radnju koja bi predstavljala početak u zakonu opisanih radnji, tj. sile ili prijetnje usmjerene na počinjenje spolnog odnosa” (VSRH, I Kž 827/03).

Teorija se sa stajališta načela zakonitosti i pravne sigurnosti na prvi pogled čini opravdanom jer jasno određuje granice pokušaja. Ona s pravom ukazuje na važnost bića kaznenog djela za sve pojavne oblike kaznenog djela, pa tako i za pokušaj. Ipak ona gubi iz vida da samo biće kaznenog djela ne kaže ništa o tome kada počinje njegovo ostvarenje, tj. koje radnje predstavljaju ostvarenje bića određenog kaznenog djela. To osobito dolazi do izražaja kod kaznenih djela koja ne sadrže potanji opis radnje, kao što je npr. ubojstvo, pa je onda sa stajališta formalno-objektivne teorije teško odgovoriti na pitanje počinje li ostvarenje bića kaznenog djela punjenjem puške, ili njezinim podizanjem, ili nišanjenjem, ili tek okidanjem¹⁴. No i tamo gdje je opis kaznenog djela izdašniji pa je lakše utvrditi koje radnje ulaze u biće kaznenog djela bilo bi nepravredno

¹³ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 41; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 362; *Eser*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München 2006, § 22, rubni br. 26, str. 430.

¹⁴ Usp. *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3. Aufl., Bern 2005, str. 310.

nijekati pokušaj i počinitelja ostaviti nekažnjenim zato što formalno još nije započeo ostvarivati nijedno obilježje kaznenog djela, iako ga je od toga dijelio samo mali korak. U tim se slučajevima formalno-objektivna teorija pokazuje odviše restriktivnom. Otud se u njemačkoj literaturi s pravom zaključuje da za početak pokušaja nije nužno djelomično ostvarenje bića kaznenog djela, nego je dovoljna "bliskost biću kaznenog djela" (*Tatbestandsnähe*), čime se otvara mogućnost da se pokušaj pomakne unaprijed tako da obuhvati i radnje koje još ne čine biće kaznenog djela, ali su mu samo bliske¹⁵.

No ako formalno-objektivna teorija preusko shvaća pokušaj, nije li ona barem dobro polazište zato što obuhvaća nesporne slučajeve pokušaja? Nije li djelomično ostvarenje bića kaznenog djela uvijek pokušaj pa se daljnje raspravljanje o granicama pokušaja odnosi samo na situacije kada se radnjom još ne ostvaruje nijedno obilježje kaznenog djela? Pokazalo se da nije tako pa formalno-objektivna teorija ni u tom smislu ne zadovoljava: moguće je da počinitelj već ostvaruje jedno obilježje kaznenog djela, ali da to ipak nije pokušaj. Situacije koje dovode do takvog ishoda mogu se svrstati u tri skupine¹⁶.

a) Kod višeaktnih kaznenih djela izvršenje samo jedne radnje uz spremnost da se izvrši i druga neće predstavljati pokušaj kaznenog djela kojeg biće obuhvaća i tu drugu radnju. Počinitelj krađe koji ima pri sebi oružje koje namjerava upotrijebiti s ciljem da zadrži ukradenu stvar, ali izvrši samo krađu bez uporabe oružja, izvršio je jednu radnju koja predstavlja obilježje razbojničke krađe (oduzimanje tuđe pokretne stvari s ciljem prisvajanja), a postojala je i njegova odluka da ostvari i drugu radnju koja također predstavlja obilježje razbojničke krađe (primjenu sile koja se sastoji u uporabi oružja), ali ipak neće odgovarati za pokušaj razbojničke krađe iz čl. 219. st. 2. KZ, nego samo za tešku krađu iz čl. 217. st. 4. KZ. Prema tome, kod višeaktnih kaznenih djela djelomično ostvarenje njihova bića ne mora dostajati za pokušaj.

b) Kod kvalificiranih kaznenih djela ostvarenje kvalifikatorne okolnosti prije počinjenja temeljnog kaznenog djela neće predstavljati pokušaj ako počinitelj u vrijeme ostvarenja kvalifikatorne okolnosti nije namjeravao odmah započeti radnju temeljnog kaznenog djela. Počinitelj koji noću izvadi dvije daske iz krova kuće kako bi sljedeće noći ušao u kuću kroz nastalu rupu nije počinio pokušaj teške krađe jer takva radnja nije usko povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela. No drukčije valja ocijeniti situaciju kada počinitelj najprije ostvari kvalifikatornu okolnost, a odmah nakon toga namjerava ostvariti i temeljno kazneno djelo pa se ostvarenje kvalifikatorne okolnosti pojavljuje kao početak ostvarenja temeljnog kaznenog djela. Stoga je sud ispravno označio kao pokušaj teške krađe provaljivanjem penjanje na zid dvorišne zgrade spojene s kućom radi ulaska u kuću preko tavanskog otvora jer je počinitelj odmah namjeravao izvršiti i krađu (Okr. s. u Bjelovaru, Kž-449/91, Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti [dalje: Pregled] br. 51, str. 187).

¹⁵ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 362.

¹⁶ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 364.

c) Treću skupinu mogli bismo nazvati “pripremom za konačnu akciju”: radnja kojom se već djelomično ostvaruje biće kaznenog djela ipak neće predstavljati pokušaj ako se njome tek priprema radnja kojom će se nastaviti ostvarenje bića kaznenog djela. U njemačkoj judikaturi problem se pojavio kod prijevare kada počinitelj lažno prikazuje činjenice da bi stekao povjerenje žrtve, dok konačno dovodenje u zabludu na temelju koje će žrtva učiniti nešto na štetu svoje imovine ostavlja za kasnije: ne čini pokušaj prijevare optuženica koja je bezuspješno počela uvjeravati prolaznicu na ulici da su rođakinje, kako bi na taj način stekla njezino povjerenje, a onda u njezinom stanu izmolila zajam koji ne bi vratila¹⁷. Počiniteljica je (s pravom) oslobođena optužbe, iako je već počela dovoditi u zabludu drugoga, što bi prema formalno-objektivnoj teoriji bilo dovoljno za pokušaj prijevare.

S tog gledišta valja razmotriti i slučaj iz hrvatske sudske prakse u kojem se postavilo pitanje radi li se o pokušaju ili pripremoj radnji kaznenog djela krivotvorenja isprave iz čl. 311. st. 1. KZ. Počinitelj je izrezao broj šasije s karamboliranog automobila u namjeri da ga navari na drugi automobil, koji će tek pribaviti u Italiji, kamo je i oputovao, ali se nakon devet mjeseci vratio neobavljena posla zajedno s izrezanim dijelom šasije. Dok je prvostupanjski sud ocijenio da se radi o pokušaju krivotvorenja isprave, drugostupanjski sud smatra da je u pitanju nekažnjiva priprema radnja (Žup. s. u Bjelovaru, Kž-247/99, HLJKPP 2/2000, str. 1030). U obrazloženju taj sud navodi da je izrezivanje broja šasije samo priprema radnja jer njome još ne počinje preinačenje prave isprave kao obilježje krivotvorenja isprave. No imajući u vidu specifičnost isprave u ovom slučaju (riječ je o tzv. spojenoj ispravi, tj. ispravi koja ima to svojstvo samo ako je vezana uz određeni predmet), radnju preinačenja čini kako izrezivanje broja s dotadašnje šasije, tako i njegovo navarivanje na novu šasiju. Optuženik je, doduše, ostvario prvu od navedenih radnji i utoliko je započeo ostvarivati biće kaznenog djela, ali je ta radnja bila samo priprema za navarivanje kao druge nužne radnje; kako je pak ta druga radnja trebala uslijediti tek u daljoj budućnosti, isključen je pokušaj. Odluka drugostupanjskog suda je, prema tome, ispravna, ali se ona ne može braniti sa stajališta formalno-objektivne teorije.

Navedeni primjeri pokazuju da za pokušaj nije dovoljno započinjanje ostvarenja samo jednog obilježja kaznenog djela, ako se njime ujedno ne započinje i ostvarenje cjelokupnog bića kaznenog djela¹⁸. Dok u nizu slučajeva formalno-objektivna teorija početak pokušaja određuje prekasno, ovdje dovodi do suprotnog rezultata, tj. početak pokušaja određuje prerano. To znači da se razgraničenje između pripremnih radnji i pokušaja ne može uvijek valjano izvesti s pozicije formalno-objektivne teorije, nego treba poći od drugih kriterija. No nismo li pritom vezani tekstem čl. 33. st. 1. KZ? Kada se u tom članku pokušaj čini ovisnim o “započinjanju ostvarenja kaznenog djela”, ne kaže li

¹⁷ Presuda Višeg pokrajinskog suda (*Oberlandesgericht*) u Karlsruheu, objavljena u *Neue juristische Wochenschrift* 1982, str. 59.

¹⁸ Usp. *Eser* (kao u bilj. 13), § 22, rubni br. 37, str. 432.

zakonski tekst upravo ono što tvrdi i formalno-objektivna teorija? To smatra i VSRH koji u već spomenutoj rješidbi I KŽ-960/06 tvrdi da se “o pokušaju kaznenog djela radi kad počinitelj s namjerom započne ostvarenje kaznenog djela, dakle, kad poduzme radnju koja ulazi u biće kaznenog djela”, čime on formalno-objektivnu teoriju izvodi izričito iz zakonske formulacije čl. 33. st. 1. KZ (na što posebno upućuje riječ “dakle”). Daljnja će analiza pokazati da je takav zaključak odviše pojednostavljen i da upravo onaj “dakle” nije tako samorazumljiv kako to uzima Vrhovni sud.

Najprije valja istaknuti da ni francusko kazneno pravo ne usvaja formalno-objektivnu teoriju, iako se smatra, kako je već istaknuto, da je ona francuske provenijencije¹⁹. Prema formulaciji Code pénala iz 1810., koja se održala i u sadašnjem tekstu čl. 121.-5. francuskog zakonika, “pokušaj je ostvaren kada je radnja koja se očitovala u početku izvršenja prekinuta ili njome nije ostvaren cilj samo iz razloga neovisnih od volje počinitelja”. Doduše, čuvenu formulu “početak izvršenja” starija je doktrina tumačila kao nužnost da počinitelj započne ostvarivati jedan od konstitutivnih elemenata kaznenog djela ili njegovu kvalifikatornu okolnost, ali je u novijoj literaturi prevladalo shvaćanje da pokušaj čine i radnje koje su samo “dovoljno bliske dovršenju”²⁰. Pogotovo francuska sudska praksa nije ograničavala pokušaj na započinjanje radnji koje znače ostvarenje bića kaznenog djela, nego je podvodila pod pokušaj “ukupnost radnji koje prethode radnjama opisanim u zakonskom tekstu”²¹. Štoviše, ona se “vezala uz subjektivni kriterij koji je dosta neodređen i težak u primjeni” te je smatrala dovoljnim da je radnja “u izravnom odnosu s kaznenim djelom”, odnosno da, prema formulaciji Kasacijskog suda, “izravno teži k ostvarenju kaznenog djela”²². To je omogućilo francuskim sudovima da prošire domet pokušaja, npr. na čekanje s pripremljenim oružjem u hodniku zgrade kurira koji treba nositi novac, uvlačenje u parkirani automobil radi krađe, dolazak liječnika s potrebnim priborom u kuću pacijentice radi izvršenja pobačaja, a da sam pobačaj nije započet itd.²³

Vrlo je slično stanje u švicarskom kaznenom pravu koje je također preuzelo francusku formulu o početku izvršenja. Prema odredbi čl. 21. švicarskog Kaznenog zakona iz 1937. (u sadašnjem tekstu čl. 22.) pokušaj čini “tko započne izvršenje zločina ili prijestupa”²⁴. Usprkos tome, niti švicarska doktrina, niti

¹⁹ Do istog zaključka dolazi i *Ambos* (Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002, str. 717), koji glede početka pokušaja izjednačuje vladajuća stajališta u francuskom i njemačkom kaznenom pravu.

²⁰ Usp. *Devèze*, Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1981, str. 785.

²¹ Usp. *Devèze* (kao u bilj. 20), str. 798.

²² Usp. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, *Droit pénal général*, 18. éd., Paris 2003, str. 215.

²³ Primjeri prema *Stefani/Levasseur/Bouloc* (kao u bilj. 22), str. 216 i *Devèze* (kao u bilj. 20), str. 791 i dalje.

²⁴ Da se radi o francuskoj formuli vidi se iz francuskog teksta: *qui aura commencé l'exécution d'un crime ou d'un délit*.

judikatura nisu slijedile formalno-objektivnu teoriju, nego su pokazale jaku tendenciju k proširenju područja pokušaja. Prema stajalištu švicarskog Saveznog suda, ponovljenom u više odluka, izvršenje djela započinje “svakom djelatnošću koja prema počiniteljevu planu predstavlja posljednji odlučujući korak na putu prema dovršenju, nakon kojeg u pravilu nije moguće nikakvo uzmicanje, osim ako vanjske okolnosti otežavaju ili onemogućuju daljnje djelovanje”²⁵. Švicarski je Savezni sud išao čak tako daleko da je kao pokušaj tretirao raspitivanje o spremnosti da se izvrši pobačaj i kupovanje predmeta isključivo radi počinjenja kaznenog djela²⁶. Za nas je švicarsko stajalište zanimljivo zato što je u čl. 16. st. 1. jugoslavenskog Krivičnog zakonika iz 1951. pokušaj bio oblikovan po uzoru na švicarski KZ (“Tko je izvršenje krivičnog djela sa umišljajem započeo ...”), a ta je formulacija zadržana i u postojećem hrvatskom Kaznenom zakonu, jedino je pojam “izvršenje” zamijenjen pojmom “ostvarenje”.

Francusku formulu koristi i Corpus juris 2000 kada u čl. 11.a st. 3.f kaže da će se “za pokušaj kazniti osoba koja u namjeri da počini jedno od kaznenih djela opisanih u člancima 1. do 3. i 5. do 8. započne radnju koja predstavlja početak izvršenja kaznenog djela”²⁷, ali to ne znači da se ona mora tumačiti u smislu formalno-objektivne teorije. To su pitanje autori Corpus jurisa namjeravali ostaviti sudovima pojedinih zemalja²⁸.

Potreba da se prevlada formalno-objektivna teorija dovela je u Njemačkoj do toga da se prilikom izmjene kaznenog zakonodavstva 1975. nije ostalo na klasičnoj definiciji pokušaja iz ranijeg § 43 njem. KZ kao započinjanja izvršenja (*Anfang der Ausführung*), nego je u novi tekst § 22 dodano da počinitelj mora postupati “prema svojoj predodžbi o djelu”, te “početi neposredno djelovati u cilju ostvarenja bića kaznenog djela”. Upravo riječi “u cilju ostvarenja” (*zur Verwirklichung*) ukazuju na to da započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela nije nužno nego je dovoljna i djelatnost koja samo ide za takvim ostvarenjem.

Iako hrvatski Kazneni zakon nije tako očito isključio formalno-objektivnu teoriju, ne treba ispustiti iz vida da on u čl. 33. st. 1. ne traži da počinitelj započne ostvarenje *bića kaznenog djela*, nego samo da započne ostvarenje *kaznenog djela*, a to je šira formulacija koja omogućuje da se pod pokušaj podvedu i radnje koje još ne predstavljaju ostvarenje bića kaznenog djela, nego su mu samo bliske. Tim putem išlo je i francusko i švicarsko kazneno pravo. Ako je formula “početak izvršenja” u tim pravnim sustavima protumačena tako da obuhvaća i radnje kojima se još ne ostvaruje biće kaznenog djela, ne vidi se zašto se na isti način ne bi mogla protumačiti i slična formula hrvatskog zakona “zapčinjanje ostvarenja kaznenog djela”. Stoga nas jezična interpretacija čl. 33. st. 1. KZ ne obvezuje na formalno-objektivnu teoriju.

²⁵ Usp. *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 313.

²⁶ *Stratenwerth* kritizira takvo određenje pokušaja smatrajući ga “nedvojbeno preširokim” (kao u bilj. 14, str. 317).

²⁷ V. hrvatski prijevod: Corpus juris 2000, Zagreb 2003., str. 27.

²⁸ Usp. *Safferling* (kao u bilj. 1), str. 706.

2. Materijalno-objektivne teorije

Prema, tzv. *Frankovoj formuli* pokušaju pripadaju sve radnje koje “zbog svoje nužne povezanosti s radnjom bića kaznenog djela po prirodnom shvaćanju predstavljaju njezin sastavni dio”²⁹. *Frank* je pošao od toga da se radnja kojom se ostvaruje biće kaznenog djela ne može odvojiti od onih prethodnih radnji koje s njom čine prirodno jedinstvo pa onda pokušaj treba obuhvatiti i te radnje, iako bi one, uzete izolirano, bile samo pripremljene radnje. Formula ide za time da se, u usporedbi s formalno-objektivnom teorijom, proširi opseg pokušaja, iako ona, zapravo, polazeći od “prirodnog shvaćanja” kao ključnog pojma, uvodi materijalni kriterij pa je neki autori smatraju materijalno-objektivnom teorijom³⁰. Dok je u suvremenom njemačkom pravu to shvaćanje napušteno, u hrvatskoj literaturi ono ima značajno mjesto.

Najjasnije je Frankova formula došla izražaja kod *Zlatarića* koji ističe da je za “pokušaj krivičnog djela potreban početak izvršenja krivičnog djela, dakle započinjanje radnje izvršenja”³¹, a u započinjanje radnje izvršenja valja uključiti i udaljenije radnje koje su “po prirodnom shvaćanju sastavni dio radnje izvršenja”³². Kao primjer tako proširene radnje izvršenja *Zlatarić* navodi trčanje za ovcom, što je, po njegovu mišljenju, pokušaj krađe ako je počinitelju “ovca bila na dohvatu”³³; kako pak trčanje za ovcom još ne predstavlja oduzimanje tuđe pokretne stvari pa, prema tome, ni djelomično ostvarenje bića krađe, proizlazi da *Zlatarić* napušta formalno-objektivnu teoriju.

Drugi autori pak eksplicitno polaze od formalno-objektivne teorije, ali je proširuju u duhu Frankove formule. *Frančula* smatra da je objektivno stajalište prema kojem pokušaj predstavlja jedino radnja koja se može podvesti pod biće kaznenog djela “najsigurniji i najispravniji način” razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja, pa kritizira jednu presudu tadašnjeg Vrhovnog suda Jugoslavije prema kojoj u pokušaj ulaze i radnje “koje prethode završnoj akciji, a s njom čine logičnu i čvrstu cjelinu”³⁴. Istodobno *Frančula* ocjenjuje da “nema prigovora” presudi Općinskog suda u Poreču K-105/70, kojom je za pokušaj krađe osuđen počinitelj koji je na kupalištu podigao haljinu kojom je bila pokrivena torbica koju je htio ukrasti, ali je u tom trenutku otkriven pa je pobjegao.³⁵ No podizanje haljine još nije oduzimanje tuđe pokretne stvari (torbice) pa ono sa stajališta formalno-objektivne teorije može biti jedino pripremljena radnja. Sličnu nedosljednost pokazuje i *Bačić* kada naglašava da “pokušaj treba vezati uz radnju izvršenja iz zakonskog bića djela i ne proširivati

²⁹ *Reinhard Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18. Aufl., 1931, str. 87.

³⁰ Npr. *Stratenwert* (kao u bilj. 14), str. 310 i *Eser* (kao u bilj. 13), § 22, rubni br. 27/28, str. 431.

³¹ Kao u bilj. 6, str. 64.

³² Kao u bilj. 6, str. 67.

³³ Kao u bilj. 6, str. 65.

³⁴ Kao u bilj. 2, str. 28 i 29.

³⁵ Kao u bilj. 2, str. 68.

kaznjivost na ono što u to ne ulazi, obuhvaćajući kao pokušaj i radnje koje prethode radnji izvršenja”, što je bit formalno-objektivne teorije, da bi odmah iza toga, ukazujući na važnost počiniteljeva plana, kao primjer pokušaja naveo donošenje na tavan kante benzina koju počinitelj namjerava odmah zapaliti³⁶; ni u tom primjeru ne može se donošenje kante smatrati “radnjom izvršenja iz zakonskog bića djela”, što znači da i *Bačić* napušta formalno-objektivnu teoriju za koju se opredijelio.

Frankova formula u nekim slučajevima zaista može biti korektiv formalno-objektivne teorije, ali ona trpi i opravdane prigovore. Formula je, prije svega, proturječna jer radnju za koju sama priznaje da nije sastavni dio bića kaznenog djela ipak proglašava radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. S druge strane, “prirodno jedinstvo” je nepouzdan kriterij, pa se ocjena o njemu nerijetko temelji na osjećaju³⁷. Jasno je to došlo do izražaja kod *Zlatarića* kada on ističe da je “proširenje pojma početka izvršenja krivičnog djela nužno da bi se obuhvatile one djelatnosti koje predstavljaju već toliki kvantitet društvene opasnosti, da po zdravom razumu ulaze u područje kriminala”³⁸. No “kvantitet društvene opasnosti” i “zdrav razum” nisu nimalo pouzdani kriteriji i mogu dovesti do sasvim proizvoljnih ocjena. Sličnu neodređenost nalazimo i u novijoj literaturi kada se pri razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja “kao najvažniji kriterij ukazuje iskustvena ocjena utemeljena na naturalnom značenju određenog akta”.³⁹ Takva “iskustvena ocjena” može se razlikovati od suca do suca i dovesti do posve oprečnih zaključaka.

Među materijalno-objektivne teorije valja ubrojiti i teoriju prema kojoj je bit pokušaja u ugrožavanju pravnog dobra. Pritom je, po jednom shvaćanju, dovoljno i apstraktno ugrožavanje, dok po drugom, koje prevladava, ugrožavanje mora biti konkretno⁴⁰. Glavni je problem u tome što već i pripremnje radnje predstavljaju stanovito ugrožavanje pravnog dobra koje sve do trenutka dovršenja kontinuirano raste pa je onda teško odrediti koja je mjera ugrožavanja potrebna za pokušaj.⁴¹ Neposrednost ugrožavanja kao pretpostavka pokušaja također je nedovoljno precizan kriterij. Posebne teškoće nastaju kod kaznenih djela ugrožavanja kod kojih je nastup ugrožavanja pretpostavka dovršenosti djela pa je nemoguće uzeti ga još jednom kao kriterij pokušaja⁴².

3. Subjektivne teorije

Subjektivne teorije prevladavale su u starijoj njemačkoj sudskoj praksi, ali im se u nekim odlukama priklonio i sadašnji Savezni sud. One kaznjivost

³⁶ Kazneno pravo, opći dio, 5. izd., Zagreb 1998., str. 287.

³⁷ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 373.

³⁸ Kao u bilj. 6, str. 69.

³⁹ *Pavišić/Grozdanić/Veić*, Komentar Kaznenog zakona, 3. izd., Zagreb 2007., str. 144.

⁴⁰ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 15.

⁴¹ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 341.

⁴² Usp. *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 311.

pokušaja opravdavaju zločinačkom voljom koja je usmjerena na ostvarenje kaznenog djela. Bude li taj uvjet ispunjen, pokušaj valja kazniti i kada ne predstavlja nikakvu opasnost. U ublaženoj varijanti to znači da počinitelj odluku da počini kazneno djelo ostvaruje radnjom koja prema njegovoj predodžbi o djelu predstavlja neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela. U tom obliku brane je i neki suvremeni njemački autori, nalazeći uporište u tekstu § 22 Kaznenog zakonika iz 1975. koji za pokušaj traži da počinitelj “prema svojoj predodžbi o djelu neposredno započne ostvarivati biće kaznenog djela”. Tako npr. *Saffering* ističe da se započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela ima ocjenjivati sa stajališta počinitelja pa je onda pokušaj započet kada je radnjom ostvarena “bliskost biću kaznenog djela prema predodžbi počinitelja” (*eine vorgestellte Tatbestandsnähe*)⁴³. U stvari se sintagma “prema predodžbi o djelu” u njemačkoj literaturi shvaća različito, jednom kao istoznačnica za namjeru, drugi put za odluku da se počini kazneno djelo i treći put, što i prevladava, za počiniteljev plan⁴⁴.

Subjektivne teorije trpe kritiku i u njemačkoj literaturi. Time što bit pokušaja vide u zločinačkoj volji, a bit dovršenog kaznenog djela u ostvarenju svih njegovih obilježja, one gube iz vida da je pokušaj samo jedna faza u počinjenju kaznenog djela pa se na njega ne mogu primijeniti drugi kriteriji nego na dovršeno kazneno djelo (zločinačka volja umjesto povrede pravnog dobra). Posebno zakazuju kada treba povući granicu između pripremnih radnji i pokušaja jer se već i u pripremnim radnjama očituje počiniteljeva zločinačka volja pa onda nije jasno zašto ih kazneno pravo tretira drukčije od pokušaja⁴⁵.

Prenaglašavanje subjektivnog elementa u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja došlo je do izražaja u odlukama njemačkog Saveznog suda u kojima se za početak pokušaja, pored radnje koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela, traži da počinitelj sebi kaže “*jetzt geht es los*” (što bismo mogli prevesti s “idemol!” ili “sada ću to učiniti” ili “spreman sam učiniti ono što sam naumio”). Primjerice, prema stajalištu njemačkog Saveznog suda u jednoj često analiziranoj presudi, tu subjektivnu granicu prešla su dva maskirana počinitelja, od kojih je jedan već izvadio pištolj, kada su pozvonili na vrata namještenika benzinske crpke u namjeri da ga, čim im otvori vrata, svežu te mu oduzmu novac, ali se na vratima nije nitko pojavio⁴⁶. To se obrazlaže njihovom spremnošću da djeluju odmah nakon otvaranja vrata, što je traženi subjektivni element koji omogućuje zaključak da su ušli u sferu pokušaja. Iako je Savezni sud smatrao da takvo subjektivno stajalište počinitelja nije dovoljno, nego je tražio i realizaciju počiniteljeva plana na objektivnoj razini (koji je uvjet također smatrao ispunjenim), ipak je navedena formula vodila u subjektivizaciju

⁴³ Kao u bilj. 1, str. 701.

⁴⁴ Usp. *Hillenkamp*, Zur “Vorstellung von der Tat” im Tatbestand des Versuchs, Festschrift für Claus Roxin, Berlin-New York 2001, str. 689.

⁴⁵ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 344.

⁴⁶ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 26, str. 201.

pokušaja, što je naišlo na kritiku u literaturi. Ističe se da je ovdje subjektivni element uzet pogrešno, ne kao plan o daljnjem djelovanju i stoga samo podloga za objektivnu ocjenu, nego i kao subjektivna refleksija samog počinitelja o tome je li pokušaj započet. Počinitelj mora u tom slučaju sam ocijeniti je li prešao granicu koja razdvaja pripremnje radnje i pokušaj, što znači da mora biti “pametniji od mnogih tumača zakona”⁴⁷. Povrh toga, formula ne može pridonijeti željenom razgraničenju jer i počinitelj u stadiju pripremnih radnji može sebi reći da je spreman za dovršenje djela.

Slična se shvaćanja susreću i kod onih francuskih autora koji smatraju da je za razgraničenje mjerodavno počiniteljevo “duhovno stanje” pa pokušaj počinje kada je počiniteljeva odluka da počini kazneno djelo “neopoziva” (*irrévocable*); i u tom se slučaju mjerodavnim čini ocjena samog počinitelja: bi li on, prepušten sam sebi, u datoj situaciji dovršio kazneno djelo⁴⁸. Takva je subjektivizacija osobito problematična kada se zaključak o neopozivosti odluke čini ovisnim o počiniteljevu predživotu pa se jedna te ista radnja smatra neopozivom ako ju je izvršio višestruki povratnik, ali ne i primarni delinkvent⁴⁹. U tom se slučaju razgraničenje čini ovisnim o specijalpreventivnim potrebama, čime je vrlo jasno došla do izražaja opasnost da se težište s kaznenog djela prebaci na počinitelja i napusti kazneno pravo utemeljeno na djelu u korist kaznenog prava utemeljenog na počinitelju pa i da se zakorači u kazneno pravo utemeljeno na osvjedočenju (*Gesinnungsstrafrecht*)⁵⁰. Taj prigovor radikalizira *Hans Joachim Hirsch* kada tvrdi da je subjektivna teorija pokušaja utrla put nacističkoj kaznenopravnoj doktrini, prema kojoj se kažnjava počiniteljeva volja kao izraz njegova neprijateljstva spram pravnog poretka, a ne djelo⁵¹.

4. Teorija dojma

U njemačkoj je doktrini često zastupana, tzv. teorija dojma (*Eindruckstheorie*) prema kojoj se kažnjivost pokušaja opravdava uznemirujućim dojmom što ga pokušaj ostavlja na javnost, a do čega može doći i kad pokušaj ne predstavlja opasnost za objekt radnje. Pritom se ne misli na dojam što ga pokušaj ostavlja na stvarne promatrače, nego na zamišljenog prosječnog promatrača kojemu su poznate sve objektivne i subjektivne okolnosti djela. Smatra se da pripremnje radnje zbog toga što su najčešće sakrivene pred očima javnosti, a i zbog svoje vrijednosne neutralnosti, u pravilu ne uznemiruju javnost u većoj mjeri pa ih tada ni ne treba kažnjavati. No teoriji dojma se spočitava da se temelji na “difuznom

⁴⁷ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 372.

⁴⁸ Usp. *Devèze*, kao u bilj. 20, str. 782.

⁴⁹ Tako *Desportes/Le Gunehec*, *Droit pénal général*, 12. éd., Paris 2005, str. 414. Kriterij neopozivosti je upitan i stoga što isključuje mogućnost dragovoljnog odustanka.

⁵⁰ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 17.

⁵¹ U članku: *Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin*, *Juristische Zeitung* 2007, str. 494-502. *Hirsch* pritom prvenstveno ima u vidu neprikladni pokušaj koji subjektivne teorije, po njegovu mišljenju, neopravdano kažnjavaju i kada je neopasan.

socijalnopsihološkom kriteriju”, što znači da uvodi neodređeni kriterij u razgraničenje između pripremnih radnji i pokušaja i na taj način dovodi u pitanje načelo zakonitosti u njegovom aspektu *nullum crimen sine lege certa*⁵².

5. Individualno-objektivna teorija

Glede utvrđenja početka pokušaja u suvremenoj njemačkoj dogmatici prevladava individualno-objektivna teorija, koja je mješovita utoliko što se u njoj subjektivni (individualni) element povezuje s objektivnim⁵³.

Ta teorija pri ocjeni objektivne sastavnice pokušaja, izražene u § 22 njem. KZ kao “neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela”, uzima u obzir počiniteljevu predodžbu o djelu, njegov plan o izvršenju djela (*Tatplan*), zbog čega se i naziva individualnom; to nije generalno-objektivna teorija kod koje bi mjerodavan bio hipotetički promatrač koji o počiniteljevu planu ne zna ništa⁵⁴. Priprema eksplozivne naprave bit će pokušaj ako počinitelj računa s time da će je treći, koji ne zna da je u pitanju takva naprava, aktivirati, ali ne i ako to još mora učiniti sam počinitelj. Od počiniteljeva plana, dakle ovisi hoće li jedna te ista radnja biti priprema ili pokušaj. No i kada se uzme u obzir počiniteljev individualni plan, kriterij razlikovanja pripremnih radnji i pokušaja je objektivne naravi. Prema dominantnoj formuli, pokušaj se mora utvrditi prema objektivnom mjerilu, ali na subjektivnoj podlozi. Pita se bi li razuman i neutralan prosuditelj koji zna za počiniteljeve ciljeve računao s mogućnošću počinjenja kaznenog djela⁵⁵. Za razliku od formule “*jetzt geht es los*”, neodlučno je što sam počinitelj o tome misli, kako on sam procjenjuje svoju radnju. Njegovo je stajalište važno samo ukoliko se odnosi na njegovu predodžbu o tome kako će se odvijati radnja, tj. u mjeri u kojoj obuhvaća njegov plan. Stoga su plan o izvršenju djela i “predodžba o djelu” iz koje se on izvodi, dio objektivne, a ne subjektivne sastavnice pokušaja⁵⁶. To vrijedi i za hrvatsko kazneno pravo pa uzimanje u obzir plana ne znači i prihvaćanje subjektivne teorije.

U prvi mah se čini da je uvlačenje subjektivnog elementa (plana) nepotrebno jer je on ionako obuhvaćen počiniteljevom namjerom koja je moguća samo ako je počiniteljeva odluka bezuvjetna. Nije li plan uzet u obzir već prilikom ocjene bezuvjetnosti odluke? Ako se počinitelj koleba, npr. uperio je pušku prema žrtvi, ali još nije definitivno odlučio hoće li pucati, ne počiva li već zaključak o nepostojanju konačne odluke, a time i namjere, na ocjeni počiniteljeve predodžbe o djelu, njegova plana? Ipak predodžbu o djelu ili plan djela ne treba izjednačavati s namjerom. Predodžba o počinjenju djela ili počiniteljev plan nije

⁵² Za kritiku te teorije v. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 405; *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 307; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 346.

⁵³ Usp. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, str. 518.

⁵⁴ Usp. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, str. 191.

⁵⁵ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 44; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 334.

⁵⁶ Usp. *Hillenkamp* (kao u bilj. 44), str. 702.

sastavni dio namjere nego sadrži nešto više od nje, a to je način njezine realizacije⁵⁷. Moguće je da upravo zbog počiniteljeva plana radnja nije započeta, iako namjera postoji. Počinitelj može donijeti odluku o počinjenju djela u trenutku kada još nema jasnu predožbu o modalitetima djela. U navedenom primjeru moguće je da je on u trenutku kada je uperio pušku već donio konačnu odluku da ubije žrtvu, ali ne i da puca odmah, nego tek kasnije, npr. nakon što raspravi neka pitanja sa žrtvom pa to neće biti pokušaj. No isto je tako moguće da je plan gotov, npr. počinitelj je pomno isplanirao kako će usmrtniti žrtvu, ali još nije donio konačnu odluku da to zaista i učini. U oba se slučaja odluka o počinjenju djela i plan o načinu njegova izvršenja razilaze⁵⁸.

U okviru individualno-objektivne teorije njemačka doktrina težište ipak stavlja na objektivnu sastavnicu, definiranu u § 22 njem. KZ kao “neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela”. Prema uobičajenoj formuli njemačkog Saveznog suda ona je ostvarena kada su izvršene radnje “koje u neometanom tijeku bez međuradnji vode u ostvarenje bića kaznenog djela”⁵⁹. Na pitanje pak koje međuradnje pripadaju “neometanom tijeku”, a koje ga prekidaju, odgovor daje teorija o dijelovima radnje (*Teilaktstheorie*), koja se stoga može smatrati inačicom individualno-objektivne teorije. Ona polazi od toga da se počiniteljeva radnja uvijek može podijeliti na sastavne dijelove, na niz uzastopnih (djelomičnih) radnji. Pokušaj počinje u trenutku kada je izvršena posljednja radnja koja prethodi radnji kojom se ostvaruje biće kaznenog djela ako nakon toga za ostvarenje bića kaznenog djela nisu više potrebne nikakve daljnje međuradnje. Jedna od presuda u kojoj je teorija primijenjena odnosi se na već navedeni primjer pokušaja razbojništva nad namještenikom benzinske crpke⁶⁰. Zapčinjanje neposrednog ostvarenja bića djela sud obrazlaže time da su počinitelji, zvoneći na vrata s maskama na licu, a jedan od njih i s pištoljem u ruci, “objektivno započeli s napadom koji predstavlja obilježje kaznenog djela jer je njihova radnja bez daljnjih radnji trebala dovesti do ostvarenja bića kaznenog djela (prijetnje pištoljem osobi koja će se pojaviti)”. Teorija ide za time da pobliže odredi “neposrednost” (*Unmittelbarkeit*) koja prema § 22 njem. KZ mora postojati između posljednje radnje i radnje kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Pritom se osobito naglašava vremenska neposrednost, tj. uska vremenska povezanost posljednje poduzete radnje i radnje kojom se ostvaruje obilježje kaznenog djela. Teorija o dijelovima radnje je danas u dobroj mjeri prihvaćena i u njemačkoj kaznenopravnoj literaturi, iako ima i razlika u njezinom pobližem oblikovanju.

Navedena koncepcija prevladava i u austrijskoj doktrini te je i ozakonjena u § 15. st. 2. austr. KZ, prema kojem je “djelo započeto čim počinitelj svoju

⁵⁷ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 44; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 334.

⁵⁸ Usp. *Hillenkamp* (kao u bilj. 44), str. 704.

⁵⁹ Formulu je prihvatio i znatan dio njemačkih teoretičara, usp. *Jescheck/Weigend* (kao u bilj. 53), str. 519; *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 411.

⁶⁰ V. bilješku 46.

odluku da ga počini ili da drugoga na to navede (§ 12) ostvari radnjom koja neposredno prethodi izvršenju”. “Radnja koja neposredno prethodi izvršenju” (*eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung*) očito još nije radnja kojom se ostvaruje biće kaznenog djela pa je tom formulacijom formalno-objektivna teorija napuštena na način koji ne ostavlja nikakve dvojbe. U literaturi se odredba precizira tako da je o pokušaju riječ “kada je počinitelj poduzeo radnju izvršenja ili radnju koja prema njegovom planu ovdje i sada treba prijeći u radnju izvršenja, a nije od nje odvojena međuradnjama, pogotovo ne stankama radi predaha ili razmišljanja”⁶¹, što je potpuno na crti individualno-objektivne teorije njemačke dogmatike. Drugo je pitanje nije li austrijska judikatura u nekim slučajevima ipak pokušaj pomaknula previše unaprijed, npr. kada je uzela da postoji pokušaj razbojništva u slučaju počinitelja koji je parkirao osobni automobil 50 m od banke, pripremio alat, prekrrio registarske pločice i promatrao ulaz u banku ili pokušaj nabavke droge kada je počinitelj krenuo na put prema dogovorenom mjestu kako bi tamo sljedećeg dana preuzeo drogu.⁶² U tim su primjerima, naime pred počiniteljima stajale još daljnje radnje koje isključuju neposrednost poduzetih radnji.

Vrlo slično rješenje usvojeno je u čl. 25. st. 3f Rimskog statuta koji propisuje, prema engleskom tekstu, da u stadij pokušaja ulazi “tko učini bitan korak u cilju započinjanja izvršenja kaznenog djela” (*by taking action that commences its execution by means of a substantial step*). Pojam bitan korak (*substantial step*) preuzet je iz § 5.01 (1) (c) Model Penal Codea⁶³. Kako se u američkom pravu “bitan korak” ne shvaća u čisto objektivnom smislu, nego kao potvrđivanje počiniteljeva zločinačkog cilja radnjom, može se s pravom zaključiti da je i u Rimskom statutu formalno-objektivna teorija napuštena u korist subjektivno-objektivnog shvaćanja pokušaja⁶⁴. Otud slijedi i da bi daljnje inzistiranje na formalno-objektivnoj teoriji u hrvatskom pravu dovelo do nepotrebnog odstupanja od Rimskog statuta, što u krajnjoj liniji može imati i štetne posljedice za Hrvatsku (preuzimanje predmeta od hrvatskog pravosuđa na temelju čl. 17. Rimskog statuta u slučaju oslobađajuće presude).

Temeljna poteškoća s kojom se susreće teorija o dijelovima radnje sastoji se u tome da se počiniteljevo ponašanje uvijek može podijeliti na više odvojenih pojedinačnih radnji pa se onda nakon posljednje radnje uvijek mogu konstruirati daljnje moguće radnje (međuradnje) i time negirati pokušaj. U navedenom primjeru pokušaja razbojništva zvonjenjem na vratima to zvonjenje onda ne bi bila posljednja radnja jer je nakon nje jedan počinitelj još trebao podići pištolj prema osobi koja se trebala pojaviti na vratima, drugi je trebao izgovoriti

⁶¹ Tako *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Wien-New York 1997, str. 253.

⁶² Primjeri prema *Foregger-Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze, 7. Aufl., Wien 1999, str. 85.

⁶³ Taj ključni pojam nestao je u hrvatskom prijevodu. Za opravdanje takvog postupka usp. Krapac, u: *Josipović/Krapac/Novoselec*, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb 2001., str. 228.

⁶⁴ Usp. *Ambos* (kao u bilj. 19), str. 720.

prijetnju i možda spriječiti zatvaranje vrata itd., pa ako bi se i te radnje smatrale daljnjim međuradnjama nužnim za ostvarivanje bića kaznenog djela, pokušaja ne bi bilo. Da bi se izbjeglo takvo izvještačeno cjepkanje radnje, prema jednom mišljenju, daljnje međuradnje neće isključiti pokušaj ako su nebitne, pa pokušaja neće biti samo ako namjeravane daljnje radnje imaju “stanovitu težinu”; u navedenom primjeru razbojništva na benzinskoj crpki, sve daljnje nužne radnje nakon zvonjenja ne bi bile bitne pa je pokušaj ostvaren. Drukčije stoji stvar ako, primjerice, počinitelj, koji je nabavio ključ, kojim će otvoriti automobil mora još potražiti automobil, koji će ukrasti, jer je ta daljnja radnja bitna pa nabavljanje ključa neće biti pokušaj krađe⁶⁵.

Roxin, međutim, smatra da su pojmovi “bitna” i “nebitna” međuradnja nedovoljno određeni pa treba konkretizirati kriterije za njihovo razlikovanje. Stoga se on zalaže za tzv. konkretiziranu teoriju o dijelovima radnje⁶⁶. Po njemu, posljednja radnja će predstavljati pokušaj ako se kumulativno ispune dva uvjeta: da je usko vremenski povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela i da predstavlja zahvat u sferu žrtve ili u sferu bića kaznenog djela. Odluči li netko ukrasti neki predmet iz auta, pa u tu svrhu pruži ruku kroz otvoreni prozor auta prema njegovoj unutrašnjosti, ostvario je pokušaj krađe jer postoji uska vremenska povezanost (oduzimanje predmeta će uslijediti odmah) i zahvat u sferu žrtve (u faktičnu vlast okradenog). Neće, naprotiv, postojati pokušaj ako počinitelj stoji pored auta u namjeri da iz njega uzme stvar, ali još ništa nije učinio jer još nema zadiranja u sferu žrtve, a sama vremenska povezanost nije dovoljna.

Na taj način *Roxin* objašnjava zašto nema pokušaja u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse⁶⁷: počinitelj (homoseksualac) zazvonio je na vratima stana s namjerom da sa stanarom najprije ima homoseksualni odnos, a da onda pozove još dva sudionika s kojima će zajedno izvršiti razbojništvo, ali mu nije nitko otvorio. Počinitelj je zahvatio u sferu žrtve, ali nedostaje uska vremenska povezanost (po čemu se ovaj slučaj razlikuje od sličnog slučaja razbojništva nad namještenikom benzinske crpke). Ona bi se ostvarila tek kada bi došli sudionici i u tom trenutku bi započeo pokušaj. Jedan drugi slučaj ukazuje pak na to kako će pravna ocjena određene radnje zavisiti i od vrste kaznenog djela⁶⁸: počinitelj je pokušao ući kroz podrumski prozor u kuću jedne žene, a onda je silovati i okrađati, ali su na prozoru bile šipke pa nije mogao ući. Vremenska povezanost postoji, i u odnosu na krađu, i u odnosu na silovanje, ali povreda sfere žrtve postoji samo u odnosu na krađu (zahvat u njezinu faktičnu vlast nad stvarima u kući), ali ne i u odnosu na silovanje (počinitelj još nije doveo u pitanje seksualnu slobodu žrtve).

⁶⁵ Usp. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 412.

⁶⁶ Kao u bilj. 3, str. 374 i dalje.

⁶⁷ Odluka Višeg pokrajinskog suda za Berlin (*Kammergericht*), objavljena u *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1971, str. 54.

⁶⁸ Odluka Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2000, str. 418.

No *Roxin* uviđa da zahvat u sferu žrtve po prirodi stvari dolazi u obzir samo kod kaznenih djela protiv individualnih dobara, ali ne i kod općih dobara. U tim slučajevima dovoljan je i zahvat u sferu koja proizlazi iz bića kaznenog djela (*Tatbestandssphäre*); primjerice, pokušaj izazivanja eksplozije (kod nas čl. 263. KZ) postojat će kada se poduzmu radnje usmjerene na izazivanje eksplozije.

Mora se priznati da ni *Roxinova* formula ne olakšava puno razlikovanje bitnih od nebitnih međuradnji jer su i njegovi kriteriji razlikovanja još uvijek podložni ocjeni koju je teško utemeljiti na pouzdanim objektivnim kriterijima. Zašto bi se u njegovom primjeru pokušaja ulaska u kuću kroz prozor podruma uzelo da postoji zahvat u sferu žrtve u odnosu na njezine stvari jer je počinitelj još bio daleko od toga da ih oduzme (isto kao i u odnosu na njezinu tjelesnu sferu u vezi sa silovanjem)? Još je neodređeniji pojam zahvata u sferu bića kaznenog djela. No bez obzira na to hoće li se početi od uopćenog razlikovanja bitnih i nebitnih međuradnji ili pak od *Roxinova* "istančanijeg" kriterija, sudu ne preostaje drugo nego da ocijeni relevantnost uvijek mogućih međuradnji. U tom slučaju, kao i u brojnim drugim situacijama koje se nameću kaznenom pravu, on ima određeni slobodni prostor.

6. Kako odrediti početak ostvarenja kaznenog djela u hrvatskom pravu?

Dosadašnja razmatranja pokazuju da se odredba čl. 33. st. 1. KZ ne mora nužno tumačiti kao afirmacija formalno-objektivne teorije niti su sudovi uvijek polazili od takvog shvaćanja. Stoga i sa stajališta hrvatskog prava valja prihvatiti mješovite, subjektivno-objektivne teorije o biti i granicama pokušaja. U prvi mah se čini da zakonska definicija pokušaja govori u prilog objektivnih teorija jer spominje samo "započinjanje ostvarenja kaznenog djela", dok se subjektivna komponenta svodi na postupanje "s namjerom", što je, dakako, pretpostavka kažnjivosti pokušaja i prema objektivnim teorijama. U prilog objektivnih teorija govori i okolnost da se počinitelj pokušaja može blaže kazniti, što se može opravdati jedino slabijim objektivnim učinkom pokušaja u usporedbi s dovršenim djelom. Pa ipak, zakonodavac isto tako vodi brigu o subjektivnim čimbenicima. To je u prvom redu došlo do izražaja u mogućnosti jednakog kažnjavanja za pokušaj i dovršeno kazneno djelo, što se može opravdati samo jednakom zločinačkom voljom. Nadalje, kažnjavanje se ne može objasniti kod onih oblika neprikladnog pokušaja kod kojih uopće ne postoji opasnost. Tada nam ne preostaje drugo, nego utemeljiti kažnjivost na zločinačkoj volji.

Otud proizlazi da hrvatskom Kaznenom zakonu nisu strani subjektivni elementi pri određenju pokušaja, a od toga valja početi i pri razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja. Oni se ne iscrpljuju u namjeri kao čisto subjektivnoj sastavnici pokušaja, nego se pojavljuju i u okviru "započinjanja ostvarenja kaznenog djela" kao objektivne sastavnice pokušaja (koju bismo stoga mogli nazvati i objektivno-subjektivnom). Ipak pretjerana subjektivizacija ne bi bila na mjestu: ona se mora ograničiti na uvažavanje počiniteljeva plana. Naglasak treba biti na objektivnoj sastavnici, tj. na započinjanju radnje počinjenja, ali taj zahtjev ne treba shvatiti u

smislu formalno-objektivne teorije kao ostvarenje barem jednog obilježja kaznenog djela, nego za pokušaj mora dostajati i bliskost radnje ostvarenju bića kaznenog djela. Formalno-objektivnu teoriju treba napustiti, a to će biti olakšano zato što je u sudskoj praksi ionako prešutno došla do izražaja tendencija prihvatanja materijalnog kriterija, najčešće u obliku prirodnog jedinstva radnje. Taj kriterij kao neprecizan valja napustiti te započinjanje ostvarenja kaznenog djela definirati kao radnju koja izravno vodi u ostvarenje bića kaznenog djela, a da u međuvremenu nije potrebno izvršiti nikakve druge bitne radnje.

Napuštanjem formalno-objektivne teorije hrvatsko kazneno pravo će se približiti rješenjima u modernim pravnim državama te u europskom i u međunarodnom kaznenom pravu, što će se ionako postaviti kao prirodni zahtjev nakon njezina ulaska u Europsku uniju.

Polazeći od navedene definicije početka pokušaja, u daljnjem ćemo tekstu pokušati razriješiti najčešće situacije u kojima razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja predstavlja teškoću, a ujedno prikazati i posebnosti koje se javljaju kod nekih oblika kaznenih djela.

IV. Tipični slučajevi u kojima se postavlja pitanje razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja

1. Približavanje počinitelja mjestu događaja ili žrtvi

Počinitelj koji se s izvučenim pištoljem približava žrtvi ušao je u stadij pokušaja ako je odlučio odmah pucati, bez obzira na to što mora učiniti još nekoliko koraka i povući okidač: postoji uska vremenska povezanost i “zahvat u sferu žrtve” koji se ogleda u neposrednoj prijetnji. Isto je tako započeo tešku krađu počinitelj koji je prislonio ljestve na zgradu u namjeri da uđe kroz otvoren prozor, (ali ne i ako je namjeravao ući tek nekoliko sati kasnije). Ulaženje u dućan ili robnu kuću u namjeri izvršenja razbojništva samo je pripremna radnja jer počinitelj još mora poduzeti niz daljnjih bitnih radnji, ali će biti pokušaj razbojništva kada naoružani i maskirani počinitelji uđu u banku (uska vremenska povezanost, zahvat u sigurnost banke)⁶⁹. Stoga i VSRH s pravom uzima da je počinio pokušaj razbojništva počinitelj koji je ispred pošte stavio masku (kapuljaču), te s torbom i plastičnom vrećom te ljepljivom trakom i nožem u džepu i automatskom puškom u ruci ušao u poštu, gdje mu je jedan svjedok skinuo masku, a drugi oduzeo pušku (VSRH, I Kž-104/03). Isto je tako pokušaj krađe trčanje za ovcom koja je na dohvat ruke počinitelju⁷⁰ jer je to radnja koja neposredno predstoji oduzimanju tuđe stvari i ne zahtijeva nikakve daljnje međuradnje.

U njemačkoj sudskoj praksi bio je sporan slučaj u kojem je počinitelj u namjeri da ubije osobu u stanu kundakom puške razbio vrata na dnevnom

⁶⁹ Primjeri prema *Roxinu* (kao u bilj. 3), str. 377.

⁷⁰ Primjer što ga navodi *Zlatarić* (kao u bilj. 6), str. 65.

boravku, ali je žrtva uspjela pobjeći kroz prozor⁷¹. Prvostupanjski je sud zanijekao pokušaj ubojstva s obrazloženjem da bi pokušaj počeo tek kada bi počinitelj otkočenu pušku uperio prema žrtvi, s čime se Savezni sud nije složio. Prvostupanjski je sud pogrešno primijenio teoriju o dijelovima radnje jer u nastaloj situaciji usmjeravanje puške prema žrtvi i povlačenje okidača nisu bitne međuradnje. Na sličan je način i VSRH riješio slučaj trojice počinitelja koji su razbili vrata u stanu jedne žene u namjeri da je siluju, ali je ona pravodobno pobjegla kroz prozor (VSRH, I Kž-866/03). Pokušaj silovanja VSRH obrazlaže u skladu s formalno-objektivnom teorijom tako što razbijanje vratiju smatra prijetnjom i na taj način ostvarenjem jednog obilježja kaznenog djela silovanja, no opisane bi radnje bile isto tako pokušaj ubojstva da su počinitelji namjeravali ubiti žrtvu, što se tada ne bi moglo opravdati formalno-objektivnom teorijom jer prijetnja ubojstvom nije i ostvarenje bića kaznenog djela ubojstva.

Osobito je zamršeno pitanje do koje se mjere počinitelj mora *približiti državnoj granici* da bi postojao pokušaj odgovarajućeg kaznenog djela. O tome su se ranije sudovi morali izjasniti u vezi s pokušajem kaznenog djela nedopuštenog prijelaza preko granice iz čl. 303. bivšeg Krivičnog zakonika. Analizirajući sudsku praksu nastalu u odnosu na to kazneno djelo *Zlatarić* je zaključio da pokušaj započinje kada počinitelj “krene na put prema državnoj granici sa ciljem neposrednog prijelaza, bez obzira na distancu koju ima savladati”⁷². To je preširoko tumačenje pokušaja, što je bila *Zlatarićeva* koncesija tadašnjim kriminalno-političkim potrebama. Kretanje na put je radnja odviše udaljena od samog prijelaza granice pa nedostaje bliskost biću kaznenog djela. Na to je s pravom upozorio *Bačić* kada je izložio kritici stajalište tadašnjeg Vrhovnog suda FNRJ prema kojem je “prostorna i vremenska bliskost ostvarenju posljedice pravno irelevantna” pa onda svako kretanje na put radi prelaska granice predstavlja pokušaj, ističući da pokušaj postoji samo kad radnja neposredno prethodi prijelazu preko granice⁷³.

U njemačkoj se praksi slično pitanje postavilo kod zabranjenog uvoza droge (jedan od modaliteta kaznenog djela iz § 29 Zakona o opojnim drogama). Savezni je sud u jednoj odluci iz 1989. godine⁷⁴ zauzeo stajalište da pokušaj postoji kada se počinitelj kao pješak, biciklist ili vozač motornog vozila sasvim približi graničnoj crti ili barem carinarnici, ali ako on mora prijeći još nekoliko kilometara do granice, u pitanju su samo pripreme radnje. Složenije je pitanje kada se počinitelj približava granici zrakoplovom ili vlakom jer tada nema onu slobodu kretanja koju ima vozač automobila ili pješak, no i tada pokušaj počinje tek kada vlak krene sa posljednje stanice prije granice, a samo iznimno i ranije, npr. kada počinitelj na pitanje ima li što za cariniti odgovori niječno.

⁷¹ Odluka Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1987, str. 20.

⁷² Kao u bilj. 6, str. 66-67.

⁷³ O pokušaju krivičnog djela nedopuštenog prijelaza preko državne granice (čl. 303. KZ), *Pravni život*, 8/53, str. 16.

⁷⁴ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, sv. 36, str. 249.

Pitanje koliko se počinitelj mora približiti granici da bi postojao pokušaj postavlja se sada pred naše sudove kod kaznenog djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice (čl. 177. KZ) koje je dovršeno kada je počinitelj preveo preko državne granice jednu ili više osoba (slična je situacija i kod izbjegavanja carinskog nadzora iz čl. 298. KZ koje je dovršeno prenošenjem robe preko carinske crte). Prema jednoj odluci (Žup. s. u Varaždinu, Kž-16/02⁷⁵), o pokušaju kaznenog djela iz čl. 177. st. 1. KZ se radi kada su počinitelji dovezli automobilima strane državljanke "u relativnu blizinu državne granice", ali su tada spriječeni u izvršenju svog nauma, "tako da njihove radnje čine logičnu i čvrstu cjelinu s očigledno predstojećim, ali spriječenim nedozvoljenim prevođenjem osoba preko državne granice, slijedom čega se i radi o ulasku u kažnjivu zonu izvršenja djela". No pojmovi "logična i čvrsta cjelina" i "relativna blizina" su odviše neodređeni i omogućuje da se kažnjiva zona pomakne i nekoliko kilometara prije granice (iz objavljenih odluka se ne vidi koliko su počinitelji bili udaljeni od granice u trenutku uhićenja). Jasnija je odluka prema kojoj pokušaj navedenog kaznenog djela postoji kada su službenici granične policije zaustavili počinitelja sa četiri strana državljanina u automobilu 20 m od granične crte (Opć. s. u Varaždinu K-511/07), što valja odobriti.

2. Vrebanje i čekanje žrtve

Ovdje se radi o počinitelju koji svaki trenutak očekuje nailazak žrtve u namjeri da je napadne, ali bude prije toga uhićen ili se žrtva ne pojavi. Pokušaj će tada postojati ako između izvršenih radnji i samog počinjenja djela nisu potrebne nikakve daljnje nebitne međuradnje. S pravom je francuski Kasacijski sud označio kao pokušaj razbojništva postupak šest naoružanih počinitelja koji su s pripremljenim automobilima u zasjedi čekali transporter koji je prevozio novac iz Louvrea u Banque de France u namjeri da ga zaustave i oduzmu novac, ali su ih policajci neposredno prije izvršenja uhitili. U tom je slučaju napad imao uslijediti odmah pa je dovršenje djela trebala biti "izravna i neposredna posljedica" izvršenih radnji.⁷⁶ Ipak u takvim slučajevima nije lako razgraničiti bitne od nebitnih međuradnji, kako će se vidjeti na dva primjera iz njemačke sudske prakse, koji imaju dodirne točke, ali se i razlikuju te su bili predmet brojnih komentara u njemačkoj literaturi.

U prvom se slučaju (tzv. "slučaj s vrećicom papra", *Pfeffertütenfall*⁷⁷) radilo o dva počinitelja koji su namjeravali napasti osobu koja je trebala nositi novac od dnevnih utržaka pa su je zbog toga čekali u automobilu nedaleko tramvajske stanice, gdje je ta osoba obično silazila. Imali su u pripremi papar koji su namjeravali sasuti u oči žrtvi. Prije nailaska svakog tramvaja upalili bi motor

⁷⁵ Odluka je objavljena u knjizi: *Garačić*, Kazneni zakon u sudskoj praksi, posebni dio, Zagreb 2006., str. 196.

⁷⁶ Odluka br. 55. Crim. od 29.12.1970, "Piazza i drugi", objavljena s komentarom u: *Puech*, Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, tome I, Paris 1976, str. 207.

⁷⁷ Objavljena u *Neue juristische Wochenschrift* 1952, str. 514.

automobila, kako bi se približili žrtvi i kako bi nakon počinjenog djela mogli što brže pobjeći. Pošto su prošla četiri tramvaja, a žrtva se nije pojavila, ocijenili su da ona tog dana neće doći pa su otišli neobavljena posla. Savezni ih je sud osudio za pokušaj razbojništva, s obrazloženjem da je prema predodžbi počinitelja postojala izravna opasnost za zaštićeno pravno dobro. No svi su komentatori otklonili takav zaključak⁷⁸. Vremenska blizina je, doduše, postojala, ali počinitelji su se još morali približiti automobilom žrtvi i sasuti joj papar u oči, što je relevantna daljnja međuradnja.

U drugom sličnom “slučaju namještenika benzinske crpke” (*Tankwartfall*), o kojem je već bilo riječi⁷⁹, postavilo se također pitanje je li otpočeo pokušaj razbojništva. Postupak dvaju maskiranih počinitelja koji su pozvonili na ulaznim vratima očekujući da se na vratima pojavi namještenik crpke ili neka druga osoba, kojoj će oni, čim se pojavi, zaprijetiti pištoljem, svezati je i prisiliti ih da im preda novac, ali se nije javio nitko, Savezni je sud ocijenio kao pokušaj razbojništva (što je veći dio komentatora i prihvatio⁸⁰). Objektivni element pokušaja obrazložen je time da je zvonjenje trebalo odmah prijeći u ostvarenje prijetnje pištoljem i prisile, bez relevantnih međuradnji (podizanje pištolja prema žrtvi bila bi samo nebitna međuradnja).

3. *Provjeravanje je li počinjenje djela moguće*

Moguće je da počinitelj tek provjerava je li počinjenje djela moguće i isplati li se, ali bude spriječen u daljnjem djelovanju. Ovdje se, najprije, postavlja pitanje postoji li odluka da se počini djelo, o čemu je već bilo riječi, ali postojanje takve odluke još ne znači da je pokušaj započet jer se traži i objektivna komponenta. U već opisanom primjeru iz njemačke sudske prakse⁸¹ kada je počinitelj drmanjem prednjih kotača automobila provjeravao je li volan zaključan, Savezni je sud uzeo da postoji pokušaj krađe, s čime se većina njemačkih autora slaže. *Roxin* već u samom provjeravanju vidi napad na sferu žrtve (njegovu faktičnu vlast nad automobilom) pa je onda za postojanje pokušaja bitna vremenska komponenta, tj. je li počinitelj namjeravao odmah oduzeti automobil, što je u ovom slučaju bilo ostvareno⁸². Vremenska povezanost bit će odlučna i kada počinitelj pregledava trudnicu kako bi utvrdio stadij trudnoće i ocijenio, može li se prekid trudnoće izvršiti bez veće opasnosti: ako je počinitelj u slučaju pozitivnog nalaza odmah naumio izvršiti pobačaj, pokušaj će postojati, ali ne i ako je na temelju takvog nalaza namjeravao to učiniti tek narednog dana. Isto će tako postojati pokušaj krađe kada počinitelj pipa džepove žrtve kako bi ocijenio je li tamo novčanik, uz uvjet da je spreman izvući ga odmah.

⁷⁸ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 381.

⁷⁹ V. bilješku 46.

⁸⁰ Usp. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 413; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 370 i 381.

⁸¹ V. bilješku 9.

⁸² Kao u bilj. 3, str. 383.

4. Uklanjanje prepreka ili zaštite

Prema odredbama čl. 153. i 187.a KZ uklanjanje prepreka je, po definiciji, pripremna radnja. No vrijedi li to uvijek? Nije li pokušaj moguć i kad počinitelj uklanja prepreku ili drugu zaštitu kojom žrtva hoće osigurati svoje pravno dobro? I ovdje valja prihvatiti pokušaj ako postoji dovoljna veza s radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Kao ilustracija može poslužiti jedna odluka iz starije njemačke sudske prakse⁸³. Počinitelj je ušao u dvorište seoske kuće radi krađe. Kako je tamo lajao zavezani pas, on ga je odvezao i izveo iz dvorišta u namjeri da ga vani zaveže i da se odmah vrati u dvorište i neometano realizira svoj naum. Prilikom ponovnog vezivanja psa bio je uhvaćen. Tadašnji Carevinski sud (*Reichsgericht*) je uzeo da je to pokušaj krađe, jer između odvođenja psa i oduzimanja stvari postoji uska vremenska povezanost (počinitelj je stvari namjeravao oduzeti odmah); daljnje radnje koje je počinitelj morao poduzeti prije oduzimanja stvari u tom su slučaju nebitne. Po tome se ovaj slučaj, dakako, razlikuje od slučaja kada počinitelj najprije dade otrov psu, čekajući da pas ugine pa da onda izvrši krađu, kada je uklanjanje prepreke samo pripremna radnja.

V. Pripremne radnje

1. Neusuglašenost odredaba o pripremnim radnjama u posebnom dijelu s definicijom pokušaja u općem dijelu

Kazneni zakon nije samo definirao pokušaj nego i pripremne radnje, čime je ujedno u negativnom smislu odredio i pokušaj (ono što je pripremna radnja nije pokušaj). Pripremne radnje bile su, po uzoru na bivše jugoslavensko zakonodavstvo, opisane u općem dijelu Osnovnog Krivičnog zakona RH (čl. 16.), od čega se prilikom donošenja Kaznenog zakona odustalo pa je dotadanji opis pripremnih radnji prebačen u posebni dio. To je učinjeno kod kaznenog djela pripremanja kaznenih djela protiv RH (čl. 153. KZ), u kojem je pripremanje definirano kao nabavljanje i osposobljavanje sredstava, uklanjanje prepreka i stvaranje plana, ili dogovaranje s drugima, ili poduzimanje druge radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje određenih kaznenih djela iz glave XII. Navedene radnje, osim nabavljanja i osposobljavanja sredstava, zakonodavac je novelom iz 2004. učinio i obilježjima pripremanja kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom iz čl. 187.a KZ. To bi značilo da su radnje opisane u tim odredbama pripremne samo u odnosu na kaznena djela uz koja su vezana i da, prema tome, ne predstavljaju opću definiciju pripremnih radnji, što tvrdi i Bačić: “Formalno gledano svaka takva inkriminacija ima karakter posebnog kaznenog djela”⁸⁴. No to je, odista, tako samo “formalno gledano”. Tumačenje bi

⁸³ Navedeno prema *Roxinu* (kao u bilj. 3), str. 384.

⁸⁴ Kao u bilj. 36, str. 279.

se moglo usvojiti kada bi kaznena djela iz čl. 153. i 187.a KZ bila samostalna kaznena djela ili *delicta sui generis*, tj. kaznena djela kojima se inkriminiraju samo određene radnje usmjerene na počinjenje drugih kaznenih djela, što ovdje nije slučaj. Navedena kaznena djela sadrže vrlo općenite opise pripremanja, pa su u pitanju nesamostalna kaznena djela ili *delicta preparata* koja obuhvaćaju sve moguće pripreme radnje. Opisi pripremnih radnji u njima stoga nadilaze navedena kaznena djela i postaju obrazac za svako pripremanje, na što upućuje i njihov raniji smještaj u općem dijelu. Ne vidi se zašto bi, primjerice, nabavljanje sredstava bila priprema radnja samo kada su u pitanju kaznena djela protiv RH, ali ne i druga kaznena djela. Općeniti karakter opisanih radnji osobito je došao do izražaja u nekoj vrsti generalne klauzule kojom se pripreme radnje definiraju kao “poduzimanje druge radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje” određenih kaznenih djela⁸⁵.

Otud slijedi da su mjerila za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja različito propisana na dva mjesta, jednom u čl. 33. st. 1. KZ u kojem je pokušaj definiran pozitivno, a drugi put kod *delicta preparata* u posebnom dijelu, gdje je pokušaj definiran negativno. Dok je definicija pokušaja u čl. 33. st. 1. KZ dobivena metodom generalizirajuće apstrakcije, definicije pripremnih radnji u posebnom dijelu – s iznimkom već spomenute generalne klauzule – predstavljaju primjenu kazuističke metode koja ne vodi računa o prethodnoj definiciji pokušaja u općem dijelu. Neusuglašenost tih odredaba može dovesti i do različitih rezultata. Kako tretirati, primjerice, poduzimanje “radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje kaznenog djela” koje je tako blisko ostvarenju bića kaznenog djela da je ujedno “započinjanje ostvarenja kaznenog djela”?

Navedeni raskorak mogao bi se uspješno otkloniti samo preinačenjem odredaba čl. 153. i 187.a KZ tako da se opisi pripremanja u njima ispuste i da se jednostavno inkriminira pripremanje (što je i uobičajena zakonodavna tehnika kod nesamostalnih kaznenih djela pripremanja). *De lege lata*, izlaz je u tome da se tumačenje opće odredbe o pokušaju iz čl. 33. st. 1. KZ učini obveznim i za navedena kaznena djela pripremanja, što znači da se radnje opisane u njima mogu smatrati pripremnim samo ako ne ispunjavaju opće uvjete iz čl. 33. st. 1. KZ. Nabavljanje sredstava, uklanjanje prepreka itd. bit će pripreme radnje samo ako se njima ne “započinje ostvarenje kaznenog djela”. Praktično to znači relativiziranje pa i zanemarivanje definicija pripremanja u čl. 153. i 187. a KZ.

2. Tipične pripreme radnje

Izbjegavanje taksativnog nabrojanja pripremnih radnji u zakonu ne isključuje da se na teorijskom planu određene radnje označe kao tipične pripreme radnje, pod uvjetom da zbog bliskosti biću kaznenog djela ne predstavljaju pokušaj. Po

⁸⁵ To se naglašava i u Vladinom obrazloženju Konačnog prijedloga Kaznenog zakona kada se tvrdi da navedena klauzula predstavlja “općeprilježeni kriterij” za definiciju pripremnih radnji (Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona od 19. lipnja 1997., str. 162).

tome se teorijska klasifikacija pripremnih radnji razlikuje od krutog nabiranja pripremnih radnji u hrvatskom KZ koje ne predviđa nikakve iznimke. Tipične pripreme radnje dijele se u njemačkoj doktrini u tri temeljne skupine: a) nabavljanje i posjedovanje oružja i drugih sredstava kao i stvaranje odlučnih pretpostavki, b) traženje i neupadljivi boravak na mjestu događaja i c) izviđanje i stvaranje prilika za počinjenje kaznenog djela⁸⁶. Ovdje ćemo slijediti tu podjelu uz kritički osvrt na spomenutu definiciju pripremnih radnji u hrvatskom KZ.

3. Nabavljanje, posjedovanje i proizvodnja sredstava za počinjenje kaznenog djela

Navedene radnje nisu pokušaj jer se njima ne ostvaruju opće pretpostavke za pokušaj, osobito ne uska vremenska veza s radnjama koje ulaze u biće kaznenog djela. Tipičan primjer je nabavljanje provalničkog alata ili lažnog ključa radi izvršenja krađe. Stoga je pogrešno stajalište Županijskog suda u Puli (Kž-11/94) koji smatra pokušajem krađe već izvlačenje cilindra iz brave automobila i izradu kopije ključa pomoću tog cilindra radi kasnijeg otključavanja i oduzimanja automobila. Pokušaj će započeti tek guranjem ključa u bravu ili barem neposrednim približavanjem automobilu radi guranja ključa u bravu. Počinitelji koji su nabavili puške i streljivo radi oružane pobune još nisu izvršili pokušaj oružane pobune, nego samo njezino pripremanje (VSRH, I Kž-206/92, Pregled, br. 52, str. 46). Pored općih kriterija razgraničenja, u prilog nijekanja pokušaja, kao *argumentum a contrario*, može se navesti i okolnost da je zakonodavac neke slučajeve pribavljanja sredstava predvidio kao *delicta sui generis* (što bi, razumije se, bilo suvišno kada bi te radnje već bile pokušaj kaznenih djela čijem izvršenju služe), kao što je izradba i nabavljanje oružja i sredstava namijenjenih počinjenju kaznenog djela iz čl. 334. KZ, ali i brojna druga kaznena djela (iz članaka 173. st. 1., 256., 267., 277., 278. i 314. KZ).

No tipične pripreme radnje ne treba ograničiti na nabavljanje materijalnih predmeta kao sredstava za počinjenje kaznenog djela, nego pojam “sredstva” valja protumačiti šire tako da obuhvati i stvaranje odlučnih pretpostavki za počinjenje kaznenog djela⁸⁷. Tko fingira provalnu krađu ili zapali kuću da bi dobio osigurarinu, stvorio je odlučne pretpostavke za prijevaru (provalna krađa i palež kuće kao sredstvo za izvršenje prijevare), ali mora još prijaviti štetu osiguravajućem zavodu kao bitnu radnju da bi odgovarao za pokušaj. Tko podmiti noćnog čuvara kako bi iz tvorničkog kruga mogao ukrasti robu, ostao je u granicama pripremnih radnji za krađu.

U ovu skupinu valja ubrojiti i traženje žrtve, koje je uvijek priprema radnja jer se njome tek ide za time da se stvori mogućnost počinjenja djela (sve dok počinitelju žrtva nije dostupna, ne može ni počiniti kazneno djelo). To je i stajalište naše sudske prakse, kao što nam pokazuje ovaj primjer. Optuženik,

⁸⁶ Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 59; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 387.

⁸⁷ Ove dvije situacije povezuje i *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 388.

razjaren na inkasatore Hrvatske televizije koji su nadzirali naplatu pretplate, pucao je na jednog od njih iz pištolja pogodivši ga s tri metka i nanijevši mu teške tjelesne ozljede opasne po život, nakon čega je s otkočenim pištoljem u kojem je bilo šest metaka odlučio da ubije i drugog, ali je ovaj uspio pobjeći i sakriti se u susjednoj kući, tako da ga počinitelj, koji ga je uporno tražio u automobilu i obližnjim kućama, nije uspio naći. Optuženik je, pored pokušaja ubojstva prvog inkasatora, najprije bio osuđen i za pokušaj ubojstva nad drugim inkasatorom, što je VSRH ukinuo, s obrazloženjem da se traženje žrtve ne može smatrati pokušajem ubojstva, nego “tipičnom pripremnom radnjom jer se poduzima s ciljem da počinitelju omogući izvršenje djela”. Na ponovnom suđenju prvostupanjski sud za to djelo optuženika oslobađa optužbe, protiv čega se državni odvjetnik žalio, ali glavni državni odvjetnik žalbu povlači (VSRH, I Kž-960/06 i I Kž-545/07). Za razliku od ovog slučaja, državno je odvjetništvo zauzelo odmah ispravno stajalište u slučaju plaćenog ubojice koji je tražio žrtvu radi ubojstva, ali je nije našao, pa plaćenog ubojicu za to djelo nije ni optužilo (VSRH, I Kž-687/01, HLJKPP 1/2005, str. 211), dok naručitelj ubojstva odgovora za neuspjelo poticanje (pokušaj poticanja) jer je on radnju poticanja ne samo započeo, nego i dovršio.

Na prvi se pogled čini da stvaranje odlučnih pretpostavki za počinjenje kaznenog djela imaju u vidu i članci 153. i 187.a KZ kada pripremanjem smatraju “stvaranje uvjeta za izravno počinjenje kaznenog djela”. Ne znače li te dvije formulacije isto? To bi se moglo prihvatiti kada u tekstu zakona ne bi postojala riječ “izravno” koja sugerira da između pripremanja i započinjanja ostvarenja bića kaznenog djela mora postojati bliskost, a to je, kao što smo vidjeli iz dosadašnjih razmatranja, upravo pretpostavka pokušaja, a ne tek pripremnih radnji. Prema tome, “stvaranje uvjeta za *izravno* počinjenje kaznenog djela” prije se može prihvatiti kao definicija pokušaja nego pripremnih radnji. Da je neposrednost ili izravnost (*Unmittelbarkeit*) doprinosna ostvarenju bića kaznenog djela pretpostavka pokušaja, a ne pripremnih radnji, izričito je rečeno i u § 22 njem. KZ. Stoga je izrada lažne isprave radi prijave priprema radnja u odnosu na prijevaru zato što se njome ne stvaraju uvjeti za izravno, nego tek za buduće i udaljeno počinjenje prijave. No kada je počinitelj izvadio osigurač bombe u namjeri da je odmah baci na žrtvu, ali nije stigao odvojiti žlicu od tijela bombe, zaista je u pitanju “stvaranje uvjeta za *izravno* počinjenje kaznenog djela” koje predstavlja pokušaj ubojstva, kako to s pravom zaključuje VSRH (I Kž-480/03), a ne samo priprema radnja.

Iz navedenih razloga definicija pripremnih radnji kao stvaranje uvjeta za izravno počinjenje kaznenog djela nije uspješna “demarkacijska linija između pripremanja i pokušaja”⁸⁸, nego je, naprotiv, to razgraničenje otežala.

⁸⁸ Tako Bačić, O kažnjivim pripremnim radnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/1984, str. 159.

4. Odlazak na mjesto događaja i neupadljiv boravak na mjestu događaja

Odlazak na mjesto događaja (pješice ili u vozilu) je u pravilu pripremna radnja. Tko se kreće prema mjestu događaja, ali još ništa drugo nije poduzeo, nije započeo izvršenje djela. Tko je pošao u banku u namjeri da je orobi, ali do nje nije stigao, nije započeo razbojništvo; tko uđe u tramvaj u namjeri da izvrši džepnu krađu, još nije ušao u stadij pokušaja. Odlazak čamcem na Dunavu prema rafineriji u kojoj treba biti izvršena krađa, ali odustajanje i vraćanje kad se opazi stražar, nije pokušaj krađe⁸⁹. Počinitelji koji su, prema prethodnom dogovoru, došli u blizinu benzinske crpke u namjeri da izvrše razbojništvo, ali su odustali zbog velikog broja kupaca, nisu počinili pokušaj razbojništva, pa odgovaraju samo za dogovor za počinjenje kaznenog djela (VSRH, I KŽ-635/91). Isto vrijedi i za onoga tko je već došao na mjesto događaja i tamo se zadržava neupadljivo, npr. ušao je u banku u namjeri da izvrši razbojništvo, ali zbog velikog broja stranaka ili dobrog osiguranja odustaje; njemu predstoji još niz bitnih radnji (izvlačenje oružja i prijetnja službeniku). Drukčije stoji stvar kada je počinitelj već ušao u banku s maskom na licu i oružjem u ruci jer su daljnje međuradnje tada nebitne.

5. Izviđanje i stvaranje prilike za počinjenje djela

Tko razgleda banku i studira njezino osiguranje još nije počinio pokušaj razbojništva. No i izviđanje može biti pokušaj ako je odmah nakon njega trebalo uslijediti izvršenje, kao u već spomenutom prijepornom slučaju provjeravanja je li volan automobila zaključan⁹⁰. Isto je tako pripremna radnja stvaranje prilika za počinjenje kaznenog djela, kao što je opijanje žrtve radi lakšeg izvršenja krađe ili namamljivanje djeteta u stan ili samo dogovaranje sastanka radi izvršenja seksualnog delikta. No s pravom uzima *Zlatarić* da je već namamljivanje žrtava na mjesto gdje čekaju drugi počinitelji s toljagama pokušaj razbojništva jer je nakon namamljivanja trebala odmah početi primjena sile kao radnja razbojništva⁹¹.

U njemačkoj judikaturi se pojavila tendencija da se iz kriminalnopolitičkih razloga proširi pokušaj kod seksualnih delikata na štetu djece tako da pokušaj obuhvati i ranije radnje koje se sastoje u stvaranju prilike za počinjenje djela. Savezni je sud u jednoj starijoj odluci⁹², koja je naišla na nepodijeljenu kritiku, osudio počinitelja koji je dogovorio s 12-godišnjom djevojčicom sastanak u 17 sati u namjeri da s njom izvrši spolni odnošaj, obrazlažući to time da “dogovaranje s djetetom i kasnije djelovanje na njegovu volju zbog svojeg sadržaja i svrhe predstavljaju jedinstvo”. No ako je za pokušaj dovoljno da radnja bude sredstvo u ostvarivanju kriminalne svrhe, onda se praktično svaka pripremna radnja može

⁸⁹ Tako s pravom *Zlatarić* (kao u bilj. 6), str. 65.

⁹⁰ V. bilješku 9.

⁹¹ Kao u bilj. 6, str. 69.

⁹² Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 6, str. 302.

proglasiti pokušajem⁹³. U njemačkoj literaturi prevladava shvaćanje da je za razgraničenje bitnonamjerava li počinitelj spolnu radnju izvršiti uz pristanak ili protiv volje djeteta⁹⁴. Računa li počinitelj na pristanak djeteta i namjerava li poštivati njegovo eventualno odbijanje, opisane radnje još ne predstavljaju pokušaj jer se tada još ne zahvaća u zaštićenu sferu djeteta. Drukčije stoji stvar ako počinitelj namjerava izvršiti spolnu radnju protiv volje djeteta, npr. vozi dijete na pogodno mjesto, kada će i sama vožnja biti pokušaj uz pretpostavku da počinitelj tamo namjerava bez oklijevanja izvršiti spolnu radnju. To je, međutim, vrlo upitno jer ispada da pokušaj postoji tamo gdje počinitelj još mora nešto učiniti (prisiliti ili barem nagovoriti dijete na spolnu radnju), a ne postoji tamo gdje može neposredno prijeći na djelo.

VI. Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja u posebnim slučajevima

Dosadašnja se razmatranja odnose na razgraničenje između pripremnih radnji i nedovršenog pokušaja pojedinačnog počinitelja činjenjem, tj. pokušaja kod kojeg počinitelj još nije učinio sve što je prema njegovoj zamisli bilo nužno da kazneno djelo bude počinjeno. No razgraničenje ima svoje specifičnosti kod drugih tipova pokušaja, odnosno kaznenih djela, o čemu će biti riječi u daljnjem tekstu.

1. Razgraničenje pripremnih radnji i dovršenog pokušaja

Dovršeni pokušaj postoji kad je počinitelj učinio sve što je prema njegovu planu bilo potrebno da biće kaznenog djela bude ostvareno, a da on sam ne mora poduzeti nikakvu daljnju radnju. Počinitelj koji je usuo svom ocu u vino otrov (trikloretilen) računajući s time da će otac vino popiti, što je ovaj i učinio, ali ga je ispljunuo zbog čudna okusa, počinio je pokušaj ubojstva (VSRH, I Kž-139/91, Pregled br. 50, str. 147). Bivši pomoćnik koji je iz osвете postavio eksplozivnu napravu na ulazu u garažu računajući da će je gazda aktivirati automobilom prilikom ulaska u garažu, do čega nije došlo jer je gazda pravovremeno u svjetlima automobila uočio razapetu žicu koja je povezivala vrata s napravom, počinio je također pokušaj ubojstva (VSRH, I Kž-733/94, HLJKPP 1/1995, str. 218). Pokušaj ubojstva počinio je i optuženik koji je nakon svađe s domaćinom (inače susjedom) u njegovoj kući, nakon što su domaćin, njegova supruga i dvoje djece otišli na spavanje, na vrata kuće stavio ručnu bombu koju je jednim komadom žice pričvrstio za ovratak, a drugi komad žice zavezao za kvaku i osigurač koji je postavio u položaj za izvlačenje, računajući s time da će domaćin ujutro prvi izaći radi hranjenja konja i da će ga bomba usmrtiti, ali do toga nije došlo jer je supruga ustala prva i prije nego je otvorila

⁹³ Kritički o navedenoj odluci *Kratsch*, *Präzisierung der Ansatzformel*, *Juristische Arbeitsblätter* 1983, str. 585.

⁹⁴ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 385.

vrata, uočila žicu (VSRH, I Kž-433/03). No u svim bi se tim slučajevima radilo samo o pripremnim radnjama da je sam počinitelj morao izvršiti još dodatnu radnju, npr. da je vino još morao ponuditi ocu ili sam aktivirati bombu; u tome se ogleda važnost počiniteljeva plana.

Iako pokušaj u navedenim primjerima nije bio prijeporan, postavlja se pitanje u kojem je trenutku on započeo: već stavljanjem otrova u vino ili tek početkom ispijanja vina, već montiranjem bombi ili tek neposrednim približavanjem žrtve bombi? Bi li postojao pokušaj ubojstva i da je majka slučajno prolila vino prije nego je otac uopće došao u situaciju da ga popije ili da je policija otkrila montirane bombe prije nego su žrtve došle u situaciju da ih aktiviraju? Što ako se sam počinitelj predomislio i prosuo vino ili demontirao bombe prije nego je žrtva došla u opasnost: hoće li se tada zaniijekati pokušaj ili će se uzeti da je počinitelj dragovoljno odustao od njega, što, dakako, povlači različite pravne posljedice? Da bi se odgovorilo na ta pitanja, potrebno je utvrditi kada započinje dovršeni pokušaj. To je predmet brojnih proturječnosti u njemačkoj doktrini i mišljenja o njemu su podijeljena⁹⁵.

a) Prema jednom shvaćanju, pokušaj počinje kada žrtva započne radnju koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela jer je tek u tom trenutku neposredno ugrožen objekt radnje. Naglasak se, dakle, s radnje počinitelja prenosi na radnju žrtve, što je načelno upitno. Uz tu bi pretpostavku pokušaj počeo tek kada bi otac posegnuo za otrovanim vinom ili domaćin krenuo prema vratima na kojima je montirana bomba da ih otvori. Na taj se način previše honorira počinitelja jer ga se oslobađa odgovornosti sve do trenutka kada žrtva ili treća osoba poduzmu radnju. Do tog se trenutka počiniteljeva radnja smatra nekažnjivom pripremnom radnjom, što je neopravdano jer je *ratio* nekažnjivosti pripremnih radnji u tome što počinitelj možda još nema dovoljno snage ili spretnosti da prijeđe u konačnu realizaciju svojeg nauma, a ovdje je počinitelj tu snagu i spretnost već dokazao. Izvršivši sve što je prema njegovom planu bilo potrebno da biće kaznenog djela bude ostvareno, počinitelj je učinio više nego kod pripremnih radnji⁹⁶.

To shvaćanje prešutno odbacuje i VSRH u citiranoj odluci I Kž-433/03 jer montiranje bombe smatra pokušajem ubojstva usprkos tome što domaćin, kojem je bomba bila namijenjena, nije ni započeo radnju obuhvaćenu počiniteljevim planom (otvaranje vrata).

b) Prema drugom mišljenju, početak se pokušaja pomiče unaprijed pa se uzima da je počinitelj ušao u stadij pokušaja već dovršenjem radnje koja je po njegovu mišljenju potrebna da bude ostvareno biće kaznenog djela. U navedenim bi primjerima to značilo da je pokušaj otpočeo u trenutku kada je sin usuo otrov u vino i kada su pomoćnik i susjed montirali bombe. U većini slučajeva to se može prihvatiti, ali ne i kada počinitelj zadržava kontrolu nad daljnjim zbivanjem pa može pravovremeno spriječiti nastup posljedice. Ako sin koji je

⁹⁵ Poblize o tome *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 395 i dalje.

⁹⁶ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 399.

usuo otrov u vino živi s ocem, koji se ima vratiti kući za nekoliko sati, otac je sve do povratka kući izvan dosega otrova jer sin ima punu kontrolu nad daljnjim zbivanjem i može svakog trenutka prosuti otrovano vino.

c) S obzirom na kritiku upućenu prethodnim koncepcijama, u suvremenoj njemačkoj doktrini pojavilo se i treće kompromisno rješenje, koje je ipak bliže onome pod b). Ono polazi od alternativne formule: dovršeni pokušaj postoji *ili* kada je počinitelj tijekom zbivanja ispustio iz svoje vlasti *ili* kada je žrtva neposredno ugrožena, tj. kada je radnjom koja je vremenski usko povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela počelo djelovanje na njezinu sferu⁹⁷. To bi u primjeru s vinom značilo da će pokušaj ubojstva započeti u trenutku kada sin napusti kuću i ne može više utjecati na to hoće li otac popiti vino (prva alternativa), ali ako sin ostane s ocem i vlada daljnjim zbivanjem, pokušaj će početi tek kada otac uzme vino u ruku u namjeri da ga popije, a sin to ne spriječi (druga alternativa).

Druga alternativa opravdava se time da se na taj način početak dovršenog pokušaja utvrđuje na isti način, kao i kod nedovršenog pokušaja. Nedovršeni pokušaj je započeo kada počinitelj nakon pripremnje radnje *izvrši* daljnju bitnu radnju obuhvaćenu njegovim planom (npr. ako je sin usuo otrov u vino koje tek namjerava ponuditi ocu, pokušaj će započeti kad sin posluži oca otrovanim vinom), dok dovršeni pokušaj počinje kada počinitelj nakon pripremnje radnje *propusti* još jednu bitnu radnju (prosipanje otrovanog vina). U oba je slučaja započinjanje pokušaja ovisno o daljnjoj radnji obuhvaćenoj počiniteljevim planom koja se kod nedovršenog pokušaja sastoji u činjenju, a kod dovršenog u nečinjenju (neotklanjanju opasnosti). U drugom slučaju radi se, prema tome, o započinjanju pokušaja nečinjenjem (*Ansetzen durch Unterlassen*)⁹⁸.

Značajna praktična poteškoća u razgraničenju dviju alternativa sastoji se u tome što nije lako utvrditi ima li počinitelj nakon prve radnje tijekom daljnjeg zbivanja u vlasti. Takva bi se vlast mogla uvijek iskonstruirati (čime bi onda prva alternativa otpala) jer bi počinitelj teoretski uvijek imao mogućnost spriječiti nastup (uvijek se može vratiti na mjesto događaja i otkloniti nastup posljedice, može to čak javiti i telefonski!). No *Roxin* smatra da takvo široko tumačenje vladanja tijekom zbivanja valja otkloniti pa se od počinitelja ne može tražiti riskantna aktivna radnja, a pogotovo ne takva kojom bi se on otkrio kao počinitelj. Ako je nakon ulijevanja otrova u vino sin otišao definitivno iz kuće, ne može se od njega tražiti da telefonski javi ocu da ne pije vino jer bi se time otkrio kao počinitelj. Sin, dakle, kada je otišao, više nije imao zbivanje u svojoj vlasti, što znači da je pokušaj započeo kada je otišao iz kuće. Time je mogućnost druge alternative (zapčinjanje pokušaja neotklanjanjem opasnosti) znatno reducirana.

U oba slučaja s postavljanjem bombi počinitelji, nakon njihova montiranja, nisu vladali daljnjim zbivanjem. Oni su se, teoretski, mogli vratiti i demontirati

⁹⁷ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 397.

⁹⁸ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 400-401.

bombe ili čak telefonski obavijestiti žrtve o opasnosti, ali bi time riskirali da bude otkriveni. Osim toga, postojala je i opasnost za druge osobe i da se ona realizirala (recimo da je majka otvorila vrata kuće i poginula od bombe), počinitelji – koji bi bili u irelevantnoj zabludi (*error in persona*) - odgovarali bi za dovršeno ubojstvo. Stoga je u oba slučaja pokušaj ubojstva započet već montiranjem bombi, pa eventualno pravovremeno demontiranje bombi ne bi isključivalo pokušaj, nego bi predstavljalo samo dragovoljni odustanak.

2. Početak pokušaja kod posrednog počiniteljstva

Pokušaj je zacijelo moguć i kod posrednog počiniteljstva. Modificirajmo jedan slučaj iz naše sudske prakse u kojem je posrednim počiniteljem dovršene krađe proglašen gazda koji se poslužio šumskim radnikom u zabludi radi sječe stabala u tuđoj šumi (VSRH, Kzz-11/94, HLJKPP 1/1997, str. 248): da je radnik došao u šumu i pripremio pilu za sječu, ali ga je u daljnjoj djelatnosti spriječio pravi vlasnik šume, gazda bi bio posredni počinitelj u pokušaju krađe. No i u ovom se slučaju postavlja pitanje kada je pokušaj započeo: izdavanjem naloga šumskom radniku ili tek početkom obaranja stabla?

Situacija je vrlo slična prethodnoj (dovršeni pokušaj) jer je i ovdje počinitelj učinio ono što je prema njegovu planu dovoljno da djelo bude dovršeno. Razlika je samo u tome što u prethodnoj konstelaciji žrtva sama svojom radnjom treba omogućiti dovršenje djela (nastup posljedice), dok ovdje dovršenje ovisi od treće osobe kao neposrednog počinitelja ili sredstva. Stoga se, u osnovi, sve što je rečeno o dovršenom pokušaju može analogno primijeniti i na pokušaj posrednog počiniteljstva, odnosno, pokušaj posrednog počiniteljstva može se smatrati posebnim oblikom dovršenog pokušaja koji, ipak, ima i neke specifičnosti⁹⁹.

Moguće je i ovdje uzeti da pokušaj počinje kada neposredni počinitelj započne radnju koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela jer je tek u tom trenutku neposredno ugrožen objekt radnje. Za to se stajalište opredjeljuje *Bačić* kada tvrdi da “pokušaj nastaje kad neposredno djelujući poduzme radnju izvršenja samog djela”¹⁰⁰. To bi značilo da je pokušaj započeo tek kada je šumski radnik počeo obarati stablo jer je tek tada neposredno ugrožen objekt radnje. Uz tu pretpostavku gazda ne bi bio kažnjiv da je radnik odustao prije nego je počeo obarati stablo, npr. jer je naišao vlasnik. To ne bi bilo prihvatljivo jer je posredni počinitelj i u tom slučaju svoju radnju dovršio. Osim toga, došli bismo u koliziju s rješenjem Kaznenog zakona koji tretira kao kažnjiv pokušaj neuspjelo poticanje, to više što kod posrednog počiniteljstva, za razliku od poticanja, počinitelj ima vlast nad djelom (nad sredstvom). Bilo bi, naime, nelogično da poticatelj koji nema vlast nad djelom odgovara zato što je

⁹⁹ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 406.

¹⁰⁰ *Bačić/Pavlović*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb 2004., str. 158. Čini se da to stajalište usvajaju i *Pavišić/Grozdanić/Veić* (kao u bilj. 39, str. 144), kad ističu da “kod posrednog počiniteljstva djelo počinje s početkom ostvarivanja sadržaja radnje počinjenja”, ako pod radnjom počinjenja misle na radnju neposrednog počinitelja.

neuspješno poticao glavnog počinitelja, a ne i posredni počinitelj koji tu vlast ima.

Prema tome, mjerodavna mora biti radnja posrednog počinitelja. No i ovdje, kao i kod dovršenog pokušaja, njemačka doktrina razlikuje dvije situacije, ovisno o tome vlada li posredni počinitelj daljnjim tijekom zbivanja. Ako je posredni počinitelj ispustio neposrednog počinitelja iz svoje vlasti tako da ovaj djeluje samostalno, posredni je počinitelj ostvario pokušaj već samim angažiranjem neposrednog počinitelja. Kada je gazda poslao radnika u šumu, izgubio ga je iz svoje vlasti pa je započeo krađu u času njegova angažiranja. Tu nastaje poteškoća što se posredno počiniteljstvo po definiciji sastoji u vlasti nad djelom, pa nije moguće da posredni počinitelj najprije ima vlast nad djelom, a onda je izgubi. Tu poteškoću rješava *Roxin* tako što tvrdi da je posredni počinitelj izgubio vlast nad radnjom posrednog počinitelja, ali ne i nad voljom neposrednog počinitelja¹⁰¹.

Ovu problematiku možemo ilustrirati jednim slučajem iz njemačke sudske prakse¹⁰². Počinitelj je pokušao usmrtiti svog suparnika pa je zamolio jednog čovjeka da mu preda bočicu sa solnom kiselinom, uvjeravajući ga da je to bezopasno sredstvo za spavanje. Taj posrednik je na putu prema žrtvi ipak posumnjao i otvorio bocu, nakon čega je zaključio da je u pitanju opasno sredstvo i nije ga predao žrtvi. Pokušaj ubojstva izvršen je već predajom bočice posredniku, bez obzira na to što život žrtve još nije bio neposredno ugrožen jer je posredni počinitelj nakon predaje bočice posredniku izgubio nadzor nad njim, a time i vlast nad daljnjim tijekom zbivanja.

Ako je pak posredni počinitelj svoju radnju završio, ali daljnji tijek događaja i dalje ima pod nadzorom, njegova radnja ne predstavlja pokušaj, nego samo nekažnjivu pripremnu radnju. Kao primjer *Roxin* navodi liječnika koji je odlučio usmrtiti pacijenta tako da je ujutro stavio brizgalicu na uobičajeno mjesto s kojeg je medicinska sestra treba navečer uzeti i dati pacijentu: u tom je slučaju ostavljanje brizgalice samo pripremna radnja jer liječnik sve do večeri ima mogućnost ukloniti je. Pokušaj će onda početi kad sestra uzme brizgalicu, odnosno, ukloni li liječnik brizgalicu prije toga, njegova će radnja ostati u stadiju nekažnjivog pripremanja¹⁰³.

Znači li to da bi gazda u našem primjeru ostao u stadiju nekažnjivih pripremnih radnji da je zadržao nadzor nad šumskim radnikom, recimo vezu mobitelom, tako da ga može vratiti prije nego je počeo obarati stabla? Takav zaključak ne bi bio opravdan. Kao i kod dovršenog pokušaja, vlast nad daljnjim zbivanjem treba restriktivno tumačiti, pa se ni od posrednog počinitelja ne može tražiti da se oda kao počinitelj. Ako bi on ipak opozvao radnika, bio bi to samo dragovoljni odustanak.

¹⁰¹ Kao u bilj. 3, str. 413.

¹⁰² Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 30, str. 363.

¹⁰³ Kao u bilj. 3, str. 408.

3. Početak pokušaja kaznenog djela nečinjenjem

Nema nikakve dvojbe da je pokušaj nepravog kaznenog djela nečinjenjem moguć. Majka koja odluči usmrtiti svoje dijete tako da ga ne hrani, ali dijete bude spašeno, počinila je pokušaj teškog ubojstva nečinjenjem. U teoriji je samo sporno, može li se na tom području razlikovati nedovršeni i dovršeni pokušaj. Prema jednom shvaćanju nedovršeni pokušaj postoji kad počinitelj još nije poduzeo sve što je prema njegovu planu potrebno da nastupi posljedica, npr. majka je ocijenila da je za smrt djeteta potrebno da ga ne hrani tjedan dana i bude otkrivena već trećeg dana; u tom slučaju se nastup posljedice može spriječiti naknadnim poduzimanjem upravo onih dužnih radnji koje nije izvršila, tj. tako da nahrani dijete. Dovršeni pokušaj bi pak postojao kada je plan izvršen, ali posljedica još nije nastupila; tada poduzimanje prvobitnih dužnih radnji nije dovoljno, nego se moraju poduzeti izvanredne mjere, npr. spašavanje života djeteta u bolnici. Poteškoća je u tome što počinitelj najčešće ne može znati koliko je vremena potrebno da zbog nečinjenja nastupi posljedica, tj. njegov plan nije siguran. Navedeno razlikovanje nema, međutim, nikakvog praktičnog značenja jer se dragovoljni odustanak od pokušaja nečinjenjem uvijek ocjenjuje prema istim kriterijima kao i dragovoljni odustanak od dovršenog pokušaja, tj. traži se aktivna počiniteljeva radnja, a s druge strane, kod razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja uzimaju se isti kriteriji kao i kod dovršenog pokušaja. Zbog toga sve pokušaje nečinjenjem valja izjednačiti s dovršenim pokušajem¹⁰⁴.

No i ovdje se postavlja pitanje kada prestaju pripreme radnje i počinje pokušaj. Moguće je uzeti da je pokušaj započet kada je počinitelj *prvi puta* propustio dužnu radnju: majka, prema tom shvaćanju, čini pokušaj ubojstva kada dijete ne nahrani prvom prilikom, prilikom prvog uobičajenog hranjenja. To je ipak preuranjeno jer majka tim prvim propustom još nije stvorila ozbiljnu opasnost za život djeteta, odnosno ona tu opasnost može kasnijim hranjenjem otkloniti bez težih posljedica. No isto tako ne bi bilo opravdano uzeti da pokušaj počinje tek propuštanjem *posljednje moguće radnje*, npr. kada je majka napustila kuću u kojoj se nalazi dijete. Zamislimo da je život djeteta u vrijeme napuštanja već bio ozbiljno ugrožen; tada bi pokušaj započeo tek u trenutku napuštanja djeteta, što bi bilo prekasno; time bi se garantna obveza jako relativizirala jer bi se garantima dopuštalo da ne ispunjavaju svoju obvezu do posljednjeg trenutka. Osim toga, u tom bi slučaju dragovoljni odustanak bio praktično nemoguć jer ako bi se majka vratila da nahrani dijete, pokušaj ne bi ni započeo.

Iz tih se razloga predlaže srednje rješenje koje u stvari predstavlja primjenu načela koja su već utvrđena kod dovršenog pokušaja¹⁰⁵. Ako je počinitelj (garant) ispustio tijek zbivanja iz svoje vlasti, već je u tom trenutku započeo s pokušajem. Majka koja je otišla od kuće i tamo ostavila dijete samo, već je u tom trenutku ušla u stadij pokušaja, makar dijete još nije ozbiljno ugroženo. Ako

¹⁰⁴ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 422.

¹⁰⁵ Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 422.

garant vlada zbivanjem, ostaje u sferi pripremnih radnji tako dugo “dok se još ništa nije dogodilo” pa on poduzimanjem dužne radnje može nadoknaditi prethodni propust. No ako je žrtva neposredno ugrožena (posljedica može vrlo brzo nastupiti), pokušaj je počeo, npr. majka je čitavo vrijeme uz dijete i može ga nahraniti, ali to ne čini, iako se dijete osjeća loše.

Problem pokušaja nečinjenjem postavio se u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse¹⁰⁶. Dva počinitelja su teško tjelesno ozlijedili jednog muškarca. Kako bi prikriili djelo, jedan od njih ga je bacio na tračnice (činjenje), a drugi ga je tamo ostavio (nečinjenje), nakon čega su obojica napustili mjesto događaja, računajući da će vlak pregaziti žrtvu. To se ipak nije dogodilo jer je jedan svjedok uspio zaustaviti vlak. Savezni sud počinitelja koji je ostavio ležati žrtvu proglašava krivim zbog pokušaja teškog ubojstva nečinjenjem, ali ne daje jasni odgovor na pitanje kada je pokušaj započeo. Pođe li se od ovdje izloženog stajališta, pokušaj je započeo u trenutku kada je taj počinitelj napustio mjesto na kojem je ostavio žrtvu jer je u tom trenutku izgubio vlast nad zbivanjem. No da je ostao na mjestu, što bi mu omogućavalo spašavanje žrtve, pokušaj bi započeo u trenutku kada se mogao očekivati dolazak vlaka.

Kod pravih kaznenih djela nečinjenjem moguć je samo neprikladni pokušaj, koji najčešće nije kažnjiv¹⁰⁷. Vozač koji ne pruži pomoć osobi za koju pogrešno misli da ju je on teško ozlijedio svojim motornim vozilom, (a ona je samo pijana), počinio je neprikladni pokušaj kaznenog djela nepružanja pomoći osobi koja je teško tjelesno ozlijeđena u prometnoj nesreći iz čl. 273. st. 1. KZ (koji nije kažnjiv). No kod nekih pravih kaznenih djela nečinjenjem pokušaj, a time i neprikladni, je kažnjiv, npr. kod zapovjedne odgovornosti neproslijeđivanjem stvari nadležnim vlastima (čl. 176.a KZ), kod utaje poreza i drugih davanja neprijavljuvanjem prihoda (čl. 286. st. 1. KZ) i kod povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga nevođenjem knjiga (čl. 287. KZ). Primjerice, neprikladni pokušaj utaje poreza počinio bi rastreseni profesor koji ne bi prijavio primitak novca na žiro račun pogrešno smatrajući da je to honorar, dok se u stvari radi o dnevnicama koje ne podliježu oporezivanju. Prikladni pokušaj nije kod tih kaznenih djela pojmovno moguć jer svako nečinjenje predstavlja već dovršeno kazneno djelo.

4. Početak pokušaja kod supočiniteljstva

Pokušaj kod supočiniteljstva ne stvara nikakve poteškoće kada svaki supočinitelj dade doprinos koji bi bio dovoljan i za pojedinačno počiniteljstvo.

¹⁰⁶ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 38, str. 356.

¹⁰⁷ Usp. *Jescheck/Weigend* (kao u bilj. 53), str. 637; to gubi iz vida *Bačić* kada tvrdi da kod pravih (“običnih”) kaznenih djela pokušaj nikad nije moguć (kao u bilj. 36, str. 294). Drukčije *Roxin* (kao u bilj. 3, str. 429), koji dopušta pokušaj i kod pravih kaznenih djela nečinjenjem, ali zato što on uzima drukčiji kriterij podjele između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenjem, pa kao prava kaznena djela nečinjenjem tretira i kaznena djela s posljedicom, kod kojih je onda pokušaj moguć.

Tada za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja supočinitelja vrijedi sve što i za pojedinačnog počinitelja. Dva optuženika, od kojih je jedan uključio električnu brusilicu na utičnicu na vanjskoj strani kioska i počeo rezati zaštitnu protuprovalnu roletu na trgovini u kiosku, a drugi pazio da tko ne naide, a onda se udaljili kada su vidjeli da im se približavaju dva policajca u civilu, počinili su pokušaj teške krađe iz čl. 217. st. 1. toč. 1. KZ (Žup. s. u Zagrebu, IV-KŽ-1556/07). Oba su počinitelja započeli ostvarivanje teške krađe jer je jedan započeo obijanje, a drugi je za to vrijeme čuvao stražu, što je u ovom slučaju također supočiniteljska radnja.

Poteškoće nastaju kada jedan supočinitelj još ništa nije učinio zato što je, prema dogovoru, svoju radnju trebao izvršiti u kasnijoj fazi do koje nije došlo. Problem se pojavio u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse¹⁰⁸: A i B su se dogovorili da će zajedno izvršiti provalnu krađu u banku tako da će A ući u podrum i aparatom za zavarivanje otvoriti trezor, nakon čega će telefonom pozvati B da preuzme zlatne poluge i odveze ih svojim automobilom. A je uspio ući u prostorije banke, ali je u daljnoj djelatnosti spriječen pa B nije ni došao u priliku da obavi svoj dio posla. Savezni sud smatra da u takvim slučajevima svaki supočinitelj odgovara za ono što je učinjeno u okviru zajedničkog dogovora: “Dogovori li se više supočinitelja da zajednički izvrše kazneno djelo, ulaze svi u stadij pokušaja čim jedan od njih neposredno započne izvršenje”.

To je u vladajuće mišljenje, ali *Roxin* ga pobija¹⁰⁹. On smatra da treba posebno ispitati doprinos svakog supočinitelja i proglasiti pojedinog od njih supočiniteljem samo ako je on osobno ušao u stadij pokušaja. U navedenom primjeru to bi značilo da je samo A počinitelj teške krađe u pokušaju, dok B koji osobno nije ušao u stadij pokušaja odgovara samo za psihičko pomaganje A. To je u vezi s *Roxin*ovim stajalištem prema kojem je supočiniteljstvo moguće samo ako postoji zajedničko djelovanje u stadiju izvršenja. No takvo je polazište prijeporno i u našoj sudskoj praksi nije prihvaćeno¹¹⁰.

Na to se pitanje odnosi jedna starija odluka Vrhovnog suda Hrvatske (KŽ-1028/52) koju analizira *Zlatarić*¹¹¹. Dvije su žene dovele žrtve na mjesto gdje su ih čekali muškarci s toljagama u namjeri da im otmu novac, ali ih je jedan od dovedenih vidio i zapucao iz pištolja, nakon čega su se svi razbježali. To je Vrhovni sud Hrvatske označio kao pokušaj razbojništva, ali se iz *Zlatarićeva* prikaza ne vidi jesu li kao supočinitelji tretirane samo dvije žene ili i muškarci. Žene su to nedvojbeno bile; namamljivanje žrtava je već pokušaj razbojništva jer je primjena sile trebala započeti odmah, ali bi kao supočinitelje trebalo smatrati i muškarce jer se doprinos jednog supočinitelja uračunava i drugim supočiniteljima koji još nisu ništa učinili (prema gornjoj formuli njemačkog Saveznog suda).

¹⁰⁸ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 39, str. 237.

¹⁰⁹ Kao u bilj. 3, str. 430.

¹¹⁰ Poblize o tome *Bojanić*, Počiniteljstvo kao vlast nad djelom, Zagreb 2003., str. 128 i dalje.

¹¹¹ Kao u bilj. 6, str. 69.

Summary

DISTINCTION BETWEEN PREPARATORY ACTIONS AND AN ATTEMPT

When a distinction between preparatory actions and an attempt is in question, in Croatia the formal objective theory still prevails according to which the attempt commences at the point in which a perpetrator partially completes the elements of a criminal offence. The author points at disadvantages of this theory. On the basis of Croatian court practice and comparative overview of German, French, Swiss and Austrian Criminal Law, the author concludes that the individual-objective theory is more appropriate for Croatian law. According to this theory a final decision is searched for at the subjective side and an action close to fulfilment of criminal offence elements at the objective side where perpetrator's plan has a special role. Consistent with a described theoretical starting point, the author offers certain solutions to make a distinction between preparatory actions and attempt in typical situations which occur in practice mostly in cases of principal's unaccomplished attempt as well as in cases of special types of attempt (accomplished attempt, attempt of a principal who wants to commit the offence through another agent, criminal offences committed by an omission and criminal offences committed by co-principals).

Key words: *criminal offence, preparatory actions, attempt.*

Zusammenfassung

ABGRENZUNG ZWISCHEN VORBEREITUNGSHANDLUNGEN UND VERSUCH

In der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch überwiegt in Kroatien immer noch die formal-objektive Theorie, nach der ein Versuch dann beginnt, wenn der Täter den Tatbestand teilweise verwirklicht hat. Der Autor macht auf die Schwächen dieser Theorie aufmerksam und folgert anhand einer Analyse der Rechtsprechung kroatischer Gerichte sowie einer komparativen Darstellung unter Einbeziehung des deutschen, französischen, schweizerischen und österreichischen Strafrechts, dass auch das kroatische Strafrecht der individuell-objektiven Theorie nähersteht, nach der auf der subjektiven Seite der endgültige Entschluss und auf der objektiven Seite die Verwirklichung einer tatbestandsnahen Handlung erforderlich ist, wobei der Plan des Täters von besonderer Bedeutung ist. Im Einklang mit diesem theoretischen Ansatz werden Lösungen für die Abgrenzung der Vorbereitungshandlungen von Versuch in typischen Situationen angeboten, die in der Praxis meist

beim unbeeendeten Versuch des Einzeltäters aber auch bei besonderen Arten des Versuchs (beendeter Versuch, Versuch bei mittelbarer Täterschaft, bei Unterlassungsdelikten und bei Mittäterschaft) entstehen.

Schlüsselwörter: *Straftat, Vorbereitungshandlungen, Versuch.*

Sommario

DISTINZIONE TRA LE ATTIVITÀ PREPARATORIE ED IL TENTATIVO

Quando è in questione la distinzione tra le attività preparatorie ed il tentativo, in Croazia ancora adesso prevale la teoria oggettivo - formale, secondo la quale il tentativo inizia, quando l'agente realizza parzialmente l'intento criminoso. L'autore indica le lacune di tale teoria, come pure, in base all'esame, tanto della prassi giurisprudenziale croata, quanto della rassegna comparata del diritto penale tedesco, francese, svizzero ed austriaco, giunge alla conclusione che la teoria individuale – oggettiva, la quale cerca la decisione definitiva nella parte soggettiva, mentre nella parte oggettiva l'attività vicina alla realizzazione del reato, dove ruolo fondamentale gioca il piano dell'agente, è più consona anche nel diritto penale croato. Conformemente a tale orientamento teorico, offre determinate soluzioni al fine di distinguere le attività preparatorie dal tentativo nelle tipiche situazioni che vengono in essere nella pratica soprattutto nei casi di tentativo incompiuto di un singolo agente, come pure in particolari tipi di tentativi (tentativo compiuto, tentativo di autore mediato, reati omissivi e concorso criminoso).

Parole chiave: *reato, atti preparatori, tentativo.*

RATIHABITIO MANDATO COMPARATUR

Dr. sc. Mirela Šarac, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.462(37)
Ur.: 8. travnja 2008.
Pr.: 5. studenog 2008.
Izvorni znanstveni članak

Kontroverzno načelo ratihabito mandato comparatur u romanističkoj se znanosti razmatra u svezi s ugovorom o nalogu (mandatum) u cilju ustanovljavanja pravnih učinaka ratificiranja posloводства bez naloga (negotiorum gestio). Bitni problemi koji se pri tomu javljaju su može li se naknadno odobrenje izjednačiti s mandatom te ima li izvršena ratihabito retroaktivan učinak. Načelo ratihabito mandato comparatur pojavljuje se u Digestama u slučajevima kada je dominus negotii ratificirao deiectionu koju je izvršio falsus procurator i u kontekstu plaćanja duga prokuratoru. Autentičnost načela i klasično podrijetlo su sporni. Budući da vrela, koja se odnose na spomenuto načelo, potječu od Sabina i iz Ulpijanovih i Paulovih komentara Sabinova djela, autorica zaključuje da je sporno načelo formulirano u Sabinovo vrijeme i da je u početku primjenjivano na pitanje plaćanja duga prokuratoru. U Justinijanovom je pravu načelo ratihabito mandato comparatur dobilo apsolutnu vrijednost, a retroaktivnost ratihabito je općenito priznata.

Ključne riječi: rimsko pravo, ratihabito mandato comparatur, negotiorum gestio, mandatum, ratihabito.

I. Načelo *ratihabito mandato comparatur*¹ izaziva puno kontroverzi u romanističkoj literaturi, posebice kada se ima u vidu njegovo precizno značenje

¹ Osnovni izvori i literatura o načelu *ratihabito mandato comparatur* u rimskom pravu: D.43.16.1.14; D.46.3.12.4; Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano* I, II, Roma 1889-91. (1975); Pampaloni, *L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza. Contributo alla determinazione dei rapporti tra il mandato e la gestione di affari*, BIDR 20 (1908), 210; Bortolucci, *Ratihabito mandato comparatur*, Modena 1916; prikaz: Stoll, ZSS 47 (1927), 538; Pringsheim, *Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver. 3,161*, Studi Besta 1 (1939), 323; isti, *Noch einmal Gai 3, 161 und Inst., 2,28,8*, ZSS 72 (1955), 54; Cosentini, *Ratihabito mandato comparatur*, Estratto dagli Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania I, (1946/47); Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato*, I, Catania 1947, 28; Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949; isti, *Noterelle gaiane*, Festschrift Wenger 2 (1944-45), 56; Wolff,

i opseg primjene. Romanistička znanost razmatra spomenuto načelo u svezi s ugovorom o nalogu (*mandatum*)² u cilju ustanovljavanja učinaka ratificiranja posloводства bez naloga (*negotiorum gestio*)³ kojem je nedostajala jedna od bitnih pretpostavki za obveznu valjanost.⁴ U romanističkoj literaturi, i starijoj, i novijoj, ne postoji jedinstveno gledište glede tumačenja tog načela. Predstavnicima starije romanističke znanosti (Bertolini, Albertario, Beseler, Arangio-Ruiz) smatraju da naknadno odobrenje ne može transformirati *negotiorum gestio* u *mandatum*. Takvo zasnivanje mandata je po njima, samo pravna fikcija koja je u rimskom pravu bila dopuštena samo kao klauzula procesnih formula. Načelo se spominje u svezi s prestacijom izvršenom prokuratoru, a ne mandataru, a instituti mandata i prokure imali su različita područja primjene u klasičnom pravu. Nije postojala mogućnost da klasični pravnik rabi termin *mandatum* kako bi označio akt imenovanja prokuratora. Vrela ne spominju slučajeve oslobađanja od obveze platežom duga mandataru, dok često analiziraju slučajeve koji takav učinak vežu za *solutio* izvršenu prokuratoru. Predstavnicima novije romanistike (Longo, Claus, Kacprzak) koji stoje na sličnom gledištu, također ističu da platež duga mandataru ne oslobađa dužnika, a jedini razlog zbog čega vraćanje duga prokuratoru ima oslobađajući učinak, leži u ovlasti koja proizilazi iz *praepositio* i koja je usmjerena na dužnike da zaključe poslove s prokuratorom, što ne postoji kod mandataru. Termin *mandatum* korišten je da bi se definiralo prokuratorovo pravo na gašenje obveza *dominusa negotii*. Osim toga, njihov najbitniji argument sastoji se u činjenici da se u vrelima ne spominje konstituiranje *actio mandati* između ratifikanta i gestora. Mogućnost njene primjene je *expressis verbis* isključena u Scevolinom tekstu D.3.5.8.

Suprotna mišljenja javila su se već u starijoj romanistici (Bortolucci, Girard, Perozzi, Donatuti, Cosentini): *ratihabitio* transformira posloводство *ex tunc* u

Zur Geschichte des Gaiustextes, Studi Arangio-Ruiz 4 (1953), 171; Flume, Die Bewertung der Institutionen des Gaius, ZSS 79 (1962), 1; Watson, Contract of Mandate in Roman Law, Oxford 1961; Calonge, *Ratihabitio mandato comparatur*, Temis 21 (Homenaje al Profesor Sánchez del Río y Peguero), Zaragoza 1967, 253; Longo, NDI X (1968), 108; Kacprzak, La "ratihabitio" nel diritto romano classico, Napoli 2002; De Filippi, *Ratihabitio*, Bari 2002.

² Postoje i suprotna mišljenja, vidi: Cosentini, nav. dj., 7. koji ističe da naknadno odobrenje ne mora značiti izjednačenje s mandatom. Termini *mandare* i *mandatum* ne moraju u vrelima uvijek označavati ugovor o nalogu nego se može raditi o nalogu koji je prihvaćen ili nije. Zato se može pretpostaviti da su klasični pravници pod izrazom *ratihabitio mandato comparatur* podrazumijevali da onaj koji je dao nalog drugome da izvrši posao i koji potvrdi izvršeni posao, preuzima odgovornost za taj posao.

³ Platež duga izvršen *negotiorum gestoru* ne oslobađa dužnika jer oslobađajući učinak takvog plaćanja ovisi o vjerovnikovom naknadnom odobrenju. U tom se smislu spominje načelo *ratihabitio mandato comparatur* jer platež duga mandataru oslobađa dužnika bez potrebe za bilo kakvim mandantovim očitovanjem, tj. mandant više ne može tužiti dužnika u cilju vraćanja tog duga.

⁴ *Negotiorum gestor* ima pravo na *actio negotiorum gestorum contraria* kojom može zahtijevati da mu *dominus negotii* naknadi troškove koje je pretrpio obavljajući njegove poslove, uz uvjet da je djelovao *utiliter*. Ako bi *dominus negotii* dokazao da poslovođina djelatnost nije poduzeta *utiliter*, mogao je biti oslobođen odgovornosti.

mandat, odnosno *ratihabitio* se izjednačava s ovlasti (*iussum*). Pri tomu se ipak upozorava da Ulpijan spominje izjednačenje naknadnog odobrenja s mandatom (= *iussum*) samo kao mišljenje nekih pravnika, koji su primjenjujući po analogiji načelo *ratihabitio mandato comparatur* formulirano s drugom namjenom od strane Sabina i Kasija, pribjegli tezi o ratifikaciji *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator*. U novijoj se romanistici (Calonge, Behrends, Zimmermann, De Filippi) ističu razlozi ekonomsko-socijalne funkcije samog posla: *ratihabitio* ima strukturu pravnog posla po sebi i povezana je s poslom koji je izvršio poslovođa iz posebnih razloga ekonomsko-socijalne naravi samog posla. Terminom *comparatur* ne namjerava se izraziti ideja identičnosti nego sličnosti. *Ratihabitio* nije shvaćana u smislu retroaktivnog osnaženja ranije ništavog pravnog odnosa, nego kao potvrda neizvjesne valjanosti. Pravilo je najkasnije u kasnom klasičnom pravu dobilo općenito priznanje, tako što je *ratihabitio* uzdignuta do surogata mandata, čime je znatno prošireno područje prokure.

I pored ovako bogate i raznolike literature o načelu *ratihabitio mandato comparatur*, još uvijek nisu riješena sva sporna pitanja. Posebice je teško odgovoriti na pitanje kakvu vrijednost ima vođenje poslova od strane drugoga. Mora li se prihvatiti kao istinita tvrdnja da su kreatori tog pravila htjeli izjednačiti naknadno odobrenje s mandatom, tj. ustanovljava li naknadno odobrenje učinjenoga temeljem instituta *negotiorum gestio* između stranaka mandatni odnos. Ima li izvršena *ratihabitio*⁵ retroaktivan učinak, tj.

⁵ *Ratihabitio* je neformalno očitovanje volje čiji je cilj na zastupanoga prebaciti pravne učinke posla izvršenog po zastupniku. Valjanost i učinak *ratihabitio* procjenjuju se *de casu ad casum* sukladno datim okolnostima, najčešće usporedbom s drugim neformalnim očitovanjima volje, kao što su *mandatum* i *iussum*. Ponekad se *ratihabitio* spominje i u svezi s nedopuštenim radnjama kada ratifikant preko *ratihabitio* preuzima interdiktnu odgovornost jer je stekao korist iz aktivnosti koju je odobrio. Termin *ratihabitio* pojavljuje se kod rimskih pravnika u prvoj polovici II. stoljeća, po prvi put vjerojatno kod Afrikana (D.46.8.24.1 [5 *quaest.*]) da bi ga slijedili Marcel (D.46.8.17 [21 *dig.*]), Scevola (D.3.5.8 [1 *quaest.*]), Marcian (D.20.1.16.1 [*ad form. hypot.*]), Paul (D.29.2.48 [1 *manual.*]), D.12.6.6.2 [3 *ad Sab.*]), D.3.5.2.3 [24 *ad ed.*] i Ulpijan (D.3.5.5.11-12 [10 *ad ed.*]), D.3.5.5.8 [10 *ad ed.*]), D.3.3.40.3 [9 *ad ed.*]), D.50.17.152 [69 *ad ed.*]). Ulpijan u D.46.8.12.1 (80 *ad ed.*) pokušava definirati *ratihabitio*: *Rem haberi ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore*. (Držati stvar odobrenom znači priznati i potvrditi ono što je učinio *falsus procurator*.). Postklasični termin *falsus procurator* korespondira s klasičnim pojmom neimenovani prokurator, tj. *negotiorum gestor*. Pitanje je na koga je upravljena sama *ratihabitio* i njeni učinci: na osobu koja je zaključila pravni posao s poslovođom ili na samog poslovođu. Premda vrela ne daju izričit odgovor (D.46.3.12.2; D.46.3.12.4; D.13.7.11.5; D.46.3.87; D.12.6.6pr.), analogijom s mandatom može se zaključiti da *ratihabitio*, slično kao i nalog, može biti usmjerena, i na "zastupnika", i na "zastupnikova" suogovaratelja. U oba slučaja učinak je podjednak: dužnik se oslobađa obveze prema ratifikantu. U slučaju da je usmjerena prema dužniku, *ratihabitio* dobija značajke bilateralnog posla sličnog paktu *de non petendo* gdje dužnik prema vjerovniku stječe prigovor zasnovan na pretpostavkama sličnim onima *exceptio pacti* koji potiče stranke da se ponašaju sukladno datim obećanjima. Ako je dug naplatio mandatar (ili imenovani prokurator), nije bilo potrebe za naknadnim odobrenjem jer je oslobađajući učinak za dužnika nastupao već aktom plaćanja. Međutim, ako je dug utjerao *negotiorum gestor*, *ratihabitio* je bila nužna, ali nije bilo ni od kakve važnosti na koga je usmjerena jer slijedom ratifikacije nije nastajao nikakav pravni odnos između vjerovnika i dužnika, nego se vjerovnikovo ponašanje procjenjivalo sukladno načelu

podrazumijeva li načelo *ratihabitio mandato comparatur* da se odobreni posao mora procjenjivati tako kao da je *negotiorum gestor* od početka djelovao temeljem mandata? Glede rješenja tog problema razilaze se mišljenja Sabinijanske i Prokulijanske škole (D.43.16.1.14), a u Justinijanovom je pravu retroaktivnost *ratihabitio* općenito prihvaćena (C.5.16.25) osim u slučajevima kada bi bila ugrožena prava trećih osoba koja su stečena u razdoblju između zaključenja posla i ratifikacije. Ratificirati ono što je učinio *negotiorum gestor*, imalo bi za posljedicu da *dominus negotii* ne bi više učinkovito mogao postaviti pitanje korisnosti kako bi se oslobodio odgovornosti prema poslovođi (D.3.5.5.13). Stoga ratifikacija ne bi mogla predstavljati osnovu za konstituiranje *actio mandati*. Tužba iz mandata mogla bi se dopustiti protiv ratifikanta temeljem ratifikacije samo ako se posao koji je izvršio *negotiorum gestor* ticao poslova *dominusa negotii* i ako je obavljen u njegovo ime (*qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*: D.50.17.60). Ako posao ne bi bio izvršen u ime *dominusa negotii*, a bio je vezan za njegove poslove (D.3.5.5.1) ili obrnuto, nije vezan za njegove poslove, ali je izvršen u njegovo ime (D.3.5.5.11), *ratihabitio* bi imala za posljedicu samo *actio negotiorum gestorum*. Ako se poslovođin posao nije odnosio na poslove gospodara posla niti je izvršen u njegovo ime, *ratihabitio* u takvom slučaju ne bi proizvela nikakve pravne učinke, *quia nihil operatur* (D.3.5.5.8). Posebice je *ratihabitio* bila nužna u slučaju ako je *negotiorum gestor* naplatio dug.⁶ *Dominus negotii* mogao je zahtijevati vraćanje onoga što je *gestor* naplatio preko *actio negotiorum gestorum directa*. Međutim, ne mora značiti da je vjerovniku takva situacija uvijek odgovarala jer mu je ponekad pogodnije naplatiti dug od dužnika, a ne od *gestora* kojeg nije birao i u kojeg možda nije imao povjerenja, premda je taj

dobre vjere. Opširnije o terminu *ratihabitio* vidi: Kaser, *Zur juristischen Termonologie der Römer*, Studi Biondi 1, 132; De Filippi, nav. dj., 25-33; Kacprzak, nav. dj., 1-7.

⁶ Takvu situaciju analizira Ulpijan pozivajući se na Pedijevo mišljenje u D.3.5.5.11 (10 *ad ed.*): *Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.* (Isto se tako kod Pedija u 7. knjizi pita, ako Ticija, kao tvog tobožnjeg dužnika, izvan suda opomenem i on mi plati, premda nije dužnik, a ti to poslije saznaš i odobriš, možeš li me tužiti s *actio negotiorum gestorum*. I on kaže da se može sumnjati jer se nikakav tvoj posao nije vodio budući da onaj nije bio tvoj dužnik. Ali, kaže, naknadno odobrenje čini posao tvojim. I kako se onome od kojeg je novac uzet, dopušta tužba na povrat protiv onoga koji je odobrio, tako se i njemu, nakon odobrenja, dopušta tužba protiv mene. Takvo naknadno odobrenje posao koji prvobitno nije bio tvoj, ali je vođen s obzirom na tebe, čini tvojim poslom.). U navedenom tekstu Pedije jasno kaže da se više ne može sumnjati u to da naknadno odobrenje čini posao koji je poduzeo *negotiorum gestor* poslom *dominusa negotii*. Slično i D.47.2.81.5 (*Pap. 12 quaest.*), D. 46.3.62 (*Paul. 8 Plaut.*). Opširnije o tekstu vidi: De Filippi, nav. dj., 110, 143, 158; Kacprzak, nav. dj., 69-72, 105, n. 12; Cenderelli, *Ricerche su Sesto Pedio*, SDHI 44 (1978), 406.

radio u njegovom interesu. Upravo je zbog toga nužna *ratihabitio* kako bi se uklonila prepreka koja je sprečavala da platež izvršen *gestoru*, ima oslobađajući učinak za dužnika. Ako bi dužnik dokazao da je vjerovnik odobrio poslovođinu aktivnost, time bi ujedno pokazao da vjerovnik više nema interesa od njega zahtijevati vraćanje duga. Takvo ponašanje bilo bi u suglasju s načelom dobre vjere. Treba uvijek imati u vidu da su rimski pravници problematiku naknadnog odobrenja rješavali kazuistički, ne dajući pri tomu opća rješenja i klasifikacije.

II. Spomenuto načelo pojavljuje se u Digestama u slučajevima kada je *dominus negotii* ratificirao *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator* (*ratificatio in delictis vim habet mandati; in maleficio ratihabitio mandato comparatur*⁷: D.43.16.1.12; D.43.16.1.14) i u tekstovima koji se odnose na platež duga prokuratoru. Tekstovi potječu izravno od Sabina ili iz Ulpijanovih i Paulovih komentara Sabinovih djela na temelju čega se može pretpostaviti da je pravilo formulirano u Sabinovo vrijeme i da se u početku odnosilo na problematiku plaćanja prokuratoru. Budući da se u romanističkoj znanosti njegova autentičnost često dovodi u pitanje jer izaziva brojne nedoumice, razvilo se više različitih teorija kojima se pokušalo protumačiti navedeno pravilo i odrediti njegovo podrijetlo. Mišljenja su podijeljena između onih koji smatraju da naknadno odobrenje ne može transformirati *negotiorum gestio* u *mandatum*⁸ i onih prema čijem mišljenju načelo *ratihabitio mandato comparatur* ima takav učinak da retroaktivno transformira poslovođstvo u mandat sa svim odgovarajućim posljedicama,⁹ odnosno da naknadno odobrenje ima učinak mandata.¹⁰ S obzirom na pitanje podrijetla spomenutog načela postoji više različitih teorija, koje se mogu podijeliti u dvije temeljne skupine: one koje smatraju da pravilo potječe iz klasičnog razdoblja i one po kojima je nastalo tek u postklasičnom razdoblju. Prva skupina teorija objašnjava pravilo *ratihabitio mandato comparatur* na temelju kriterija klasiciteta. U okviru te skupine razvilo se više različitih mišljenja: Girard¹¹ smatra da se ratifikacijom poslovođstvo *ex tunc* transformira u mandat; Perozzi¹² je mišljenja da *ratihabitio* stječe valjanost temeljem mandata, dok Cosentini¹³ izjednačuje ratifikaciju s ovlasti, odnosno nalogom (*iussus*); Calonge smatra da je pravilo imalo u početku ograničenu vrijednost da bi u Justinijanovom pravu dobilo obilježja općeg načela.¹⁴ Druga

⁷ Kacprzak, In *maleficio ratihabitio mandato comparatur*, u *Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz I* (2000), 364. drži načelo *in maleficio ratihabitio mandato comparatur* nesretnim produktom nastojanja da se primjena načela *ratihabitio mandato comparatur* proširi na izvanugovorno područje s ciljem opravdanja partikularnog i ograničenog rješenja.

⁸ Bertolini, nav. dj., 39.

⁹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1924, 659.

¹⁰ Perozzi, *Istituzioni di diritto romano II*, Roma 1928, 317.

¹¹ Girard, nav. dj., 659.

¹² Parozzi, nav. dj., 317.

¹³ Cosentini, nav. dj., 5.

¹⁴ Calonge, nav. dj., 259.

skupina teorija smatra pravilo postklasično-justinijanskim iznoseći dvije glavne rezerve s obzirom na klasični karakter pravila. Načelo se uvijek pojavljuje u svezi s pitanjem solucije izvršene prokuratoru umjesto mandataru. Beseler¹⁵ drži termin *ratihabitio* neklasičnim jer se ne pojavljuje u nepravničkoj literaturi, a u Digestama se rabi samo u Ulpijanovim tekstovima. Zbog toga bi termin *ratihabitio* u svim tekstovima, u kojima se pojavljuje, trebalo zamijeniti izrazom *ratum habere*. Albertario¹⁶ smatra da su *mandatum* i *procuratio* u klasičnom razdoblju imali različite oblasti primjene zbog čega se klasični pravници nisu koristili terminom *mandatum* da bi opisali akt imenovanja prokuratora. Osim toga, nigdje se u vrelima (izuzev u tekstu D.50.17.60 koji se smatra interpoliranim) ne govori o konstituiranju *actio mandati* između ratifikanta i poslovođe, iz čega Claus¹⁷ izvodi zaključak da platež duga izvršen mandataru, ne oslobađa dužnika, za razliku od prokuratora čija ovlast proizilazi iz *praepositio* i koja je usmjerena prema dužnicima na zaključenje poslova s prokuratorom. Pozivajući se na Scevolin tekst D.3.5.8 u kojem se *expressis verbis* isključuje mogućnost primjene *actio mandati* u slučaju ratifikacije, Kacprzak¹⁸ ističe da čak i u slučaju kada *ratihabitio* eliminira nedostatke *negotiorum gestio* koji se sastoje u činjenici da poslovođino djelo objektivno nije bilo u interesu *dominusa negotii*, tužba koja se primjenjuje po ratifikaciji nije *actio mandati*, nego *actio negotiorum gestorum*. Bortolucci¹⁹ također osporava autentičnost pravila i (slično Girardu) smatra da ratifikacija pretvara vođenje poslova u mandat. Prema Sanfilippu,²⁰ ratifikacija treba samo promijeniti osnovu na kojoj je realiziran pravni posao. Dakle, nakon ratifikacije sve ono što je *negotiorum gestor* uradio u svojstvu poslovođe, treba smatrati kao da je izvršeno od strane mandataru. *Negotiorum gestio* je *ex tunc* transformirana u *mandatum*. Cosentini²¹ smatra takvu konstrukciju apsurdnom ističući da je dovoljno samo spomenuti da je ratifikacija unilateralni posao, dok je *mandatum* bilateralni pravni posao za čiju se valjanost zahtijeva suglasnost volja stranaka. Osim toga, u trenutku kada je započeo s izvršavanjem tuđeg posla, poslovođa nije mogao imati volju ponašati se prema nalogu jer je odobrenje uslijedilo nakon akta upravljanja. Isto tako, u trenutku ratifikacije poslovođa ne očituje nikakvu volju, pa tako ni onu da prihvaća nalog. Zato mu se ne može pripisati ni naknadno pridošla volja, koja bi učinke ratifikacije učinila *ex tunc* valjanim i što bi moglo navesti na zaključak da se radilo o izvršenju ugovora o nalogu. Poslovođino upravljanje moglo bi se okvalificirati kao prešutno očitovanje volje koje se ni na koji način ne može protumačiti kao očitovanje o prihvaćanju naloga. Albertario²² i Serrao²³

¹⁵ Beseler, *Confestim – continuo*, ZSS 51 (1931), 188-202.

¹⁶ Albertario, *Procurator unius rei*, u *Studi di diritto romano III*, Milano 1936, 507, n. 1.

¹⁷ Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973, 315.

¹⁸ Kacprzak, *La "ratihabitio" nel diritto romano classico*, 50.

¹⁹ Bortolucci, *nav. dj.*, 3-12.

²⁰ Sanfilippo, *nav. dj.*, 28.

²¹ Cosentini, *nav. dj.*, 6, n. 4.

²² Albertario, *nav. dj.*, 509; isti, *Ancora "verus" e "falsus" procurator*, SDHI 2 (1936), 169.

²³ Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, 101.

smatraju da je *ratihabitio* u razdoblju klasičnog prava stjecala pravni učinak utemeljen na *praepositio*, a u Justinijanovom pravu na mandatu. Arangio-Ruiz²⁴ zastupa mišljenje da se ratificirani pravni akt smatra izvršenim po prokuratoru, sa svim praktičnim posljedicama koje iz njega proizilaze u odnosima s trećima i javnom vlašću. Nije moguće, smatra on, da je procesna formula koja počinje riječima *Quod A.s. A.s. N.o. N.o. mandavit* sadržavala i pretpostavku o ratificiranju *negotiorum gestio*. Takvo zasnivanje mandata smatra pravnom fikcijom, a pravne fikcije su, prema njemu, u rimskom pravu bile dopuštene samo kao klauzule procesnih formula kojima je pretor nalagao sucu da na određeno činjenično stanje primijeni norme koje u tom slučaju inače ne bi bile primijenjene. Slično mišljenje podržava Kacprzak,²⁵ koja pozivajući se na seriju Ulpijanovih tekstova, u kojima se taj pravnik poziva na Pedijevo mišljenje, ističe da naknadno odobrenje učinjenoga temeljem posloводства bez naloga ne može predstavljati temelj za *actio mandati*. Zimmermann²⁶ ističe da *ratihabitio* u klasičnom pravu nije imala veće značenje. Za dopuštenje *actio negotiorum gestorum contraria* nije bilo bitno naknadno principalovo odobrenje, nego je li *gestio* izvršena "*utiliter*". U postklasičnom i Justinijanovom pravu *dominus negotii* mogao je ratifikacijom transformirati ono što je izvršeno po osnovi *negotiorum gestio* u *mandatum*. *Ratihabitio* je predstavljala osnovu za fiktivnu suglasnost.

III. O načelu *ratihabitio mandato comparatur* govori Vječiti edikt gradskog pretora i Gaj u Institucijama.

E.P.1.8.32: *De defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisdando. Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitrato defendat: et ei quocum aget quo nomine aget id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitrato satisdet.*²⁷

G.4.84: *Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum.*²⁸

Iz Gajevog je teksta očito da rimski pravници nisu imali jedinstveno gledište oko rješenja pitanja može li se naknadnim odobrenjem zasnovati odnos sličan mandatu. Gaj naglašava da neki pravници drže prokuratorom, osobu kojoj nikakav mandat nije podijeljen ako se naknadno pobrinula da zastupani odobri

²⁴ Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 198-200; sl. Longo, nav. dj., 108.

²⁵ Kacprzak, nav. dj., 105, n.12.

²⁶ Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, 434, n. 8.

²⁷ E.P.1.8.32: O zastupanju onoga u čije ime netko vodi postupak i o davanju kaucije (osiguranja). Tko zatraži da mu se u nečije ime dopusti tužba, taj ga treba zastupati onako kako bi to učinio savjestan čovjek; onome s kojim se vodi spor treba dati kauciju (osiguranje) onako kako bi to odredio pošten čovjek, (kao garanciju) da će osoba čiji je taj posao (spor, parnica) to kasnije odobriti.

²⁸ G.4.84: Neki drže prokuratorom čak i onoga kojem nikakav mandat nije podijeljen ako je poduzeo posao *bona fide* i pobrine se da zastupani stvar naknadno odobri.

posao koji je za njega poduzela *bona fide*.²⁹ Među oponente tog mišljenja sigurno je ubrajao Cervidija Scevolu koji u D.3.5.8³⁰ odlučno negira mogućnost izjednačavanja između *ratihabitio* i *mandatum*.

Osnovni izvori koji govore o pravilu *ratihabitio mandato comparatur* su Ulpijanovi tekstovi D.46.3.12.4 i D.43.16.1.14.

D.46.3.12.4 (30 *ad Sab.*): *Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur*.³¹

U navedenom paragrafu (koji je dio fragmenta D.46.3.12pr.-4 u kojem se analizira učinak *solutio* izvršene osobi različitoj od vjerovnika) Ulpijan govori o slučaju kada je *procurator non verus (falsus)* primio platež i postavlja pitanje, oslobađa li se dužnik takvim platežom ako ga je vjerovnik naknadno prihvatio ratifikacijom. Nastavljajući argumentaciju započetu u tekstu D.46.3.12pr. u kojem tvrdi da platež izvršen *verus procuratoru*³² oslobađa dužnika, pravnik potvrdno odgovara na postavljeno pitanje pozivajući se na načelo *ratihabitio mandato comparatur*. Pri tomu, pod pojmom *falsus procurator* podrazumijeva prokuratora bez mandata *qui ultra se negotiis alienis offert*. Tekst se smatra djelomično interpoliranim.³³ Posebice se razilaze mišljenja romanista glede zadnje rečenice. Bortolucci³⁴ je smatra justinijanskom interpolacijom jer zvuči kao *regula generalis* kojoj prethodi specijalna pretpostavka o prihvatu plaćenoga, iz koje proizilazi

²⁹ De Filippi, nav. dj., 182-183. izvodi zaključak da se pravilo, koje nije bilo jednoglasno prihvaćeno, može pripisati Sabinu i Kasiju; da mu je Ulpijan ograničio područje primjene na obveze nastale iz ugovora zasnovanih na načelu solidarnosti između poslovođe i *dominusa* – ratifikanta. U tom okviru sama činjenica da se *ratihabitio* izjednačava s mandatom sugerira da u razmatranjima rimskih pravnika, pa i onih koji nisu prihvaćali izjednačavanje, ratifikacija ima strukturu pravnog posla po sebi i da je kao i mandat povezana s poslom koji je obavio poslovođa iz posebnih razloga ekonomsko-socijalne funkcije samog posla. Ako se ne bi tako shvatilo, samo izjednačavanje ne bi bilo moguće već zbog činjenične različitosti strukturnih elemenata dvaju poslova. S te točke gledišta uporaba termina *comparatur* izgleda mudro ukoliko se ne namjerava izraziti ideja identičnosti nego sličnosti.

³⁰ Vidi napomenu br. 94 u ovom tekstu.

³¹ D.46.3.12.4: Ali, ako bih platio osobi koja nije pravi prokurator, bio bih oslobođen ako bi gospodar držao valjanim ono što je plaćeno: naime, držanje valjanim uspoređuje se s mandatom.

³² Termin *verus* i *falsus procurator* potječu iz postklasičnog prava i označavaju dva tipa prokure koji su postojali u klasičnom pravu. *Verus procurator* je osoba kojoj je *dominus negotii* povjerio upravljanje poslovima, dok *falsus procurator* spontano obavlja tuđe poslove. V. Kaser, *Das römische Privatrecht II*, München 1975, 100-101; Donatuti, *Studi sul procurator II. Verus et falsus procurator*, *Annali Perugia* 33 (1921), 671-701; Solazzi, *Procuratori senza mandato*, *Scritti di Diritto Romano II*, Napoli 1957, 569; isti, *La definizione del procurator*, *Scritti II*, 565; Kacprzak, nav. dj., 52. Ipak, premda je terminologija postklasičnog podrijetla, iz klasičnog prava potječe razlikovanje tih tipova prokure s obzirom na činjenicu da je platež izvršen *verus procuratoru* oslobađao dužnika, dok je u slučaju *falsus procurator* bila potrebna *ratihabitio*. Vidi: D.46.3.34.4 (*Iul. 54 dig.*).

³³ Opširnije vidi: *Index Interpolationum III*, Weimar 1935, 441; Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I*, Napoli 1935, 56; Albertario, *Ancora "verus" e "falsus" procurator*, 169; Watson, nav. dj., 54.

³⁴ Bortolucci, nav. dj., 8.

nepotrebno očitovanje da se *ratihabitio* izjednačuje s mandatom. Platež izvršen poslovođi, koji nije mandatar, (ili prokuratoru koji nije *praepositus*), bit će valjan ako vjerovnik naknadno na njega pristane. To je općepoznata stvar zbog čega na kraju teksta nije bilo nužno potvrđivati da je *ratihabitio* izjednačena s institutom *mandatum* (ili *praepositio*). Ta je afirmacija suvišna jer nije potreban specijalni mandat za prihvata plateža jer je platež uvijek oslobađajući. Navedeno pravilo ima kod Ulpijana ograničeni smisao, a to je da platež koji je primio *falsus procurator*, ako bude naknadno potvrđen, ima isti učinak kao da ga je primio *procurator verus*. Njegovo bi područje uvijek ostalo ograničeno na *procuratio*. Slično mišljenje zastupa i Sanfilippo. Za Sanfilippa³⁵ je pravilo neprimjereno i u jakom nesuglasju s obzirom na sadržaj teksta i predstavlja umjetnu justinijansku konstrukciju. Motiv oslobađajućeg učinka plaćanja mora se pokazati u odnosu vjerovnik – dužnik, a ne u odnosu vjerovnik – *falsus procurator* koji nije bio u pitanju. Ako će se vjerovnik zadovoljiti platežom izvršenim neovlaštenoj osobi i prihvatiti ga, a njegovo očitovanje ga potvrđuje ili ako želi oprostiti dug, onda će se obveza očito ugasiti.³⁶

Treba primijetiti da povjeravanje imovine na upravljanje prokuratoru ima posebne značajke koje ga razlikuju od običnog mandata. Razlika između mandata i imenovanja prokuratora očituje se u javnom karakteru imenovanja što je omogućavalo da se *dominus negotii* izravno obveže iz posla izvršenog po prokuratoru. Zbog toga je prokurator mogao valjano i ugasiti obveze gospodara posla, što je u slučaju mandataru sporno.³⁷ Budući da upravljanje imovinom od strane prokuratora nije uvijek bilo vezano za *negotiatio*, u takvim slučajevima nije predstavljalo osnovu za tužbu prokuratorovom suogovaratelju. Izgleda da uporaba termina *mandatum* i *procuratio* za definiranje prokuratorovog djela ovisi o tomu koji se aspekt *procuratio* želi istaknuti: unutarnji odnos *procurator* – *dominus negotii* ili mogućnost proširenja tog odnosa prema trećima. Znači da se institutom *procuratio* stavljao naglasak na zastupanje drugoga prema van (u granicama u kojima je to dopuštalo rimsko pravo), dok se *mandatum* više promatrao u svjetlu obveze koju je zastupnik preuzimao prema svom principalu. Kako je prokuratorova ovlast na gašenje obveza *dominusa negotii* premašivala granice unutarnjeg odnosa između prokuratora i *dominusa negotii*, obuhvaćajući i odnose prema trećima, moglo bi se zastupati mišljenje da je u tom kontekstu prikladniji termin *praepositio* nego *mandatum*.³⁸ Albertario smatra tekst

³⁵ Sanfilippo, nav. dj., 28-31.

³⁶ Zimmermann, nav. dj., 434, n. 8. smatra očitim da je *dominus negotii* posredstvom *ratihabitio* mogao transformirati *negotiorum gestio* u *mandatum*.

³⁷ Claus, nav. dj., 315. smatra da je to pravo imao samo prokurator. Drukčijeg je mišljenja Kaser, Zum Wesen der römischen Stellvertretung, *Ausgewählte Schriften* II, Napoli 1976, 245-271. koji to pravo potvrđuje i mandataru.

³⁸ Kacprzak, nav. dj., 56. upozorava da Ulpijan nije jedini koji se koristio terminom *mandatum* da bi definirao prokuratorovo pravo na gašenje obveza *dominusa negotii*. Sličan izraz (*de hoc nomine exigendo mandasse videtur*) upotrebljava Paul u tekstu D.12.6.6.2 (3 *ad Sab.*): *Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si*

djelomično izmijenjenim³⁹ tvrdeći da prema Justinijanovim kompilatorima *procurator praepositus* djeluje kao mandatar, a *procurator qui ultro se offert* kao *negotiorum gestor* (*falsus procurator*). Zastupajući ekstremno stajalište prema kojem se termin *mandatum* u klasičnom pravu rabio samo da bi označio pojedinačne naloge, ali ne i za definiranje akta kojim je prokuratoru povjeravano upravljanje imovinom, Albertario drži da je generalni mandat postklasičnog podrijetla, zbog čega u svim tekstovima konstrukciju *negotiorum administratio mandare* treba zamijeniti s *praepositio, praepone*. Po klasičnom pravu prokurator i mandatar su različiti instituti, tj. prokurator nije imao ništa s mandatarom,⁴⁰ a suprotstavljanje *verus – falsus procurator* je justinijanskog podrijetla⁴¹ zbog čega smatra da Ulpijan razmatra slučaj plaćanja neovlaštenom prokuratoru (*qui se ultro negotiis alienis offert*) i predlaže zamjenu: *ratihabitio < praepositioni > comparatur*. S gledišta učinaka ratifikacije može se zaključiti da platež koji je primio *procurator praepositus* ima oslobađajući učinak za dužnika. Međutim, platež izvršen prokuratoru *qui se ultro offert* imat će oslobađajući

indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum. (Celzo kaže da se onoga koji plati dug prokuratoru odmah oslobađa i odobrenje se ne razmatra. Ako bi, pak upravitelj primio ono što se nije dugovalo, odobrenje je potrebno jer se pretpostavlja da za primitak takve tražbine nije podijeljen nikakav nalog. I otuda, ako nije dato odobrenje, zahtjev za vraćanjem upravlja se protiv prokuratora.). Celzo smatra da platež duga prokuratoru oslobađa dužnika i da nema potrebe za ratifikacijom od strane vjerovnika. Međutim, ako je došlo do plateža nedugovanoga, onda se tužba za vraćanje plaćenoga podiže protiv prokuratora, izuzev ako je *dominus negotii* ratificirao *solutio*. Očito je da se učinci plaćanja duga prokuratoru odnose izravno na *dominusa negotii*, dok učinci *solutio indebiti* pogađaju prokuratora. U obrazloženju Celzo kaže da se ne može pretpostaviti da je prokuratoru naloženo da primi nedugovano, dok ovlast za primitak dugovanoga proizilazi iz samog imenovanja prokuratora. Tekst ne precizira je li to *procurator praepositus* što proizilazi iz spominjanja mandata, a u slučaju *procurator qui ultro se negotiis offert* ne bi se moglo govoriti ni o kakvom mandatu. Za razliku od Ulpijana, Celzo ne govori o mandatu kao osnovi za prokuratorovu djelatnost, ali naglašava da imenovanje prokuratora uključuje ovlast za primitak činidbi dužnika *dominusa negotii*. Upravo ta ovlast, koja proizilazi iz povjeravanja imovine na upravljanje prokuratoru, opravdava oslobađajući učinak izvršene *solutio* i čini osnovu za analogiju s *ratihabitio*.

³⁹ Albertario, nav. dj., 169, n. 7. predlaže sljedeću rekonstrukciju teksta: *Sed et si [non vero] procuratori <qui se ultro negotiis alienis offert> solvam ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio [mandato] <praepositioni> comparatur.*

⁴⁰ Albertario, *Procurator unius rei*, 507-517. ističe da prokurator u klasičnom pravu nije zasnivao svoje funkcije na mandatu, nego ih je vršio, ili zato što je spontano preuzeo obavljanje poslova za *dominusa* (*procurator qui ultro negotiis alienis se offert*), ili zato što mu je *dominus* dao ovlast jednostranim postavljanjem koje nije mandat u tehničkom smislu (*procurator negotiis gerendis praepositus*). Tek je u postklasičnom pravu prokurator postao mandatar zbog čega je nazvan *procurator omnium bonorum* ili specijalni mandatar ili *procurator unius rei*.

⁴¹ Albertario, isto, 517. objašnjava termine *verus procurator* i *falsus procurator* naglim slabljenjem instituta prokure u postklasičnom razdoblju; postklasični su pravnici razlikovali prokuratora opskrbljenog mandatom (*verus procurator*) od onoga koji nije imao mandat (*falsus procurator*). Zato su postklasični pravници prebacili *actio mandati* na područje prokure kako bi regulirali odnos *dominus – procurator* koji je u klasičnom pravu bio reguliran samo preko *actio negotiorum gestorum*. Sl. Donatuti, nav. dj., 673.

učinak za dužnika samo ako ga odobri vjerovnik. Smisao teksta, odnosno načela *ratihabitio mandato comparatur* je da ratifikacija plateža izvršenog prokuratoru *qui ultro se offert* (*procurator non praepositus*) ima isti učinak kao i platež *procuratoru praepositusu*, tj. *ratihabitio* bi imala učinak jedne *praepositio*.⁴² Cosentini⁴³ je drukčijeg mišljenja, ističući da bi Bortoluccijska i Sanfilippova opažanja bila dragocjena ako bi se smatralo nespornim da pravilo ustanovljava sravnjivanje, približavanje ili analogiju, kako tvrdi Bertolini,⁴⁴ između ratifikacije i ugovora o nalogu, odnosno *ratihabitio*⁴⁵ – *praepositio*. Pretpostavke na kojima ti autori zasnivaju svoju interpretaciju teksta su pogrešne budući da termin mandat u navedenom Ulpijanovom tekstu nije upotrijebljen kao tehnički termin za ugovor o nalogu (*mandatum*), nego označava naredbu ili ovlast datu dužniku od strane vjerovnika. Pravilo *ratihabitio mandato comparatur* je klasično i ne odnosi se, kako se u doktrini pogrešno smatra, na odnos između vjerovnika i *falsus procurator*,⁴⁶ nego na odnose između vjerovnika i dužnika i upravo se o njima govori u Ulpijanovom tekstu. Prema Arangio-Ruizu⁴⁷ navedeni paragraf sadrži očite stilske nezgrapnosti u odnosu na prethodne paragrafe. Smatra da je termin *non verus procurator* justinijanski izričaj koji je trebao biti definiran na drukčiji način. Premda uglavnom prihvaća Albertarijevu tezu, bliži je Solazzijevoj rekonstrukciji.⁴⁸ Za razliku od Bortoluccijske i Sanfilippa smatra da zadnji dio paragrafa nije u suprotnosti s onim što je rečeno u prvom dijelu teksta. To svakako ne znači da je pravilo *ratihabitio mandato comparatur* klasičnog podrijetla. Skloniji je mišljenju da je ono rezultat iskvarivosti i da predstavlja sredstvo kojim je ostvarivana retroaktivnost⁴⁹ poslovođinog dijela, kao da je izvršeno po prokuratoru. Calonge⁵⁰ je mišljenja da osim dvojbe koju izazivaju termini *verus* i *non verus procurator*, tekst nije u većoj mjeri iskvaren. Pri tomu

⁴² Albertario, Ancora “verus” e “falsus” procurator, 170; sl. Serrao, Il Procurator, nav. dj., 33, 82, 131.

⁴³ Cosentini, nav. dj., 245.

⁴⁴ Bertolini, nav. dj., 41.

⁴⁵ O učestalosti termina *ratihabitio* vidi: Vocabularium Iurisprudentiae Romanae V, Berlin 1939, 3-4; Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena 1914, 490-491.

⁴⁶ Cosentini, nav. dj., 248. smatra tekst uglavnom izvornim naglašavajući da su Justinijanovi kompilatori htjeli interpolirati tekst, onda bi napisali “*falso procuratori*” umjesto “*non vero procuratori*”.

⁴⁷ Arangio-Ruiz, nav. dj., 202; sl. Calonge, nav. dj., 255, n. 14.

⁴⁸ Solazzi, nav. dj., 57, n. 4. bi zamijenio [*non vero procuratori*] s <*offerenti se negotiis alienis*>.

⁴⁹ Arangio-Ruiz, nav. dj., 201. smatra da je jedina dopuštena retroaktivnost *ratihabitio* izvedena iz D.5.1.56 (*Ulp. 30 ad Sab.*): *Licet verum procuratorem in in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.* (Premda je potpuno ispravno da samo pravi prokurator može valjano započeti parnicu, ipak vrijedi i onda, retroaktivno, kao valjano započeta, ako onaj koji nije prokurator, započne parnicu i gospodar to kasnije odobri.) Calonge, nav. dj., 255, n. 19. smatra da “*retro*” u navedenom tekstu nije izvorno, posebice kada se usporedi s C.4.28.7pr. Opširnije v. Beseler, Romanistische Studien. Prozessprocurator, ZSS 46 (1926), 140.

⁵⁰ Calonge, nav. dj., 256.

upozorava i na dvojbe koje može izazvati termin *comparare*.⁵¹ Smatra da *comparare* u navedenom tekstu treba tumačiti kao *conferre*, više u smislu približavanja, a ne izjednačavanja.

S obzirom na *solutio* Ulpijan u fragmentu D.46.3.12 daje niz pretpostavki vezanih za oslobađanje u slučaju plateža izvršenog osobi različitoj od vjerovnika. U D.46.3.12pr.⁵² kaže da je ispravno plaćeno u slučaju kada je platež primio mandatar ili vjerovnikov *procurator omnium bonorum*.⁵³ Cosentini⁵⁴ naglašava da će se obveza ugasiti samo ako je *verus procurator* primio isplatu. Albertario bi iz tog paragrafa izostavio *vero* jer mu se čini da između *verus procurator* iz tog paragrafa i *non verus procurator* iz § 4 stoji suprotnost *verus – falsus procurator* koju on smatra justinijanskom. Suprotnog je mišljenja Cosentini koji smatra da u Ulpijanovom tekstu nije riječ o suprotnosti između prokuratora s mandatom (*verus procurator*) i prokuratora bez mandata (*falsus procurator*), nego o suprotnosti između onoga koji jest prokurator (zato se naziva *verus procurator*) od onoga koji to nije – *procurator non est* (pa je u § 4 označen kao *non verus procurator*).

U paragrafu D.46.3.12.1 govori se o *adstipulatio*. Valjano je plaćeno i u slučaju kada platež primi *adiectus solutionis causa*.⁵⁵ Isto tako, dužnik se oslobađa obveze ako je, ne znajući za *revocatio*, platio opozvanom mandataru. To neće biti slučaj ako je znao za opoziv.⁵⁶ S obzirom na to da se radi o *adiectus solutionis causa* u svakom slučaju će trebati poštivati *verba stipulationis*.⁵⁷ U

⁵¹ Ulpijan se koristi glagolom *comparare* u formuliranju drugih konstrukcija: *acceptilatio solutioni comparatur* (D.34.3.7.1 [23 ad Sab.]); *lata culpa plane dolo comparabitur* (D.11.6.1.1 [24 ad ed.]); *mortis causa enim donationes comparantur legatis* (D.38.5.1.1 [44 ad ed.]; D.39.6.37pr. [15 ad leg. Jul. et Pap.]); *morti servitus comparetur* (D.24.1.32.6 [33 ad Sab.]; D.50.17.209 [4 ad leg. Jul. et Pap.]).

⁵² D.46.3.12pr.: *Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.* (Platež učinjen pravom prokuratoru oslobađa obveze. Kao pravoga prokuratora trebamo prihvatiti onoga koji je opskrbljen, ili specijalnim mandatom, ili mu je povjereno upravljanje svim poslovima.)

⁵³ Pozivajući se na tekstove D.3.3.58 (*Paul. 71 ad ed.*) i D.46.3.34.3 (*Iul. 54 dig.*) Frese, Defensio, Solutio, Expromissio des ungerufen Dritten, Studi Bonfante IV, 455; Solazzi, nav. dj., 56 i Cosentini, nav. dj., 11, n. 19 negiraju oslobađajući učinak plateža koji je dužnik izvršio vjerovnikovom prokuratoru i naglašavaju da se oslobađajući učinak može postići samo sukladno pretpostavkama o kojima govore spomenuti tekstovi: obveza na *dare* prestaje samo ako je platež primio *verus procurator*.

⁵⁴ Cosentini, nav. dj., 11.

⁵⁵ D.46.3.12.1: *Interdum tamen et non procuratori recte solvitur: ut puta cuius stipulationi nomen insertum est, si quis stipuletur sibi aut Titio.* (Ipak, događa se da se valjano plaćanje učini osobi koja nije prokurator, na primjer onome čije je ime umetnuto kada je netko stipulirao za sebe ili Ticija.)

⁵⁶ D.46.3.12.2: *Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor.* (Ali, ako je netko dao nalog da se plati Ticiju, pa poslije to zabranio, ako platim ne znajući za zabranu, bit ću oslobođen, ali ako sam znao, ne oslobađam se.)

⁵⁷ D.46.3.12.3: *Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio: hic enim etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor, quia certam condicionem habuit stipulatio,*

navedenim slučajevima, dužnik će biti oslobođen obveze jer je platio vjerovnikovom prokuratoru ili adstipulatoru, a postoji prešutna ili eksplicitna delegacija izvršena od strane vjerovnika na dužnika.⁵⁸ Ulpijan analizira i slučaj kada je dužnik vratio dug osobi koja nije bila ovlaštena primiti ga. Budući da ne postoji, ni prešutna, ni eksplicitna delegacija, kao u prethodnim paragrafima, takav povrat duga neće imati oslobađajući učinak. Pravnik sada u §4 uvodi novi element – vjerovnikovu ratifikaciju. Plaćanje je ipak valjano, premda je izvršeno osobi koja nije prokurator (*negotiorum gestor*) ako ga principal odobri: *rati enim habitio mandato comparatur*.⁵⁹ Pravnik opravdava takvo rješenje činjenicom da se u ratifikaciji plateža može razabrati nešto slično nalogu (*iussum, mandatum*) dužniku da plati trećemu koji nije ni prokurator ni delegatar. Pravilo koje Ulpijan navodi u zadnjem paragrafu nema apsolutnu vrijednost, tj. narav općeg pravila (*regula generalis*), nego je formulirano da bi se opravdao platež učinjen poslovođi. Kada je principal odobrio platež, onda takav platež ima učinak kao da je izvršen mandataru. U navedenom tekstu može se govoriti o učincima koje navedeno pravilo proizvodi u odnosu prema dužniku koji plaća. Iz teksta nije moguće razabrati koje učinke pravilo proizvodi između stranaka, tj. principala i poslovođe. Cosentini smatra da frazu *ratihabitio mandato comparatur* treba tumačiti u smislu da vjerovnikova ratifikacija plateža, koji je dužnik izvršio osobi, koja nije bila ovlaštena primiti ga, kao da u sebi sadrži nalog za plaćanjem. Zato se kaže *comparatur* kako bi se ustanovila analogija s obzirom na učinke.⁶⁰ Zato navedeno pravilo ne treba dovoditi u vezu s odnosom vjerovnik – *falsus procurator*, nego s odnosom vjerovnik – dužnik u tom slučaju. Sličnog je mišljenja Kacprzak koja smatra da će *ratihabitio* imati oslobađajući učinak za dužnika na način analogan mandatu upravljenom, i na osobu dužnika (kojim mu se nalaže izvršiti plaćanje trećoj osobi), i na onoga koji će primiti prestaciju.⁶¹

IV. Drugi slučaj u kojem se spominje načelo *ratihabitio mandato comparatur*, Ulpijan analizira u D.43.16.1.14.

D.43.16.1.14 (*Ulp. 69 ad ed.*): *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihibitionem mandato comparant, me videri deiecisse interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihibitionem mandato comparari.*⁶²

quam immutare non potuit stipulator. (Drukčije je ako me zatražiš da netko ugovori za sebe ili Ticiju; za slučaj ako mi on kasnije zabrani platiti Ticiju, bit ću oslobođen takvim platežom jer je stipulacija imala određeni uvjet po kojem se ne može mijenjati vjerovnika.)

⁵⁸ Usp. D.46.3.34.3 (*Iul. 54 dig.*). Opširnije vidi: von Lübtow, Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation, Berlin 1965, 47; Kacprzak, nav. dj., 59.

⁵⁹ D.46.3.12.4 (Vidi napomenu br. 31 u ovom tekstu).

⁶⁰ Cosentini, nav. dj., 12.

⁶¹ Kacprzak, nav. dj., 60.

⁶² D.43.16.1.14: Ali, ako odobrim izbacivanje od strane nekog drugog, kao i oni koji misle kao Sabin i Kasije, koji uspoređuju odobrenje s mandatom, smatrat će se da sam odgovoran za

U tekstu se govori o pasivnoj legitimaciji u interdikt *unde vi*. Nakon izvršene *ratihabitio* ratifikant je postao odgovoran temeljem interdikta *unde vi*. Radi se o ratificiranju *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator*. Specifičnost problema očituje se u okolnosti da je uslijedila *ratihabitio*. Ratifikant je odobrio prokuratorovo djelo premda se radilo o počinjenom deliktu.⁶³ Kao *deictor* bit će smatran, ne samo onaj koji je materijalno izvršio *deiectio*, nego i osoba koja je dala nalog ili naredbu na *deiecere* jer nije bilo bitno, je li protupravna radnja izvršena izravnom aktivnošću onoga koji je bio zainteresiran za *deiectio* ili posredstvom drugih. Ulpijan potvrđuje da je interdiktom sankcionirana odgovornost osobe koja je ratificirala *deiectio* koju je izvršio drugi subjekt. Usporedba *ratihabitio* s mandatom u ovom slučaju ima za cilj opravdati takvu odgovornost. Bortolucci,⁶⁴ Beseler⁶⁵ i Arangio-Ruiz⁶⁶ ističu da je ponavljanje pravila na malom razmaku znak interpoliranosti teksta⁶⁷ od strane Justinijanovih kompilatora. Bortolucci smatra da se u tekstu govori samo o interdikt koji je upravljen protiv *falsus procurator* te da u tekstu nije iznesena teza o gospodarevoj ratifikaciji. Fraza *ratihabitio mandato comparatur* je justinijanski izričaj: da su Sabin i Kasije proglasili načelo *ratihabitio mandato comparatur* općim, zašto bi se Ulpijan pozivao na mišljenja drugih koji su smatrali da je pasivno legitimiran samo onaj koji je odobrio takvo ponašanje, ne pozivajući se na odluku Sabina i Kasija. Osim toga, da je pravilo bilo proglašeno bez ograničenja, jedno bi ograničenje odmah bilo izvršeno s onim *rectius in maleficio – comparari*. Pasivna legitimacija, za onoga koji je odobrio, proizilazi iz same činjenice da je odobrio posao izvršen u njegovo ime. Takva se odluka mora izvesti iz mandata (doduše, pitanje je, bi li takav mandat bio valjan budući da je predmet nedopusšten; nalog na *deiecere* povlači mandantovu odgovornost ne po osnovi činjenice što se mandatar obvezao izvršiti određeni posao, nego po pristanku na sudioništvo u deliktu). Cosentini⁶⁸ se suprotstavlja iznesenom mišljenju ističući da su Sabin i Kasije govorili o načelu *ratihabitio mandato comparatur* imajući u vidu samo kaznenu materiju, posebice *deiectio* te da je dio teksta *rectius – fin* interpoliran. Suprotnog je mišljenja Calonge⁶⁹ koji smatra da opetovano ponavljanje pravila u Ulpijanovim tekstovima ni na koji način ne

izbacivanje i da me se obvezuje interdiktom. I zaista je tako: naime, pravilnije se kaže da se u *maleficio*u odobrenje uspoređuje s mandatom.

⁶³ Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 170, n. 27; De Filippi, nav. dj., 180; Galgano, *La rappresentanza, il falsus procurator, Diritto Civile e Commerciale*, v. 2, Padova 1990, 354.

⁶⁴ Bortolucci, nav. dj., 6. predlaže sljedeću rekonstrukciju: *Sed et si quod [alius] <ille> deiecit . . . [qui ratihabitionem mandato comparant] . . . [et hoc verum est . . . comparari]*.

⁶⁵ Beseler, nav. dj., 141, n. 1; isti, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV*, Tübingen 1920, 269. smatra interpoliranim: . . . *[qui ratihabitionem . . . comparant] . . . interdictoque [isto] teneri . . . [rectius . . . comparari]*.

⁶⁶ Arangio-Ruiz, nav. dj., 207.

⁶⁷ Usp. D.50.17.152.2 (*Ulp. 69 ad ed.*): *In maleficio ratihabitio mandato comparatur*.

⁶⁸ Cosentini, nav. dj., 14-15.

⁶⁹ Calonge, nav. dj., 257.

znači da su oba spominjanja justinijanska. Zapravo, logičnije je pretpostaviti da je samo jedno od njih djelo Justinijanovih kompilatora. Albertario⁷⁰ smatra interpoliranom samo zadnju rečenicu “*rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari*” te da su klasični pravници poznavali načelo *ratihabitio*<*praepositioni*>*comparatur* koje je zamijenjeno u postklasično-justinijanskoj epohi kada je *procurator praepositus* smatran mandatarom. Cosentini⁷¹ predlaže precizniju rekonstrukciju s tim što smatra da je u oba teksta termin *mandatum* uporabljen u netehničkom smislu kao ekvivalent za *iussum*. Calonge smatra tekst klasičnim do *rectius*. Zadnju rečenicu “*rectius . . . fin*” dodali su Justinijanovi kompilatori.⁷² Iz tog se razloga pravilo ponavlja na tako malom razmaku od mjesta na kojem ga je Ulpijan ispravno formulirao. Na isti se način mogu objasniti čudna uporaba *rectius* i držanje *deiectio* za *maleficium*, što su Justinijanovi kompilatori s pravom napustili.⁷³ Kacprzak⁷⁴ smatra da ratifikant ni na koji način nije sudjelovao u izvršenju delikta. Njegova se intervencija događa *post factum*. U takvom slučaju ne postoji nikakav trag uzročne veze između ratifikantove volje i delinkventova ponašanja. Usporedba mandata i *ratihabitio* na koju se poziva Ulpijan u navedenom tekstu, čini *petitio principii* i ne predstavlja nikakvu značajnu ulogu u pravnikovoj argumentaciji, tvoreći samo retoričku figuru.

V. Da bi se pravilno shvatio smisao navedenog teksta, odnosno načela *ratihabitio mandato comparatur* koje se spominje, treba analizirati i paragrafe koji mu prethode jer se odnose na sličnu problematiku. U tekstu D.43.16.1.12⁷⁵ kaže se da ne postoji velika razlika u tomu, je li izbacivanje izvršeno osobno ili preko drugoga jer se odgovornim smatra onaj koji je naložio ili naredio *deiectio*, odnosno po čijoj je volji izvršeno. Ako su suglasno gospodarevoj volji robovi izvršili *deiectio*, ta će radnja biti izravno pripisana *dominus*. Ako ju je izvršio prokurator opskrbljen mandatom, bit će odgovorni mandant i mandatar. Dakle,

⁷⁰ Albertario, nav. dj., 169. i Cosentini, nav. dj., 258. predlažu alteraciju [*alius*] <*ille*>; suprotno Calonge, nav. dj., 257, n. 28; Arangio-Ruiz, nav. dj., 207. i Nicosia, Studi sulla “*deiectio*” I, Milan, 1965, 106, n. 43. Kritiku rekonstrukcije Arangio-Ruiza daje Sanfilippo, IURA I (1950), 497-498.

⁷¹ Cosentini, nav. dj., 23: *Sed et si quod [alius] <ille> deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisisse interdicoque isto teneri. et hoc verum est []*.

⁷² Suglasno je mišljenje romanista da se radi o interpolaciji. Vidi: Calonge, nav. dj., 258. n. 34. Bortolucci, nav. dj., 6. smatra kao justinijanski dodatak i “*et hoc verum est*” premda izgleda očito da se radi o Ulpijanovim riječima kojima potvrđuje Sabinovo i Kasijevo mišljenje.

⁷³ Albertario, *Maleficium*, Studi in onore di Perozzi, Palermo 1925, 221.

⁷⁴ Kacprzak, nav. dj., 161-163.

⁷⁵ D.43.16.1.12 : *Deiecisisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisisse.* (Smatra se odgovornim za izbacivanje onaj koji je dao nalog ili naredbu da se nekoga izbaci. Mala je razlika između toga je li netko izbacio svojim rukama ili preko drugoga: tako, ako moji podčinjeni izbace po mojoj volji, ja sam odgovoran za izbacivanje.).

ako je *deiectio* izvršio mandatar, smatra se kao da je to učinio mandant. U interdikt u će pasivno biti legitimirani i mandant i mandatar.⁷⁶ Ako je *deiectio* izvršio *falsus procurator*, odgovornost će biti samo na njemu. Ali, ako *dominus* naknadno ratificira *deiectio*, bit će u cijelosti odgovoran za počinjeno, sukladno shvaćanju pravnika koji su slijedili Sabinovo i Kasijevo mišljenje⁷⁷ prema kojem se ratifikacija izjednačuje s mandatom. Ulpijan je suglasan s takvim rješenjem, ograničavajući opseg primjene pravila na obveze iz delikta.⁷⁸ U paragrafu D.43.16.1.13⁷⁹ Ulpijan se poziva na Sabinovo mišljenje analizirajući dvojaku situaciju: 1. *deiectio* je izvršio *verus procurator* – pasivnu legitimaciju u interdikt u *de vi* imat će *verus procurator* i njegov principal; 2. *deiectio* je izvršio *falsus procurator* pa će samo protiv njega biti upravljen interdikt.⁸⁰ Sabin je htio reći da je postojala solidarna odgovornost gospodara i prokuratora. Pretorov je edikt do tada predviđao samo gospodarevu odgovornost za *deiectio* koju je izvršio prokurator. Sabin je predložio novo rješenje o njihovoj solidarnoj odgovornosti s kojim se složio Ulpijan. Kako se može zaključiti iz § 13 samo je *falsus procurator* (u § 14 *alius*) obvezan temeljem interdikta *de vi* i ne može učiniti gospodara odgovornim za učinjenu *deiectio*. U stvari, *dominus* neće odgovarati po onom dijelu pretorova edikta koji se odnosio na prokuratora jer *falsus procurator* nije bio *procurator verus* (na kojeg se misli u ediktu). Bez

⁷⁶ Cosentini, nav. dj., 16. smatra da termini *mandavit vel iussit* nemaju isto značenje u tekstu. Drži interpoliranim “*vel iussit*” budući da “*mandavit*” u tekstu ne može aludirati na ugovor o nalogu u klasičnom razdoblju jer bi mandat na *deicere* bio ništav (D.17.1.22.6; D.17.1.22.11; D.4.4.24.4; I.3.26.7). *Mandare* je upotrijebljeno u netehničkom smislu za oznaku naloga ili zapovijedi (*incarico, ordine*) da se izvrši *deiectio*. Kompilatori su umetnuli *vel iussit* jer su smatrali da je u osnovi prokure specijalni mandat i kako bi se od tada *mandavit* odnosilo na ugovor o nalogu čime bi pripremili osnovu za odgovornost za *deiectio* koju je izvršio prokurator (§ 13); tako bi umetnuto *vel iussit* dobilo ono značenje koje je imalo *mandavit* u izvornom tekstu. Prema tomu, u tekstu se samo htjelo reći da za izvršenu *deiectio* nije odgovoran samo onaj koji ju je počinio, nego i onaj koji je naložio *mandatuma* (= *iussum*). Suprotnog je mišljenja Calonge, nav. dj., 37. koji ističe da *deiectio* za klasične pravnike nije bio *maleficium* zbog čega nema razloga da se ugovor o nalogu ne odnosi na *maleficium*.

⁷⁷ Opširnije o tome vidi: Kacprzak, In *maleficio ratihabitio mandato comparatur*, 355.

⁷⁸ Za obveze nastale iz ugovora nije bilo potrebno pribjegavati izjednačavanju jer je bilo dovoljno primijeniti načelo pasivne solidarnosti između poslovođe i *dominusa* – ratifikanta. Vidi: De Filippi, nav. dj., 181.

⁷⁹ D.43.16.1.13: *Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri eximi, sic tamen, si ad altero eorum litis aestimatio fuerit praestita (non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit): cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est.* (Ako je izbacivanje izvršio ovlaštenu prokurator, Sabin kaže da se tužba dopušta, ili protiv gospodara, ili protiv prokuratora i osudom jednoga, drugi se oslobađa, uz pretpostavku da je platio ustanovljenu štetu [ne ispričava ako je izbacivanje izvršeno po nalogu nekog drugoga, ništa više kao ni ubojstvo naloženo od strane drugoga]. Ali, ako se radilo o *falsus procuratoru*, interdikt je uperen samo protiv takvog prokuratora. Takvo je mišljenje Sabina ispravno.).

⁸⁰ Tekst D.43.16.1.13 smatra se uvelike interpoliranim; posebice spominjanje *verus* i *falsus procurator*, upotreba *agere* umjesto *interdicere* i rečenica “*non enim excusatus . . . occidit*” predstavljaju osnovu za sumnje o interpolacijama. Opširnije vidi: Nicosia, nav. dj., 114.

obzira na sumnje o mnogobrojnim interpolacijama u tekstu, ipak je očito da Ulpijan jasno govori o pasivnoj legitimaciji prokuratora i njegova principala u interdikt *de vi*,⁸¹ pri čemu naglašava da će *dominus* biti odgovoran za *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator* samo ako naknadno odobri učinjeno. Ulpijan u tekstu D.43.16.1.14 kaže da ako se *deiectio* ostvari preko osobe koja nije mandatar ili prokurator (preko nekog “*alius*”) što *dominus* odobri, onda će se interdikt odnositi na obojicu jer *ratihabitio mandato comparatur*. Tako se ustanovljava načelo da se odobrenje izjednačuje s mandatom shvaćenim u smislu *iussum deiciendi*. I budući da *qui mandavit deieciisse videtur*, *dominus* će temeljem naknadnog odobrenja biti odgovoran za *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator*.⁸² Na osnovu toga Cosentini ponavlja da se ni u § 14 izraz *mandatum* ne odnosi na ugovor o nalogu, nego na *iussum* u smislu naloga za izvršenjem *deiectio*. Stoga je načelo *ratihabitio mandato comparatur* shvaćeno u tom smislu, klasičnog podrijetla.⁸³ Pravilo se ovdje formulira, slično kao u tekstu D.46.3.12.4, u odnosu prema trećima: onaj koji odobri da drugi nasilno u njegovo ime izbací iz posjeda bit će pasivno legitimiran u interdikt *de vi*, kao i onaj koji je izbacivanje izvršio temeljem mandata.

Na temelju oba Ulpijanova teksta, u kojima se izričito govori o pravilu *ratihabitio mandato comparatur*, može se zaključiti da tekstovi potječu iz njegovih komentara o Sabinu. Ta činjenica svakako upućuje na zaključak da je spomenuto pravilo bilo poznato puno prije Justinijana te da se ne radi o interpolaciji. Također, ni korištena terminologija ne pokazuje da se radi o interpolaciji. Termini *ratihabitio*, kao i *comparare*, često se rabe u izvorima⁸⁴ i teško je povjerovati da

⁸¹ Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV, 269. smatra da prokuratora treba izbaciti iz teksta i da je Ulpijan rekao: *quotiens alterius iussu alter deiecerit, adversus utrumlibet eorum hoc interdictum reddendum esse Sabinus ait . . .* Prokuratoru o kojem se govori u § 13 bilo je naloženo specijalnim i preciznim aktom izbaciti drugoga iz posjeda; međutim, prokurator je za Rimljane čovjek od povjerenja i takvim se imenom ne naziva osoba koja je počinila deliktenu radnju. Cosentini, nav. dj., 21. kaže da je osoba prokuratora za kompilatore pojmljiva samo u vezi s ugovorom o nalogu. Odnos *procurator – dominus negotii* u klasičnom je pravu postojao na osnovi prokure, neovisno o mandatu, što je navelo pretora da u ediktu razmatra prokuratora uz *familia*, a sada je postojao samo ako je bio podijeljen generalni ili specijalni mandat. Ako njega nema, ne postoji ni prokura pa ni gospodareva odgovornost osim ako je *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator*, tj. osoba koja nije opskrbljena mandatom, ne bi bila naknadno odobrena. Zbog toga kompilatori uvijek vezuju gospodarevu odgovornost za njegovu volju konkretiziranu u generalnom mandatu, mandatu na *deicere* ili u ratifikaciji. Stoga se može zaključiti da je u klasičnom pravu *dominus* odgovoran za *deiectio* koju je izvršio prokurator, neovisno o svom *iussumu*, jer je tako propisivao pretorov edikt.

⁸² Cosentini, nav. dj., 23.

⁸³ Cosentini, nav. dj., 24. smatra da Ulpijan spominje izjednačenje naknadnog odobrenja s mandatom (= *iussum*) samo kao mišljenje nekih pravnika (*sunt qui putent – vjerojatno Julijana*, v. D.43.16.3.10) koji su primjenjujući po analogiji načelo *ratihabitio mandato comparatur* formulirano s drugom namjenom od strane Sabina i Kasija, pribjegli tezi o ratifikaciji *deiectio* koju je izvršio *falsus procurator* u pravničkom tumačenju klauzule ‘*deieciisti*’ u ediktu.

⁸⁴ Vocabularium Iurisprudentiae Romanae V, Berlin 1939, 3-4, 837-838; Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena 1914, 83, 490-491.

su sve formulacije⁸⁵ u kojima se javljaju, plod Justinijanovih kompilatora koji su ih onda pripisali Ulpianu. Također, ne postoji nespojivost između pravila *ratihabitio mandato comparatur* i klasične doktrine o mandatu⁸⁶ utoliko prije što, kao što se vidi iz analize tekstova D.46.12.4 i D.43.16.1.14, navedeno pravilo nije imalo apsolutnu vrijednost⁸⁷ nego se pravnik poziva na njega kako bi opravdao dva posebna rješenja. Učinci pravila *ratihabitio mandato comparatur* odnosili su se samo prema trećima. Prvenstveno se misli na slučaj kada se dužnik smatra oslobođenim obveze, premda je platio neovlaštenoj osobi ako takav platež principal naknadno odobri (D.46.3.12.4), kao i na onoga koji se smatra pasivno legitimiranim u interdikt *de vi*, s kojim je izjednačen i onaj koji je odobrio nasilno izbacivanje iz posjeda u njegovo ime (D.43.16.1.14).

VI. Može se postaviti pitanje, proizvodi li pravilo *ratihabitio mandato comparatur*, pored učinaka prema trećima, određene posljedice u odnosu *gestor* – *dominus*. Odgovor na to pitanje nalazi se u tekstu D.50.17.60, u kojem Ulpijan kaže da onaj koji odobri, postaje obavezan temeljem tužbe iz mandata.

D.50.17.60 (*Ulp.10 disp.*): *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*⁸⁸

U tekstu se još jednom ponavlja da će se uvijek smatrati kao da postoji mandat, ako se onaj, čiji se posao vrši, ne usprotivi djelatnosti poslovođe. Time se naglasak stavlja na *animus domini* koji treba biti odlučujući prilikom odobrenja *actio mandati* ili *actio negotiorum gestorum* stoga, ima li ili nema *dominus* namjeru pretvoriti *negotiorum gestio* u *mandatum*.⁸⁹ Moglo bi se postaviti pitanje, govori li Ulpijan o odobrenju koje je dato *negotio nondum perfectio* ili o onome koje je uslijedilo po obavljenom poslu. U prvom bi slučaju bila dopuštena *actio mandati*, a u drugom *actio negotiorum gestorum*. Zadnja rečenica teksta u kojoj se govori o primjeni *actio mandati contraria*⁹⁰ protiv onoga koji odobri, je često kritizirana.⁹¹

⁸⁵ Vidi napomenu br. 51 u ovom tekstu.

⁸⁶ Arangio-Ruiz, nav. dj., 197.

⁸⁷ Sudeći po C.4.28.7pr. i C.5.16.25.2 moglo bi se zaključiti da je u Justinijanovom pravu, pravilo dobilo apsolutnu vrijednost.

⁸⁸ D.50.17.60: Onaj koji ne zabrani da se za njega radi, uvijek će se smatrati da je dao nalog; ali i onaj koji bi držao valjanim ono što je urađeno, vezan je tužbom iz mandata.

⁸⁹ Bertolini, nav. dj., 41. odlučno se suprotstavlja ideji da je moguće izvršiti konverziju *negotiorum gestio* u *mandatum*; sl. Longo, nav. dj., 108. koji drži nelogičnim načelo, bez obzira je li klasičnog ili justinijanskog podrijetla, sve dok se tumači u smislu izjednačavanja ratificiranog akta s aktom koji je izvršio prokurator. Arangio-Ruiz, nav. dj., 199. smatra da se taj tekst ne može uzeti kao dokaz za sve slučajeve ratifikacije, nego da se odnosi samo na *fideiussio* o kojoj Ulpijan govori u tekstu. Prema njegovom mišljenju svrha pravila *ratihabitio mandato comparatur* je da se za odobrenje principala vežu učinci slični onima ugovora o nalogu, a ne da se pod režim ugovora podvedu uzajamne obveze stranaka.

⁹⁰ O dvojicama glede podrijetla *iudicium contrarium mandati* vidi: Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Turin 1951, 57-59.

⁹¹ Calonge, nav. dj., 261.

Behrends⁹² ističe da ta rečenica upravo zbog svoje jezične savršenosti jedva može biti eliminirana kao glosa. Moguće je da je Ulpijan imao u vidu jamstvo kada je potvrdio da je onaj koji je dragovoljno za drugoga djelovao kao prokurator, stupio u odnos povjerenja sasvim blizak dvojbenom mandatu *procurator absentis* kojem je nedostajala ratifikacija. Arangio-Ruiz smatra da se tu radi o slučaju *fideiussio*, zbog čega je skloniji mišljenju da je Ulpijan smatrao kako treba primijeniti *actio negotiorum gestorum*. Sukladno tomu *actio mandati*, koja se pojavljuje u tekstu, postklasičnog je podrijetla.⁹³ Takvo mišljenje moglo bi se opravdati Scevolinim kontradiktornim gledištem očitovanim u D.3.5.8., u kojem *ratihabitio* onemogućava *dominus negotii* dobiti naknadu štete, koju mu je prouzrokovao *negotiorum gestor* i u kojem Scevola izričito negira mogućnost dopuštenja tužbe iz mandata ratifikantu ili *gestoru*.

D.3.5.8 (1 *quaest.*): *Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ob ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.*⁹⁴

⁹² Behrends, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, ZSS 83 (1971), 270. smatra da je bilo formalno smiono, ali prikladno stvarnim okolnostima kada su pravници takav odnos povjerenja uzdizali na razinu mandata. *Ratihabitio* nije shvaćana u smislu retroaktivnog osnaženja ranije ništavog pravnog odnosa, nego kao potvrda neizvjesne valjanosti. Kvalitativni pomak primljen je kod rimskih pravnikā kao prateća posljedica fiktivnog karaktera načela *ratihabitio mandato comparatur*: Od Sabina je pravilo najkasnije u kasnom klasičnom pravu (Celzo) dobilo općenito priznanje tako što je *ratihabitio* uzdignuta do surogata mandata, čime je znatno prošireno područje prokuratora. Kao *verus procurator* više se ne smatraju samo *procurator cui mandatum est* i legitimni *procurator omnium rerum*, nego i svaka treća osoba koja je djelovala bez legitimacije kao *falsus procurator* samo ako je gospodar posla dao odobrenje. Tako Ulpijan u D.46.8.12.1 (80 *ad ed.*): *Rem haberi ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore*. (Smatrati ratificiranim znači potvrditi i priznati ono što je učinio *falsus procurator*). Preko *ratihabitio* koja se upravo u slučaju prokuratora razvila od činjeničnog priznanja do pravno valjanog odobrenja, sva raspolaganja i posebice podizanje tužbe bilo koje treće osobe, stekla su vlastitu pravnu snagu kao da ih je poduzeo *verus procurator*.

⁹³ Arangio-Ruiz, nav. dj., 199.

⁹⁴ D.3.5.8: Pomponije piše da ako odobrim posao koji si loše izvršio, još uvijek nisi obvezan temeljem tužbe iz posloводства bez naloga. Mora se zbog toga razmotriti da ne bi, sve dok je dvojbeno jesam li odobrio, bila neizvjesna tužba iz posloводства. Jer kako bi inače mogla, kada je jednom podignuta, golim odobrenjem biti poništena? Ono što je gore rečeno, može se smatrati samo onda ispravnim, ako na tvojoj strani nema prijevera. *Scaevola*: smatram, naprotiv, da je tužba

U navedenom fragmentu koji se smatra esencijalnim za analizu konstrukcije i pravnih učinaka *ratihabitio*, Scevola analizira slučaj u kojem je *dominus negotii* ratificirao djelatnost *negotiorum gestora* od koje nije imao koristi. Postavilo se pitanje, može li se *dominus*, koji je odobrio poslovođin *male gestum*, dopustiti *actio negotiorum gestorum*? Suprotstavljena su dva mišljenja: Pomponijevo i Scevolino. Tekst, sastavljen iz dva dijela, započinje Scevolinim pozivanjem na Pomponijevo mišljenje glede pitanja je li dopuštena tužba iz posloводства bez naloga u slučaju kada je došlo do ratifikacije,⁹⁵ a u drugom dijelu daje svoja opažanja o tom problemu. Tekst se smatra interpoliranim, posebice u završnom dijelu ("*ceterum si ubi probavi . . . fin*") na način kako objašnjava Solazzi.⁹⁶ Pomponije ponavlja mišljenje starih pravnika⁹⁷ prema kojem se potvrđuje da ako *dominus* odobri poslovođin *male gestum*, poslovođa nije odgovoran temeljem tužbe *negotiorum gestorum*. Zatim nastavlja: ako je još neizvjesno je li došlo do odobrenja, onda je i *actio negotiorum gestorum in pendent*. Ako je već podignuta za vrijeme tog razdoblja neizvjesnosti, ne bi mogla biti poništena samim odobrenjem, tj. golim očitovanjem volje "*nuda voluntate*". Naglašava da poslovođa neće biti odgovoran temeljem tužbe *negotiorum gestorum*, ako je *mala gestio* odobrena, ali nije postupao doložno. Ostaje otvoreno pitanje, je li Pomponije općenito govorio o primjeni *actio negotiorum gestorum* ili je htio ograničiti njenu primjenu ako se radilo o naknadi štete za *male gestum*. Nadovezujući se na Pomponijeva rješenja Scevola ih nadopunjuje u drugom dijelu teksta i iznosi suprotno mišljenje prema kojem je *actio negotiorum gestorum* moguća i nakon ratifikacije. Suprotstavljenost mišljenja dvojice pravnika odnosi se na učinkovitost ratifikacije. *Ratihabitio* prema Pomponiju ima za posljedicu da će se svi poslovi koje je poduzeo *gestor* neposredno odraziti u imovini zastupanoga. Dok je za Scevolu bitno da *dominus* može tužiti poslovođu za ono što je taj stekao obavljajući njegove poslove. Ako nakon ratifikacije *dominus negotii* ne bi imao pravo podići *actio negotiorum gestorum*, ne bi imao nikakvo pravno sredstvo

iz posloводства bez naloga, čak i ako odobrim, još uvijek dopuštena premda je rečeno da mi nisi obvezan ako ne mogu odbiti ono što sam jednom odobrio. I tako kako posloводство bez naloga, koje je korisno, nužno pred sused mora biti smatrano valjanim, isto tako i sve ono što je odobreno od samog gospodara posla. Ali, ako tužba iz posloводства više nije moguća nakon što sam odobrio, što bi se onda trebalo dogoditi ako je poslovođa utjerao dug od mog dužnika i ja to odobrio? Na koji način mogu to dobiti? Isto tako, ako je nešto prodao? Najzad, ako je on sam nešto potrošio, kako će to dobiti natrag? U svakom slučaju mandat ne postoji. Otuda se i nakon odobrenja dopušta tužba iz posloводства.

⁹⁵ Arangio-Ruiz, nav. dj., 199, n. 2 smatra da Pomponije nije mislio ni na kakvu tužbu različitu od *actio negotiorum gestorum*, nego je htio reći da se nije mogla podići tužba jer je principal *ratihabitio* potvrdio jednom zauvijek djelo poslovođe.

⁹⁶ Solazzi, *Ancora procuratori senza mandato*, 609, n. 2.

⁹⁷ Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1873, 516; Bertolini, nav. dj., 29; De Filippi, nav. dj., 113-114; Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, Napoli 1999, 36; Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*. 1. Struttura, origini, azioni, Torino 1997, 178; Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 27, 145.

kojim bi od poslovođe mogao tražiti koristi stečene vođenjem njegovih poslova. U rečenici “*si negotium – teneri*” navedeno je da izvršena ratifikacija ne čini poslovođu odgovornim temeljem tužbe *negotiorum gestorum*, u smislu da se ne može više odbiti ono što je odobreno i da sudac mora utvrditi valjanim “*quod utiliter gestum est*”, kao i upravljanje koje je *dominus* odobrio. Upravo zbog toga, *dominus* ne može više tužiti poslovođu za naknadu štete, ali bi imao pravo *ex ipso gestu* ako bi odobrio. Scevola na primjerima upozorava na neprilike koje bi mogle nastati potpunim isključenjem tužbe *negotiorum gestorum* nakon ratifikacije: poslovođa je utjerao dug od dužnika i gospodar je to odobrio; nešto je prodao ili potrošio iz gospodareve imovine; na koji će način *dominus negotii* dobiti to natrag? Očito je, zaključuje Scevola, da i nakon ratifikacije mora biti dopuštena *actio negotiorum gestorum (erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio)*. U zadnjoj rečenici fragmenta Scevola isključuje mogućnost da *ratihabitio* konstituirala osnovu za *actio mandati*.⁹⁸ Scevolino je rješenje prilično komplicirano i proturječno jer je teško usuglasiti tvrdnje da nakon *ratihabitio* postoji osnova za *actio negotiorum gestorum contraria* (na strani poslovođe), ali ne i obrnuto. *Negotiorum gestor* neće odgovarati *dominus negotii* jer se *actio negotiorum gestorum directa* (na strani *dominusa negotii*) ugasila. Međutim, takvo je tumačenje u potpunom nesuglasju sa Scevolinim gledištem da se gospodaru mora omogućiti povrat koristi koju je poslovođa stekao vršeći njegove poslove. Zbog toga je vjerojatno da je Scevola mislio na situaciju u kojoj je *dominus negotii* ratificirao beskorisnu poslovođinu djelatnost kojom mu je nanesena šteta. Slično je imao u vidu i Pomponije govoreći o *negotium male gestum* – o poslovođinom aktu kojim je *dominus negotii* pretrpio štetu. Ratifikacijom nije ugašena *actio negotiorum gestorum directa*, nego je njena primjena ograničena samo na koristi koje je poslovođa stekao obavljajući tuđe poslove. Ali, tom tužbom *dominus negotii* neće moći zahtijevati naknadu neskrivljene štete od poslovođe. To znači da bi *ratihabitio* isključila samo poslovođinu odgovornost za tako nastalu štetu.⁹⁹ *Ratihabitio* ne bi imala takav učinak ako je *negotiorum gestor* napravio štetu na

⁹⁸ Na osnovi tekstova D.3.5.8; D.46.3.87 (*Celsus 20 dig.*); D.12.6.6pr. (*Paul. 3 ad Sab.*); D.3.5.5.11-13 (*Ulp. 10 ad ed.*) Kacprzak, nav. dj. 68-90. izvodi zaključak da rimska jurisprudencija nije smatrala *ratihabitio* dovoljnom osnovom da bi se dopustila *actio mandati* ratifikantu ili *gestoru*. Činjenica da se *ratihabitio* stavlja u odnos analogan s mandatom, bilo da je usmjeren samo prema dužniku ili proizilazi iz *praepositio* podijeljene prokuratoru, ne podrazumijeva da su njegovi učinci jednaki učincima mandata. U stvari, *ratihabitio* nema za posljedicu dopuštenje *actio mandati* između ratifikanta i poslovođe. Između *ratihabitio* i *mandatum* postoji velika formalna razlika jer je *ratihabitio* unilateralni posao i može se smatrati autonomnim pravnim sredstvom u odnosu na *mandatum*.

⁹⁹ Seiler, Der Tatbestand der *Negotiorum Gestio* im Römischen Recht, Köln/Graz 1968, 64-72. smatra da Scevolin tekst predstavlja dokaz za justinijansku tendenciju da se *ratihabitio* shvati kao opća i nužna pretpostavka *negotiorum gestio* i za približavanje instituta *negotiorum gestio* ugovorima. Suprotnog je mišljenja Talamanca, Le fattispecie dell’ “*actio negotiorum gestorum*”, *Labeo* 17 (1971), 232., koji Scevolin tekst drži u osnovi izvornim i koji isključuje mogućnost da sama *ratihabitio* bude procjenjivana kao akt koji daje legitimaciju zastupanome na *actio negotiorum gestorum*.

imovini *dominusa negotii* radeći *dolo malo*. Svojim razmatranjima Pomponije i Scevola istaknuli su još jedan mogući učinak *ratihabitio* u oblasti *negotiorum gestio*, a to je oslobađanje *gestora* od odgovornosti za štetu koju je prouzročio *sine dolo malo* na imovini *dominusa negotii*.¹⁰⁰

Kada se usporede Ulpijanovi tekstovi sa Scevolinim, mora se primijetiti da ne postoje velike razlike između njihovih mišljenja, premda postavljaju problem tužbe nakon ratifikacije s različite točke gledišta. Ulpijan razmatra problem gledišta poslovođe koji nakon ratifikacije traži naknadu troškova upravljanja i vođenja poslova. Za razliku od njega Scevola se usredotočuje na to pitanje s gledišta gospodara posla i premda je došlo do ratificiranja onoga što je izvršio poslovođa, ne dopušta protiv poslovođe tužbu iz mandata, nego *actio negotiorum gestorum*. Na temelju Ulpijanovog i Scevolinog teksta može se zaključiti da je, nakon što je izvršena *ratihabitio*, poslovođa (*negotiorum gestor*) mogao tužiti gospodara posla (*dominus negotii*) s *actio mandati contraria*, a gospodar posla u potpuno istim okolnostima nije mogao podići tužbu iz mandata nego isključivo tužbu iz poslovodstva bez naloga (*actio negotiorum gestorum*).¹⁰¹ Nameće se pitanje zbog čega su poslovođa i gospodar posla u različitom položaju sa aspekta procesne zaštite. Odgovor je u samoj naravi ratifikacije. *Ratihabitio* kao unilateralni akt ne može promijeniti, odnosno otežati pravnu situaciju osobe koja u njoj ne sudjeluje. Bez obzira na činjenicu je li došlo do ratifikacije ili nije, poslovođa se ne obvezuje iznad granica svog poslovodstva, zbog čega ni u kom slučaju ne može biti tužen s *actio mandati directa* koja ima infamirajući učinak. Za razliku od te situacije nema nikakvih poteškoća kako bi se poslovođi, koji je obavljao poslove sukladno volji gospodara posla, o čemu najbolje svjedoči sama *ratihabitio*, priznala mogućnost naknade troškova upravljanja na isti način kao da je upravljao mandatar.

U Justinijanovom pravu načelo *ratihabitio mandato comparatur* dobilo je apsolutnu vrijednost, što se može zaključiti na osnovi konstitucija C.4.28.7pr. iz 530. godine i C.5.16.25.2 iz 528. godine.

C.4.28.7pr.: *Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentis sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset,*

¹⁰⁰ Zimmermann, nav. dj., 434, n. 8 ističe da je *ratihabitio* mogla ograničiti gestorovu odgovornost ako je posao bio "*male gestum*", dok je u drugim okolnostima imala učinak oživotvorenja odnosa iz *negotiorum gestio*, ali nikada iz mandata, kao što je slučaj u C.2.19.9 u kojem se govori o naplati principalova duga: *Si pecuniam a debitore tuo Iulianus exegit eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem*. (Ako je Julijan zahtijevao novac od tvog dužnika, i ti si odobrio takvo plaćanje, onda protiv njega imaš *actio negotiorum gestorum*.)

¹⁰¹ Suprotnog je mišljenja Bertolini, nav. dj., 41, koji naglašava da se iz Scevolinog teksta može zaključiti da je moguća samo *actio negotiorum gestorum*, a ni u kom slučaju *actio mandati*, ne samo *actio directa*, nego ni *actio contraria*. Da *ratihabitio* nikako ne može *negotiorum gestio* pretvoriti u *mandatum* dokazuju, po njemu i tekstovi D.17.2.81(80).5; C.2.18(19)9; C.2.18(19)19; C.3.32.3

*obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. Necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege (5.16.25) et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt. Et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt.*¹⁰²

C.5.16.25.2: *Sin vero vel non amplior sit donatio vel, cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.*¹⁰³

Navedenim konstitucijama Justinijan je razriješio kontroverze vezane za retroaktivnost ratifikacije. Na pitanje ima li *ratihabitio* učinak *ex tunc* ili *ex nunc*, Justinijanovi kompilatori odgovaraju: “*sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt*”. Dok se retroaktivnost u klasičnom pravu načelno poriče,¹⁰⁴ u Justinijanovom se pravu propisuje za određene slučajeve koji su u navedenim konstitucijama iskorišteni da bi se retroaktivnost ratifikacije postavila kao opće načelo.¹⁰⁵ U konstituciji C.4.28.7pr.¹⁰⁶ govori se o dvojbi starih pravnikâ, koja se odnosila na zajam, koji je uzeo sin u vlasti bez prethodne naredbe, naloga ili volje imatelja vlasti. Justinijan je propisao da će se takav zajam smatrati valjanim ako ga *pater familias* naknadno odobri te da će se smatrati da je ugovor od početka zaključen suglasno očevoj volji, odnosno da je preuzimanju duga prethodio očev mandat. Ističe se da se naknadno odobrenje imatelja vlasti ne smije razlikovati od glavnog naloga ili same ovlasti te da naknadno odobreni ugovor mora biti valjan jer bi bilo nepravično odbaciti očevo

¹⁰² C.4.28.7pr.: Glede razrješenja dvojbe starih o slučaju kada kućni sin uzme novac na zajam bez očeve ovlasti ili znanja, nakon čega otac odobri ugovor, naređujemo da isto onako kao kad bi kućni sin odmah iz početka uzeo novac na zajam s voljom ili nalogom očevim, on bi čvrsto bio odgovoran, isto kao i u slučaju kada je otac nakon toga odobrio ugovor koji mora biti valjan jer bi bilo veoma nepravično odbaciti očevo očitovanje. Dakle, očevo se odobrenje nužno ne smije razlikovati od glavnog naloga ili same ovlasti, kako naš novi zakon (5,16, 25) i općenito svako odobrenje upravo izvodi i potvrđuje ono na što se pristajalo od početka. To će vrijediti za privatnike.

¹⁰³ C.5.16.25.2: Ali, ako dar, ili nije veći od zakonskog iznosa, ili ako je bio veći, unesen je u sudski zapisnik, onda se i šutnja darovatelja ili darovateljice, i specijalna potvrda, odnose na onaj vremenski moment kada je darovanje pismeno uglavljeno, kao i u drugim slučajevima, odobrenja izvršenih poslova moraju sezati unatrag na ono vrijeme kada su obavljani. I ubuduće ne smije biti mjesta tankoj razlici između činjenice i prava.

¹⁰⁴ Wacke, “Ex post facto convalescere” im römischen und im modernen Recht, u *Mélanges Wołodkiewicz* 2 (2000), 1044.

¹⁰⁵ De Filippi, nav. dj., 56, 169; Wacke, nav. dj., 1044.

¹⁰⁶ Opširnije o konstituciji C.4.28.7pr. vidi: Valiño, Las “actiones adiecticiae qualitatis” y sus relaciones basicas en derecho romano, *AHDE* 37 (1967), 421; Lucrezi, Il problema del mutuo di denaro erogato al “filius familias”, *Napoli* 1993, 134; Paricio, Sulle “quinquaginta quaestiones”, *Labeo* 46 (2000), 506; Miceli, Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’, *Torino* 2001, 102, n. 39; De Filippi, nav. dj., 61-63.

očitovanje. Takvu situaciju treba izjednačiti s onom kada je kućni sin uzeo zajam po nalogu imatelja vlasti ili sukladno njegovoj volji. Zakonodavac se poziva na konstituciju donesenu dvije godine ranije (C.5.16.25.2)¹⁰⁷ u kojoj se govori o darovanjima potvrđenim, bilo *per silentium*, bilo *in suprema voluntate*, naglašavajući da se njom općenito propisuje da sva odobrenja izvršenih poslova moraju sezati unatrag na ono vrijeme kada su obavljani. *Ratihabitio* nije imala retroaktivni učinak jedino u slučaju ako bi bila oštećena prava trećih osoba koja su stečena u razdoblju između izvršenja posla i njegova odobrenja.¹⁰⁸

VII. Na temelju navedenih tekstova rimskih pravnika, posebice Ulpijanovih, može se zaključiti, da je pravilo *ratihabitio mandato comparatur* vrijedilo već u klasičnom razdoblju. Budući da tekstovi koji se bave tim načelom potječu izravno od Sabina ili iz Ulpijanovih i Paulovih komentara Sabinova djela, vjerojatno je formulirano u Sabinovo vrijeme. U klasičnom pravu to načelo još uvijek nije imalo apsolutan karakter jer je primjenjivano na problematiku plaćanja duga prokuratoru. Svakako da nije bilo moguće izjednačiti *ratihabitio* i *mandatum*, već zbog njihovih formalnih razlika, prvenstveno zbog činjenice što je *ratihabitio* unilateralni posao. To znači da *ratihabitio* nije izjednačavana s mandatom, nego načelo *ratihabitio mandato comparatur* znači postupno približavanje tih instituta u određenim slučajevima u kojima *ratihabitio* prema trećima proizvodi učinke slične učincima mandata. U klasičnom je razdoblju nakon izvršene ratifikacije *negotiorum gestor* u pojedinim slučajevima mogao podići *actio mandati contraria*, ali *dominus negotii* ni u kom slučaju nije imao pravo na *actio mandati directa*. Kada se radi o tužbi, *ratihabitio* je s obzirom na gospodara posla bila potpuno irelevantna jer je *dominus negotii* imao na raspolaganju samo tužbu iz posloводства bez naloga. Sudeći po Justinijanovim konstitucijama pravilo *ratihabitio mandato comparatur* u Justinijanovom je pravu dobilo apsolutni karakter, a retroaktivnost *ratihabitio* općenito je prihvaćena.

Summary

RATIHABITIO MANDATO COMPARATUR

The controversial principle *ratihabitio mandato comparatur* has been considered in Roman doctrine in relation to the contract of mandate for the purpose of establishing the judicial effects of *negotiorum gestio* ratification. Important issues have been emerging within the *ratihabitio* problem area such

¹⁰⁷ Opširnije o konstituciji C.5.16.25.2 vidi: De Filippi, nav. dj., 56-61, 169; Masi, Studi sulla condizione in diritto romano, Roma 1966, 138; Betti, Teoria generale del negozio giuridico, Milano 1952, 506; Giuffrè, L'utilizzazione degli atti giuridici mediante "conversione" in diritto romano, Napoli 1965, 270.

¹⁰⁸ Kacprzak, nav. dj., xi.

as possibility to equalize legal effects of *ratihabitio* with mandate and is there a retroactive effect of executive *ratihabitio*. The principle *ratihabitio mandato comparatur* appears in the Digest in cases of *deiectio* ratification performed by the *falsus procurator* and in the context of debt payments to a *procurator*. Authenticity of the principle and its classical origin are contentious in Roman literature. Having in mind the relevant texts derive directly from Sabin or from Ulpian's and Paul's commentary on Sabin's work, the author concludes that the principle was formulated during the time of *Sabinus* and from the beginning applied in cases of debt payments for the benefit of *procurator*. In postclassical and Justinianic times the principle obtained an absolute value and Justinian acknowledged retroactivity of the ratification as a general principle.

Key words: *Roman law*, *ratihabitio mandato comparatur*, *negotiorum gestio*, *mandatum*, *ratihabitio*.

Zusammenfassung

RATIHABITIO MANDATO COMPARATUR

Die umstrittene Regel *ratihabitio mandato comparatur* wird in der romanistischen Literatur in Verbindung mit dem Auftrag (*mandatum*) analysiert, um die Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung (*ratihabitio*) der *negotiorum gestio* zu bestimmen. Die wichtigsten Probleme stehen im Zusammenhang mit den Fragen über die Gleichstellung der *ratihabitio* mit dem Mandat und der Rückwirkung der *ratihabitio*. Das Prinzip *ratihabitio mandato comparatur* erscheint in den Digesten in den Fällen, in denen *dominus negotii* eine *deiectio* genehmigt hat, die vom *falsus procurator* gemacht wurde, und wenn ein Schuldner an einen *procurator* gezahlt hat. Die Authentizität und der klassische Ursprung des Prinzips sind zweifelhaft. Da die betreffenden Quellen von Sabinus oder aus den Kommentaren Ulpians und Paulus zu Sabinus Werk stammen, kommt die Verfasserin zu dem Schluss, dass die umstrittene Regel in der Zeit des Sabinus formuliert wurde und dass sie ursprünglich auf dem Gebiet der Schuldrückgabe an einen *procurator* angewandt wurde. Im Recht Justinians kam die Regel *ratihabitio mandato comparatur* zur absoluten Geltung, und die Rückwirkung der *ratihabitio* wurde allgemein anerkannt.

Schlüsselwörter: *römisches Recht*, *ratihabitio mandato comparatur*, *negotiorum gestio*, *mandatum*, *ratihabitio*.

Sommaro

RATIHABITIO MANDATO COMPARATUR

Il discusso principio *ratihabitio mandato comparatur* nella dottrina romanistica è preso in considerazione con riferimento al contratto di mandato allo scopo della costituzione degli effetti giuridici della ratifica della *negotiorum gestio*. I principali problemi che sorgono a tale proposito riguardano la questione se l'approvazione successiva sia equiparabile al mandato e la questione dell'effetto retroattivo della *ratihabitio*. Il principio *ratihabitio mandato comparatur* compare nel Digesto nei casi di ratifica da parte del *dominus negotii* della *deiectio* compiuta dal *falsus procurator* e nel contesto del pagamento del debito al procuratore. L'autenticità del principio e la sua derivazione classica sono oggetto di contestazione nella dottrina romanistica. Siccome i testi concernenti il principio provengono direttamente dal Sabino e dai commentari di Ulpiano e di Paolo all'opera di Sabino, l'autrice giunge alla conclusione che il principio è formulato ai tempi di Sabino e che all'origine trattasse la questione del pagamento dei debiti a favore del procuratore. Nel diritto giustiniano il principio ha acquistato un valore assoluto, mentre la retroattività della *ratihabitio* ha ottenuto un riconoscimento generale.

Parole chiave: *diritto romano, ratihabitio mandato comparatur, negotiorum gestio, mandatum, ratihabitio.*

SEKUNDARNO ZAKONODAVSTVO EU I PARLAMENTARNI NADZOR NAD NACIONALNOM EGZEKUTIVOM

Dr. sc. Sanja Barić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Lena Ružić, dipl. iur.
Rijeka

UDK: 342.52::061.1EU
Ur.: 5. svibnja 2008.
Pr.: 27. studenog 2008.
Izvorni znanstveni članak

Polazeći od u nas dobro poznatog preemptivnog statusa primarnog i sekundarnog zakonodavstva EU, autorice razmatraju probleme s kojima se suočavaju države članice u odnosu na parlamentarni nadzor nad nacionalnim egzekutivama. Identificirana su dva problema: uloga i položaj nacionalnih parlamenata u kreiranju sekundarnog zakonodavstva te obveza primjene istog koja se u državama članicama, u pravilu, odvija zakonodavnom delegacijom. Autorice detaljno razmatraju parlamentarnu praksu četiri "stare" države članice (Njemačke, Francuske, Italije i Ujedinjenog Kraljevstva) kako bi ukazale na nužnost kvalitativnih izmjena u parlamentarnoj praksi Hrvatskog sabora. Dodatno se analizira suradnja parlamentarnih odbora nadležnih za pitanja EU (COSAC) te položaj nacionalnih parlamenata sukladno odredbama postojećih Osnivačkih ugovora, kao i Lisabonskog ugovora, odnosno njegovih protokola. Iako se na europskoj razini položaj nacionalnih parlamenata u odnosu na sekundarno zakonodavstvo EU poboljšava, relativna snaga nacionalnih parlamenata i odgovornost za primjenu europskih propisa u velikoj mjeri ovisi o razvijenim nacionalnim pravnim mehanizmima i stupnju nacionalne parlamentarne kulture.

Ključne riječi: *uredbe, direktive, parlamentarni odbori, nacionalni parlamenti, zakonodavna delegacija, COSAC, Protokol o ulozi nacionalnih parlamenata u EU, Protokol o primjeni načela supsidijarnosti i razmjernosti.*

1. Uvod

Položaj pravnih akata Europske zajednice, odnosno Europske unije, nije rezultat uobičajene statične hijerarhije pravnih akata, već se pitanje međusobnog odnosa prava Zajednice i domaćih pravnih poredaka desetljećima postupno

oblikovalo tumačenjem državnih ustavnih foruma u povratnoj sprezi s tumačenjem i stajalištima Europskog suda u Luxemburgu. U tom su procesu, varirajući između “prihvatanja i pobune”, najznačajniju ulogu odigrali njemački Savezni ustavni sud, talijanski Ustavni sud i Ustavno vijeće Francuske. Nesumnjivo fascinantna dinamika ovih odnosa nije, međutim, predmet ovog rada, a u nas je, osim toga, dobro poznata.¹ Status europskog prava u pravnim porecima država članica danas je uglavnom nesporan: pravo Zajednice nadređeno je domaćim pravnim aktima, neovisno jesu li domaći zakoni i podzakonski akti donijeti prije ili poslije određenog europskog akta te bez obzira temelji li se inače odnos pravnog poretka i odredbi međunarodnog prava na monističkom ili dualističkom pristupu.² Status europskog prava različit je od statusa pravnih normi međunarodnog prava budući da primat prava Europske zajednice ne ovisi o snazi pravnog akta kojim su Osnivački ugovori inkorporirani u domaći pravni poredak. Opisano načelo preempcije europskog prava obuhvaća, ne samo Osnivačke ugovore, već i akte koje tijela Zajednice donose radi njihove primjene, tj. sekundarno zakonodavstvo EU. Sukladno čl. 249. Ugovora o Europskoj zajednici, postoji pet skupina pravnih akata koje donose tijela zajednice.³ Dok preporuke i mišljenja nemaju obvezujuću pravnu snagu, a odluke se odnose na pojedinačne adresate (pojedince ili države članice),⁴

¹ Vidi, primjerice, S. Rodin, *Europska integracija i ustavno pravo*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 1997. i “Europska unija i njemački Ustavni sud”, u: *Politička misao*, vol. 33, 4/1996, str. 243-255. Detaljno razmatranje reakcija država članica na stajalište Europskog suda o neposrednom obveznom učinku prava Zajednice vidi i u T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, 5. izd., Oxford University Press, 2003., str. 243-268.

² Spomenimo, međutim, da je važenje pravnih akata Zajednice ipak utemeljeno na pojedinim nacionalnim ustavima pa tako njima i ograničeno. Ustavni sud Italije navodi da kada su države članice, koje su sve odane vladavini prava i temeljnim ljudskim pravima, prenosile svoje ovlasti na Zajednicu, nisu mogle imati namjeru dati Zajednici ovlast da donosi mjere kojim bi se povrijedila ljudska prava. Posljedično, ako bi se Ugovor ikada tumačio na način da dopušta donošenje mjera kojima bi se povrijedila temeljna ljudska prava, Ustavni sud bi morao razmotriti je li sam Ugovor u skladu s tim pravima. Ovo je ograničenje poznato pod nazivom “rezerva *Frontini*”. *Corte costituzionale*, odluka br. 183 iz 1973. godine. Slično i njemački Savezni ustavni sud koji je zauzeo stajalište kako neće razmatrati ustavnost europskih akata koji se donose temeljem Osnivačkih ugovora sve dok Unija jamči zaštitu temeljnih ljudskih prava koja je materijalno izjednačena sa zaštitom koju pruža Temeljni zakon. *BVerfGE 73, 339 (Solange II)*. Vidi i K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg, 1999., str. 45-51.

³ *Consolidated version of the Treaty establishing the European Community*, Official Journal C 321E od 29. prosinca 2006. Isto navodi i čl. 288. st. 1. novog Ugovora o funkcioniranju Europske unije koji će danom stupanja na snagu tzv. Lisabonskog ugovora zamijeniti dosadašnji Ugovor o Europskoj zajednici. Vidi *Consolidated texts of the EU Treaties as amended by Treaty of Lisbon*, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, HMSO, Crown Copyright, siječanj 2008. Propali Ustavni ugovor Europe u čl. 1-32 razlikovao je šest skupina akata: europske zakone (dosadašnje uredbe), europske okvirne zakone (dosadašnje direktive), europske uredbe (pravno obvezujući implementacijski podzakonski akti s učinkom zakona ili okvirnog zakona), europske odluke (dosadašnje odluke) te preporuke i mišljenja (ostavljao dosadašnje nazive).

⁴ Iako su neke od njih slične direktivama i traže od država članica djelovanje kako bi ostvarile u njima navedene ciljeve, a neke odluke sadrže opća pravila poput uredbi. Vidi T. C. Hartley, op.

predmet našeg interesa predstavljaju uredbe i direktive. Uredbe se izravno primjenjuju na građane država članica. Načelno nije dopušteno donošenje nacionalnih implementacijskih mjera za njihovu primjenu,⁵ osim u slučajevima kada same uredbe to neposredno zahtijevaju⁶ ili kada je zbog neodređenosti pojedinih dijelova dopušteno preciziranje nacionalnim mjerama, pod uvjetom da nisu u neskladu s odredbama uredbe.⁷ U takvim je slučajevima njihovu razradu moguće delegirati izvršnoj vlasti. Međutim, u državama članica mnogo je češća zakonodavna delegacija radi primjene direktiva, pravnih akata Zajednice koji obvezuju države članice s obzirom na rezultat koji valja postići, ali ostavljaju slobodu izbora oblika i načina primjene u domaćem poretku. Njihovo prevođenje u nacionalne pravne poretke redovito je vezano uz određeni rok.⁸ U slučaju da države ne donesu mjere za primjenu direktive unutar naznačenog roka, ona može imati izravne učinke.⁹ Problematiku zakonodavne delegacije općenito smo razmatrali ranije,¹⁰ a ovdje ukazujemo na važnost parlamentarnog nadzora nad egzekutivom u državama članicama EU u kontekstu normotvornog postupka na europskoj razini i implementacije na nacionalnoj razini.

2. Zakonodavna delegacija radi provedbe sekundarnog zakonodavstva EU

Očita se razlika između zakonodavne delegacije općenito i zakonodavne delegacije radi primjene sekundarnog zakonodavstva Europske unije sastoji u činjenici da je velik i bitan dio objekta delegacije utvrđen *a priori*. Naime, u slučaju zakonodavne delegacije radi primjene sekundarnog zakonodavstva EU radi se o postupku stvaranja prava u tri koraka: prvi korak čini sadržajno više ili manje detaljna politička odluka o cilju kojeg valja postići, drugi korak predstavlja donošenje delegirajućeg zakona, a treći donošenje same uredbe.

cit., str. 223-224.

⁵ *Commission v. Italy*, predmet 39/72, [1973] ECR 101. "Sukladno odredbama članaka 249. Ugovora uredbe su kao takve izravno primjenjive u svim državama članicama i stupaju na snagu samo na osnovi njihovog objavljivanja u Službenom glasilu Zajednice, i to na dan koji je u njima naveden ili, ako nije naveden, na dan određen Ugovorom. Posljedično, protivni su Ugovoru svi načini implementiranja koji bi mogli imati za posljedicu stvaranje smetnje izravnom učinku uredbi Zajednice i ugrožavanje njihove istovremene i jednoobrazne primjene na čitavom području Zajednice."

⁶ *Commission v. United Kingdom*, predmet 128/78, [1979] ECR 419.

⁷ *Bussone*, predmet 31/78, [1978] ECR 2429.

⁸ Brzina donošenja uredbi na temelju zakonskog ovlaštenja glavni je argument kojeg Europski parlament navodi u prilog uporabe instituta zakonodavne delegacije u primjeni sekundarnog zakonodavstva EU. Izvještaj *Dehousse*, Doc. AN br. 38 od 3. svibnja 1967.

⁹ *Ratti*, predmet 148/78, [1979] ECR 1629. U *Inter-Environment Wallonie v. Région Wallone*, Predmet C-129/96, [1997] ECR I-7411, Europski je sud odlučio da, u periodu između usvajanja direktive i isteka roka, države članice ne smiju usvojiti zakonodavstvo koje bi ozbiljno ugrozilo postizanje rezultata koje zahtijeva direktiva.

¹⁰ O problematici zakonodavne delegacije općenito jedna od autorica pisala je ranije. Vidi, S. Barić, "Zakonodavna delegacija i zakonski rezervat", u: *Hrvatska javna uprava*, vol. 6, br. 1/2006, str. 191-222.

Nacionalni parlament kao delegant nema značajniji manevarski prostor u određivanju delegiranih ovlasti budući da su njihove konture u bitnome ovisne o sadržaju kojeg valja postići, a koji je utvrđen na europskoj razini. Poseban problem odnosa između parlamenta i egzekutive u suvremenim državama proizlazi iz oblika postupka u kojem se stvara europsko sekundarno zakonodavstvo. Zakonodavni je postupak Zajednice složen, a ovisno o predmetu, zakonodavstvo na temelju Ugovora o EZ mogu usvajati tri tijela: Europski parlament zajedno s Vijećem ministara, samo Vijeće ministara te Europska komisija.¹¹ Budući da Vijeće ministara, kojeg čine resorni ministri nacionalnih vlada, ima najbitniju ulogu u donošenju sekundarnog zakonodavstva, posve je jasno kako problem nadnacionalnog uvjetovanja sadržaja zakonodavne delegacije ima dodatnu dimenziju. Naime, europsko sekundarno zakonodavstvo stvara se odlukom članova vlade pojedinih država članica u suradnji s izravno izabranim Europskim parlamentom te Europskom komisijom. Time je aktualizirano pitanje nadzora nad vladom kao kreatorom pravnih propisa nadređene pravne snage u odnosu na akte nacionalnog parlamenta. Uobičajeni postupci sudjelovanja parlamenta, odnosno nadzora izvršne vlasti u okviru sklapanja međunarodnih ugovora nisu primjenjivi na sekundarno zakonodavstvo EU budući da se ono primjenjuje temeljem Osnivačkog ugovora i nije podložno posebnoj ratifikaciji. Svaka uredba i direktiva obvezuje sve države članice samom činjenicom da je usvojena u postupku propisanom Osnivačkim ugovorom. Nacionalni parlament, dakle ima samo slobodu odlučivanja hoće li sekundarno zakonodavstvo EU primijeniti svojim aktom ili će tu zadaću delegirati vladi. On nema mogućnost izravnog utjecaja na sadržaj akata EU. Nacionalni parlament može samo lobirati, ali ne i bitno utjecati na europski zakonodavni postupak.¹² Pitanje parlamentarnog nadzora nad egzekutivom u kontekstu članstva u EU, zapravo je pitanje nadzora nad vladinim sudjelovanjem u europskom zakonodavnom postupku. Razmotrit ćemo, stoga načine i postupke koji su razvijeni u pojedinim državama radi osiguranja utjecaja nacionalnog parlamenta na stvaranje europskog sekundarnog

¹¹ Tri temeljna zakonodavna postupka su osnovni postupak (*basic procedure*), postupak suradnje (*co-operation procedure*) i postupak suodlučivanja (*co-decision procedure*). Detaljnije vidi u T. C. Hartley, op. cit., str. 41-47. Postupak do sada poznat kao *co-decision procedure* ili "postupak čl. 251. Ugovora o Europskoj zajednici" izmjenama Osnivačkih ugovora koje uvodi Lisabonski ugovor mijenja naziv u "uobičajeni zakonodavni postupak". *Horizontal Amendments to Treaty establishing the European Community*, čl. 2. st. 3. c), *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007*, Official Journal C 306 od 17. prosinca 2007. Delegacija zakonodavnih ovlasti unutar EU, tj. delegacija ovlasti s Vijeća na Komisiju, nije predmet ovog rada. O tom pitanju vidi, primjerice M. Adenas i A. Türk (ur.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 2000. i X. A. Yataganas, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union*, Harvard Jean Monnet Working Paper 03/01.

¹² T. St J. N. Bates, "European Community Legislation before the House of Commons", u: *Statute Law Review*, 1990, str. 109-134. (citirano prema A. J. Cygan, *National Parliaments in an Integrated Europe: An Anglo-German Perspective*, The Hague, Kluwer Law International, 2001., str. 50).

zakonodavstva. Ujedno se osvrćemo na probleme vezane uz njegovu primjenu zakonodavnom delegacijom. Nakon toga, prikazujemo postojeće odredbe o ulozi nacionalnih parlamenata u Osnivačkim ugovorima te analiziramo novosti uvedene Lisabonskim ugovor i pripadajućim Protokolima.

3. Položaj nacionalnih parlamenata u stvaranju i primjeni sekundarnog zakonodavstva EU

3.1. Njemačka

Sudjelovanje Njemačke u međudržavnim organizacijama regulirano je čl. 24. Temelnog zakona.¹³ Njegov prvi stavak ovlašćuje Savez na prenošenje svojih suverenih prava na međudržavne institucije. Sukladno čl. 59. st. 2. inkorporacija Osnivačkih ugovora zahtijeva donošenje zakona o ratifikaciji. Ugovor o Europskoj uniji, poznat i kao Ugovor iz Maastrichta,¹⁴ proširio je ovlasti Zajednice i osnovao Uniji “radi ostvarenje sve bliže Unije naroda Europe.”¹⁵ Njemačka je radi usklađivanja ustavnog poretka s posljedicama članstva u novodefiniranoj Uniji donijela izmjene i dopune Temelnog zakona,¹⁶ a zatim je, sukladno tim novim odredbama, ratificirala Ugovor.¹⁷ Oba su zakona bili predmetom ustavnosudske ocjene te je utvrđena njihova sukladnost s ustavnim odredbama.¹⁸ Ustavnim se izmjenama, između ostalog, reguliralo pitanje sudjelovanja saveznog parlamenta u poslovima Europske unije, obveze Savezne vlade u odnosu na postupak stvaranja sekundarnog zakonodavstva EU te sudjelovanje zemalja preko Saveznog vijeća. Novi čl. 23. pod nazivom “Europska unija” u st. 2. i 3. određuje da u poslovima EU sudjeluje *Bundestag*, a posredstvom Gornjem doma (*Bundesrat*) i zemlje. Savezna je vlada obvezna u najkraćem mogućem roku opširno izvještavati oboje *Bundestag* i *Bundesrat*. Osim toga, pojašnjeno je, prije sudjelovanja u izradi zakonodavnih akata Savezna vlada mora dati Saveznom parlamentu mogućnost izjašnjenja. Prilikom pregovora u tijelima EU vlada mora uzeti u obzir stajališta Donjeg doma. Daljnji stavci istog članka (st. 4.-7.) preciziraju situacije u kojima je

¹³ Taj je članak uvršten već prilikom izrade Temelnog zakona radi, prije svega, otvaranja mogućnosti uključenja u kolektivne sigurnosne sustave. K. H. Seifert i D. Hömig, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Taschenkommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995., str. 248. Potpuni ustavni domašaj njegovih odredbi postao je očiti postupnom izgradnjom pravnog sustava isprva tri Europske zajednice, a danas Europske unije.

¹⁴ Sklopljen je 7. veljače 1992., a stupio na snagu 1. studenog 1993. godine.

¹⁵ *Treaty on European Union*, čl. 1. st. 2.

¹⁶ 38. izmjena Temelnog zakona, *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* od 21. prosinca 1992. godine. Dodani su čl. 23., 24. st. 1a., 28. st. 1. reč. 3., 45., 52. st. 3a. i 88., a izmijenjeni su čl. 50. i 115e. st. 2. reč. 2. U daljnjem tekstu razmatramo samo izmjene relevantne za naše istraživanje.

¹⁷ *Gesetz zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union* od 28. prosinca 1992. godine.

¹⁸ *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht*). Detaljno objašnjenje ove odluke u domaćoj literaturi vidi u: S. Rodin, *Europska integracija...*, cit., str. 151-157.

nužno sudjelovanje Gornjeg doma određujući način njegova utjecaja na Saveznu vladu.¹⁹ Ustavnim izmjenama je predviđeno i osnivanje dvaju pomoćnih tijela za provođenje parlamentarnog nadzora svakog doma. Tako, novi čl. 45. određuje da *Bundestag* imenuje Odbor za pitanja Europske unije²⁰ kojeg može ovlastiti da prema Saveznoj vladi obnaša prava Donjeg doma iz čl. 23. Temeljnog zakona. Savezno vijeće, s druge strane prema odredbama novog st. 3a. čl. 52., može radi obavljanja poslova EU osnovati Europsko vijeće čije odluke važe kao odluke Saveznog vijeća. Na predstavljanje zemalja i glasovanje unutar Europskog vijeća primjenjuju se odredbe o predstavljanju i glasovanju u Saveznom vijeću.²¹ I zadnje, izmijenjeni čl. 23. st. 1. onemogućuje posredne izmjene Temeljnog zakona vezujući svaku daljnju ratifikaciju budućih izmjena Osnivačkih ugovora, a koja bi dovela do izmjene ili dopune sadržaja odredbi Temeljnog zakona, uz redovni postupak njegove izmjene. Drugim riječima, njemački parlament bi takav ugovor mogao ratificirati samo ako prethodno donese potrebne izmjene u postupku predviđenom za izmjenu ustava.²² Upravo je u tijeku proces izmjene Temeljnog zakona radi ratifikacije Lisabonskog ugovora i njegovih protokola o ulozi nacionalnih parlamenata, odnosno o primjeni načela supsidijarnosti i razmjernosti (detaljnije vidi, *infra*, 4.).

¹⁹ Temeljni zakon, <<http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/index.html>>, čl. 23.:

“(4) *Bundesrat* mora sudjelovati u oblikovanju volje Saveza ukoliko ono ima udjela u odgovarajućoj državnoj mjeri ili ako dotično pitanje spada u nadležnost zemalja.

(5) Ako se u nekom području isključive nadležnosti Saveza zadire u interese zemalja ili Savezu pripada pravo zakonodavne inicijative, Savezna vlada uzima u obzir stajališta Saveznog vijeća. Ako se bitno zadire u zakonodavne ovlasti zemalja, ustrojstvo njihovih vlasti ili upravni postupak, pri oblikovanju volje Saveza valja kao mjerodavno uzimati u obzir stajalište Saveznog vijeća. Sveukupna odgovornost Saveza mora pri tomu ostati očuvana. U slučajevima koji bi mogli dovesti do povećanja troškova ili smanjenja prihoda Saveza potrebna je suglasnost Savezne vlade.

(6) Ako se bitno zadire u isključive zakonodavne ovlasti zemlja, a u odnosu na obrazovanje, kulturu ili telekomunikacije, ostvarivanje prava koja pripadaju Saveznoj Republici Njemačkoj kao članici EU prenosi se sa Saveza na zastupnike zemalja koje imenuje Savezno vijeće. Ova se prava ostvaruju uz sudjelovanje i koordinaciju Savezne vlade. Sveukupna odgovornost Saveza mora pri tome ostati očuvana.

(7) Pitanja iz st. 4. do 6. pobliže se uređuju zakonom za koji je potrebna suglasnost Saveznog vijeća.”

²⁰ U izvornom tekstu koristi se naziv “*Ausschuss*” kojeg N. Sokol prevodi s riječju “komisija”. *Temeljni zakon...*, cit., str. 23. Smatramo, međutim, primjerenijim govoriti o “odboru” s obzirom na to da se radi o posebnom stalnom parlamentarnom odboru Donjeg doma. Vidi glavu VII Poslovnika Donjeg doma Njemačkog parlamenta. *Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*, zadnja izmjena 26. rujna 2006., BGBl. I S. 2210) u kojoj se razlikuju nazivi “*Ausschuss*” i “*Kommission*”.

²¹ Temeljni zakon, čl. 51. st. 2. i st. 3. reč. 2. Zemlje s obzirom na broj stanovnika imaju najmanje 3, a najviše 6 glasova. Svaka zemlja može glasovati samo jedinstveno i samo preko prisutnih članova ili zamjenika.

²² Temeljni zakon, čl. 79. st. 2. i 3. Za izmjenu Temeljnog zakona potrebna je dvotrećinska glasova u oba doma parlamenta te se nabrajaju apsolutne zabrane izmjene (federalizam, pravna država, temeljna ljudska prava, itd.).

Razmotrimo sada djelovanje navedenih posebnih tijela i to, prvo i detaljnije, u odnosu na *Bundestag*, a potom sumarno u odnosu na *Bundesrat*. Suradnja Savezne vlade i Donjeg doma u poslovima EU dodatno je regulirana Saveznim zakonom od 12. ožujka 1993. godine, a rad Odbora za pitanja EU detaljnije je uređen Poslovníkom Donjeg doma.²³ Temeljne su obveze Savezne vlade brzo pružanje informacija Donjem domu “o svim prijedlozima pravnih akata EU i o dokumentima EU koji bi mogli biti od interesa za Saveznu republiku Njemačku” te “tijekom pregovora u tijelima Unije svoje sudjelovanje temeljiti na stajalištima koje je o pojedinim pitanjima zauzeo Donji dom.”²⁴ Radi izvršavanja ovih ovlasti, osniva se Odbor za pitanja EU (dalje: Odbor EU).²⁵ Odbor EU se sastoji od 33 članova Donjeg doma i 15 njemačkih zastupnika iz Europskog parlamenta. Potonje imenuje predsjednik Donjeg doma za zahtjev političkih stranaka zastupljenih u Donjem domu čiji su članovi ujedno izabrani i za Europski parlament.²⁶ Europski zastupnici nemaju pravo glasa u Odboru, njihova je uloga osiguranje trajnog protoka informacija između nacionalnog i Europskog parlamenta. Svi su stalni odbori Donjeg doma, ovisno o području za koje su mjerodavni, nadležni sudjelovati u razmatranju pitanja vezanih za EU, a Odbor EU središnje je mjesto za koordinaciju i odlučivanje. On ima status matičnog odbora za pitanja europskih integracija, institucionalne reforme EU, izmjene Osnivačkih ugovora, proširenja EU te suradnje s Europskim parlamentom i nacionalnim parlamentima ostalih država članica.²⁷ Uz to, nadležan je za razmatranje prijedloga akata EU koji se odnose na više različitih područja te kanalizira rezultate rada drugih stalnih odbora dodajući vlastito mišljenje i prijedloge vezane za utjecaj i sadržaj predloženog europskog akta. Odbor u svom radu može pozivati stručnjake iz pojedinih područja te, kao i svi, drugi mjerodavni odbori prilikom razmatranja prijedloga ili dokumenata EU, pozvati članove Europskog parlamenta i Europske komisije, odnosno njihove službenike, ili poslati delegaciju na savjetovanje s mjerodavnim odborima Europskog parlamenta, ili s drugim tijelima EU.²⁸ Za razliku od svih drugih odbora Donjeg doma, Odbor EU ima široke mogućnosti djelovanja. Prvo, nakon dobivene ovlasti Donjeg doma, sukladno čl. 93a st. 2. Poslovnika, ovaj Odbor može u suradnji s drugim mjerodavnim odborima donijeti za Saveznu vladu obvezujuća mišljenja bez rasprave i odluke u plenumu Doma. Plenum može u svakom trenutku preuzeti izvršavanje ovog prava. Drugo, bez obzira na nadležnosti drugih odbora, on uvijek može na vlastitu inicijativu razmatrati sva pitanja vezana uz EU i dostaviti plenumu svoje prijedloge koji, u pravilu, imaju prevagu

²³ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union od 12. ožujka 1993. i Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, čl. 93. i 93a.

²⁴ Gesetz über die Zusammenarbeit..., čl. 5.

²⁵ Ibid., čl. 3.

²⁶ Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, čl. 93a. st. 6.

²⁷ O trajnoj suradnji nacionalnih parlamenata država članica vidi, *infra*, u 4.

²⁸ Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, čl. 93. st. 5. i 6.

u odnosu na različita mišljenja drugih stalnih odbora.²⁹ I treće, njegov predsjednik je ovlašten sazvati sjednicu izvan uobičajenog vremena i mjesta zasjedanja ako za to postoji hitna potreba.³⁰ U praksi je, nadalje, uobičajeno da Savezni premijer svakih pola godine neposredno prije zasjedanja Europskog vijeća EU održi govor pred Odborom EU i odgovara na pitanja o dnevnom redu predstojećeg Vijeća te općenito o stanju europskih integracija. Nadzor poštivanja obveze Savezne vlade da prilikom pregovora u Vijeću ministara EU uzima u obzir upute koje joj je dao savezni parlament, odnosno Odbor EU, ostvaruje se gotovo isključivo posredstvom obveze vlade da u što kraćem mogućem roku izvijesti o vlastitim nastojanjima i rezultatima tih pregovora. Ujedno je jedina sankcija na raspolaganju parlamenta utvrđivanje političke odgovornosti vlade, što u konačnici podrazumijeva konstruktivno izglasavanje nepovjerenja i izbor novog kancelara te, eventualno, i raspuštanje samog Donjeg doma.³¹ Odbor EU je u svojim redovnim godišnjim izvješćima uvijek sadržavao pozitivnu ocjenu postojećeg sustava nadzora Savezne vlade, naglašavajući da Donji dom “nesumnjivo zadržava važnu ulogu u donošenju političkih odluka na europskoj razini”.³² Izraženo je mišljenje da vlade poštuju svoju obvezu obavještanja, a posebice se izdvaja potreba bliže suradnje s drugim nacionalnim parlamentima.³³

Glavna uloga njemačkog Gornjeg doma (Saveznog vijeća), participacija zemalja u zakonodavstvu Saveza, odražava se i na pitanja EU. Budući da se razmatranje njegovog položaja u procesu utjecaja na izvršnu vlast svodi na pitanje ostvarenja federalnih značajki ove države, istaknut ćemo samo važnije elemente nadzora Saveznog vijeća. Savezna vlada, rečeno je, mora u najkraćem mogućem roku opširno izvijestiti, i *Bundestag*, i *Bundesrat*. Važnost stajališta potonjeg u oblikovanju uputa saveznog parlamenta razmjerna je utjecaju pojedine predložene mjere EU na zakonodavstvo, ustrojstvo vlasti ili upravni postupak njemačkih zemalja. U slučaju da sadržaj predloženih pravnih akata EU u bitnome zadire u isključive zakonodavne ovlasti zemalja, ostvarivanje prava koja pripadaju Njemačkoj kao državni članici EU prenosi se sa Saveza na zastupnike zemalja koje imenuje *Bundesrat*. Suradnja između Saveza i zemalja u pitanjima EU pobliže je regulirana saveznim zakonom.³⁴ Njegove odredbe, primjerice utvrđuju postupak u slučaju da Savezna vlada ne prihvati mišljenje

²⁹ Ibid., čl. 93a. st. 5.

³⁰ Ibid., čl. 93a. st. 3.

³¹ Temeljni zakon, čl. 67. i 68. Usporedi i *BVerfGE* 68, 1 (*Atomwaffenstationierung*), str. 109, u kojoj Savezni ustavni sud izričito naglašava da *Bundestag* uvijek zadržava svoje pravo utjecaja na bitne političke odluke i to davanjem uputa i smjernica vladi, odnosno raspuštanjem vlade i biranjem novog kancelara.

³² J. Schmidt, *Die Beteiligung des Bundestags beim Erlass von Rechtsverordnungen*, Duncker & Humblot, 2002., str. 101-103.

³³ Pregled izvještaja EU Odbora objavljuje se na internet stranici:

<<http://www.bundestag.de/ausschuesse/a21/index.html>>, 18. travnja 2008.

³⁴ *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*, od 2. ožujka 1993.

Saveznog vijeća,³⁵ obveznost mišljenja Saveznog vijeća u pitanjima od bitne važnosti za zemlje³⁶ i mogućnost sudjelovanja zemalja u postupku pred Europskim sudom.³⁷ *Bundesrat* također djeluje odborima te ima stalni odbor za pitanja EU. Od 1993. godine, Savezno vijeće imenuje posebno tijelo, Europsko vijeće (*Europakammer*), u koje se imenuje po jedan član iz svake zemlje. Odluke Europskog vijeća mogu zamijeniti odluku plenuma u hitnim situacijama kada bi čekanje odluke Saveznog vijeća *de facto* onemogućilo utjecaj na Saveznu vladu s obzirom na ritam djelovanja europskih tijela. Izbor, djelovanje i glasovanje u Europskom vijeću uređeni su Poslovníkom Saveznog vijeća.³⁸

Pored utjecaja saveznog parlamenta na Saveznu vladu, vezano za njeno sudjelovanje u zakonodavnom postupku na europskoj razini, valja razmotriti i pitanje primjene sekundarnog zakonodavstva EU u Njemačkoj. Odbor EU Donjeg doma nije nadležan za nadgledanje provedbe. Naime, temeljna je svrha Odbora osigurati sudjelovanje parlamenta tijekom kreiranja europske politike i pravnih akata, dok je zadaća provođenja europskog prava u djelokrugu drugih stalnih odbora mjerodavnih za pojedina područja. U Njemačkoj se direktive EU najčešće provode donošenjem uredbi na temelju zakonskog ovlaštenja (*Rechtsverordnungen*) temeljem čl. 80. Temeljnog zakona.³⁹ U praksi se postavilo pitanje primjenjuje li se na ovlašćujuće zakone, kojima savezni parlament prenosi ovlast provedbe direktiva EU ista materijalna ograničenja kao i na ostale delegirajuće zakone. Pri tomu se posebno ukazivalo na nekoliko različitih situacija: ovlaštenje za provođenje uredbi EU, koje su same po sebi vrlo detaljne i ostavljaju vrlo malo neriješenih pitanja i ovlaštenje za provođenje direktiva EU, koje mogu biti široko formulirane i dopuštati veliki izbor metoda i mogućnost za postizanje istog cilja; ovlaštenja koja se odnose na samo jedan određeni pravni akt EU i generalnih ovlaštenja za provođenje svih akata EU, koji se odnose na određenu materiju; samostalnih ovlaštenja i ovlaštenja koja djelomično proizlaze iz direktiva EU, a djelomično iz unutarnjeg pravnog poretka.⁴⁰ Razlozi koji se navode u prilog tezi da valja relativizirati zahtjeve iz čl. 80. kada je u pitanju primjena sekundarnog zakonodavstva EU su različiti.⁴¹ Neki autori navode da se ovlaštenje za primjenu može odnositi na sve akte EU pa tako i na buduće direktive u tom području. Stoga

³⁵ Ibid., čl. 5. st. 2., nakon neuspjelog usuglašavanja obvezujuće je mišljenje Saveznog vijeća ako je usvojeno dvotrećinskom većinom glasova.

³⁶ Ibid., čl. 6.

³⁷ Ibid., čl. 7.

³⁸ *Geschäftsordnung des Bundesrates*, čl. 45a.-45k., s posljednjim izmjenama od 8. lipnja 2007., BGBl I S. 1057.

³⁹ J. Schmidt, op. cit., str. 72-73 i 85. Zakonodavna delegacija radi primjene zakonodavstva EU vrši se donošenjem posebnih ovlašćujućih zakona ili uvrštavanjem ovlašćujućih odredbi u zakone koji ujedno i reguliraju istu materiju.

⁴⁰ D. Brand, *Die Vereinbarkeit der Rechtsverordnungsermächtigungen des Bundes zur Durchführung von EG-Rechtsakten und völkerrechtlichen Verträgen auf dem Gebiet des Umweltschutzes mit Artikel 80 I S. 2 Grundgesetz*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2000., str. 26-28.

⁴¹ Ibid., str. 94-99.

je nemoguće tražiti preveliku preciznost delegirajućih odredbi. Zakonodavac, osim toga, ne može provoditi vlastiti program jer je vezan izborima donesenim na europskoj razini. Članak 80., smatra se, odnosi se samo na pitanja u kojima je parlament slobodan odlučivati prema vlastitom nahodanju. Primjena sekundarnog zakonodavstva, naglašava se, tipično je izvršna djelatnost; nacionalni parlament zato mora zauzeti neutralnu poziciju i prepustiti egzekutivi reguliranje detalja. Nadalje, smatra se da je parlament doista izgubio dio svojih nadležnosti u korist EU te je u tim područjima primjena čl. 80. postala besmislena. To, međutim, ne znači da parlament nema mogućnosti utjecanja na vladu. Njegovi su mehanizmi u ovim slučajevima pravo obvezne suglasnosti, pravo izmjene prijedloga uredbi na temelju zakonske ovlasti te, u krajnjem slučaju, izglasavanje nepovjerenja i imenovanje nove vlade. Drugi dio doktrine navodi niz razloga u prilog ekvivalentne primjene čl. 80. na svaku zakonodavnu delegaciju u Njemačkoj pa tako i na delegaciju zbog primjene sekundarnog zakonodavstva EU.⁴² Osnovni je argument da zakon o ratifikaciji Osnivačkih ugovora ne dopušta sadržajnu izmjenu Temelnog zakona. Isto proizlazi i iz odredbi čl. 23. st. 1. Temelnog zakona te tumačenja Saveznog ustavnog suda o granicama primjene europskog zakonodavstva.⁴³ Sadržaj čl. 80. Temelnog zakona, stoga mora imati isti sadržaj neovisno o predmetu zakonodavne delegacije. Pukim ponavljanjem sadržaja direktivi EU, ukazuje se, savezni bi zakonodavac pretvorio normotvorni proces u posve izvršni postupak budući da se i prvi i treći korak u stvaranju prava u bitnome odvija unutar birokratskih struktura europskih tijela, odnosno domaće egzekutive, a drugi bi korak time postao puka formalnost. Osim toga, prenošenje djela suverenih prava na EU ne znači oslobađanje saveznog parlamenta od odgovornosti za domaće propise. On mora zadržati nadzornu funkciju u tom procesu. Zakonodavni postupak osigurava transparentnost i predvidljivost. Ovo je osobito važno u odnosu na primjenu direktiva EU koje određuju samo obvezatni cilj, a ne i izbor metoda te time ostavljaju široke mogućnosti djelovanja. Neke od njih sadržavaju manje detalja. Upravo je za njihovu primjenu bitan čl. 80. Nepoštivanje ograničenja i zahtjeva iz tog članka Temelnog zakona, omogućilo bi saveznom parlamentu davanje paušalnih i širokih ovlaštenja izvršnoj vlasti. Za to, naglašava se, ne postoje valjani razlozi. I konačno, uočava se, pravo EU, kako ga tumači Europski sud, ne zahtijeva neprimjenu odredbi domaćih ustava, pa tako svakako ni neprimjenu čl. 80. Temelnog zakona.

Savezni ustavni sud zauzeo je stajalište da je čl. 80. primjenjiv na zakonodavnu delegaciju radi primjene sekundarnog zakonodavstva EU i da nema osnove za ublažavanje kriterija.⁴⁴ Upravo suprotno, zakonodavac baš u ovim područjima regulacije koja su u nadležnosti EU, mora ostvariti nadzor nad

⁴² D. Brand, op. cit., str. 100-114.

⁴³ Vidi *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht*).

⁴⁴ *BVerfGE* 29, 198. U istom smislu, iako izvan konteksta primjene EU zakonodavstva, govori i *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), u kojoj se naglašava kako zakonodavac uvijek zadržava odgovornost za donošenje temeljnih političkih odluka.

egzekutivom, i tijekom stvaranja sekundarnog zakonodavstva, i naknadno, tijekom njegove primjene u domaćem poretku. U protivnom, došlo bi do opasnog narušavanja ustavne ravnoteže između zakonodavne i izvršne vlasti.

3.2. Francuska

Do 1979. godine, u Francuskoj nije postojalo posebno tijelo parlamentarnih domova u čijoj bi nadležnosti bilo praćenje europskog zakonodavstva i drugih pitanja vezanih uz Europske zajednice.⁴⁵ Uslijed rastućeg utjecaja europskog pravnog sustava na države članice u francuskom je parlamentu narasla bojazan pred gubitkom sve većeg dijela zakonodavnih ovlasti, posebice naglašena slabim protokom informacija i činjenicom da pravni poredak EZ ne razlikuje zakonodavnu od izvršne materije kao što to čini Ustav V. republike, već ukupnost zakonodavstva prepušta izvršno-birokratskim mehanizmima. S namjerom osnaživanja svojeg položaja u procesu stvaranja europskog zakonodavstva oboje, Nacionalna skupština i Senat te su godine osnovali vlastite Delegacije za Europsku zajednicu.⁴⁶ Delegacije funkcioniraju donekle slično stalnim odborima, no njihova je primarna zadaća politički nadzor nad vladom u njenim europskim aktivnostima. Za razliku od ostalih šest stalnih odbora svakog doma koji su predviđeni Ustavom V. republike,⁴⁷ Delegacije imaju isključivo zakonsku osnovu. Tijekom prvih godina svojeg djelovanja imale su vrlo skromnu ulogu. Tek nakon donošenja Jedinstvenog europskog akta 1986. godine i sklapanja Ugovora o EU 1992. godine, njihov se položaj u bitnome izmijenio. Prije svega, 1990. godine,⁴⁸ povećan je broj njihovih članova s 18 na 36.⁴⁹ Članovi moraju odražavati omjer snaga političkih grupacija u svakom domu, a imenuju se između članova ostalih stalnih odbora s obzirom na to da pitanja koja se razmatraju u Delegaciji uključuju vrlo različite materije. Ovaj sustav ujedno olakšava komunikaciju s drugim odborima. Uveden je i novi mehanizam prikupljanja informacija: Delegacije su dobile ovlast pozivanja i saslušavanja članova vlade i predstavnika europskih tijela. Delegacija Nacionalne skupštine danas redovito poziva ministra vanjskih poslova nakon održanog Europskog vijeća i traži izvještaj o stanju europske integracije. Također su dobile mogućnost

⁴⁵ Do tada je, naime, Europski parlament bio sastavljen od predstavnika nacionalnih parlamenata. Predstavnici iz Nacionalne skupštine redovno su podnosili godišnje izvješće Odboru za vanjske poslove o temeljnim pitanjima unutar EZ. Vidi internet stranicu: <<http://www.assemblee-nationale.fr/europe/>>, 24. rujna 2004.

⁴⁶ Zakon od br. 79-564 od 6. srpnja 1979. (*Loi portant adjonction d'un art. 6 bis a l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires en vue de la création des délégations parlementaires pour les Communautés européennes*).

⁴⁷ Ustav V. republike, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/c1958web.htm>>, čl. 43. st. 2.

⁴⁸ Zakon od 10. svibnja 1990. (*Loi Josselin*).

⁴⁹ Međutim, u odnosu na druge stalne odbore taj broj nije velik budući da, primjerice Odbor za kulturu, obitelj i socijalna pitanja može imati do 145 članova. <<http://www.assemblee-nationale.fr/europe/>>, 24. rujna 2004.

objavljivanja izvješća o bilo kojem predmetu kojeg smatraju važnim. Konačno, 1994. godine njihovo je ime promijenjeno u Delegacije za Europsku uniju.⁵⁰

Položaj francuskog parlamenta u odnosu na pravne akte EU, ojačan je izmjenama Ustava prilikom ratifikacije Ugovora iz Maastrichta, Ugovora iz Amsterdama i Ugovora iz Lisabona. Sukladno čl. 54. Ustavno je vijeće nadležno za utvrđivanje suglasnosti neke međunarodne obveze s ustavom. U slučaju nesuglasnosti međunarodni se ugovor može ratificirati tek nakon odgovarajuće izmjene ustava. Budući da je Ugovor o Europskoj uniji proglašen djelomično nesuglasnim s Ustavom V. republike,⁵¹ parlament je prije njegove ratifikacije izvršio reviziju ustava.⁵² Tom je prilikom dodana nova glava XIV koja je u cijelosti posvećena Europskoj zajednici i Europskoj uniji. Za naše je istraživanje značajan novi čl. 88-4. Njegov prvi stavak obvezuje vladu podnositi Nacionalnoj skupštini i Senatu svaki nacrt ili prijedlog instrumenta Europske zajednice ili Europske unije koji sadrži odredbe, sukladno podjeli materija u francuskom ustavu, zakonodavne prirode čim takav tekst bude podnesen Vijeću Europske unije. Iako to ustavna odredba izričito ne propisuje, Državno je vijeće u praksi nadležno za ocjenu prirode svakog nacrta ili prijedloga, pa vlade, u pravilu, prethodno traže njegovo mišljenje. Osim toga, nakon ustavne revizije iz 1999. godine,⁵³ vlada je ovlaštena podnijeti domovima svaki europski dokument koji, iako nije zakonodavne prirode, zbog svoje važnosti može zahtijevati očitovanje parlamenta. Ovime su obuhvaćeni svi akti EU, uključujući drugi i treći stup. U odnosu na te dokumente, međutim, radi se o pravu, a ne i obvezi vlade. Prema drugom stavku članka 88-4 domovi francuskog parlamenta mogu, sukladno odredbama svojih poslovnika, donositi rezolucije o navedenim nacrtima, prijedlozima ili dokumentima.

Na prvi je pogled vidljivo da ustavne odredbe propisuju samo obvezu informiranja parlamenta. Ne spominje se pravni status parlamentarnih rezolucija, ne određuje se njihova obvezatnost niti se predviđa bilo kakva povratna informacija vlade prema parlamentu nakon konačnog usvajanja europskog zakonodavnog akta. Detalje postupka parlamentarnog nadzora valjalo je

⁵⁰ Zakon br. 94-465 od 10. lipnja 1994., čl. 1.

⁵¹ *Conseil constitutionnel*, odluka br. 92-308 DC od 9. travnja 1992. (*Maastricht I*). Problematičnima su ocijenjene odredbe o pravu državljana EU sudjelovati na lokalnim izborima, kao i odredbe o daljnjoj fazi monetarne i ekonomske integracije.

⁵² Ustavni zakon br. 92-554 od 25. lipnja 1992. Osim navedenih pitanja (čl. 2. st. 2. i čl. 88-1. do 88-4.), tom je revizijom ojačan i položaj Senata u odnosu na prekomorske teritorije (čl. 74. st. 2. i 3.) te je proširen krug ovlaštenika za pokretanje postupka ocjene suglasnosti međunarodnog ugovora s ustavom (čl. 54.). Ustavno je vijeće tada bilo pozvano odlučivati o suglasnosti Ugovora o EU s izmijenjenim ustavom te je utvrdilo suglasnost. Odluka br. 92-312 od 2. rujna 1992. (*Maastricht II*). Nakon usvajanja zakona o ratifikaciji na referendumu, Ustavno je vijeće bilo ponovno pozvano odlučivati, ali se oglasilo nenadležnim za ocjenu ustavnosti zakona izglasanih na referendumu. Odluka br. 92-313 od 23. rujna 1992. (*Maastricht III*).

⁵³ Ustavni zakon br. 99-49 od 25. siječnja 1999. donesen je nakon što je Ustavno vijeće proglasilo odredbe Ugovora iz Amsterdama koje se odnose na vize, azil i slobodno kretanje osoba nesuglasne s Ustavom. *Conseil onstitutionnel*, odluka br. 97-394 od 31. prosinca 1997.

regulirati odredbama poslovnika parlamentarnih domova.⁵⁴ Oba su poslovnika predviđala obveznu snagu rezolucija, a Senat je odredio obvezu vladi da mu preda sve dokumente koje od nje zatraži. Budući da su poslovници parlamentarnih domova podložni obveznoj prethodnoj ocjeni Ustavnog vijeća⁵⁵ ovo se tijelo o njima očitovalo i suzilo ovlasti domova na usko jezično tumačenje čl. 88-4.⁵⁶ Tom se prilikom Ustavno vijeće pozvalo na svoje rane odluke iz 1959.⁵⁷ u kojima je utvrđeno da je svaki pokušaj parlamenta da poslovničkim odredbama proširi svoj utjecaj ili nadzor nad vladom protivan ustavu te da mu u tu svrhu pripada isključivo ustavom predviđeni mehanizam izglasavanja nepovjerenja vladi. Vijeće je naglasilo kako rezolucije imaju “isključivo snagu mišljenja” te one “ne mogu ograničiti ovlasti vlade koje joj pripadaju prema odredbama Ustava, niti njihovo donošenje može ujedno predstavljati izglasavanje nepovjerenja vladi.”⁵⁸ Vlada sama može odlučiti o redu prioriteta prilikom razmatranja pojedinih pitanja vezanih za članstvo u EU, a ukinuta je i poslovnička odredba Senata da mu vlada mora podnijeti svaki zatraženi europski dokument. Kasnije je ovo pravo zakonom podijeljeno Delegacijama za EU.

Razmotrimo sada tijek postupka informiranja parlamenta i donošenja rezolucija o nacrtima i prijedlozima pravnih akata EU.⁵⁹ U oba doma presudnu ulogu igra Delegacija za Europsku uniju, a tijek je postupka uglavnom isti. Tekst instrumenta koji vlada podnosi domovima dostavlja se Delegaciji. Nakon detaljnog razmatranja, ona donosi jednu od tri moguće odluke. Prvo, Delegacija može odobriti nacrt ili prijedlog europskog instrumenta te usvojiti zaključak ili prijedlog rezolucije u kojem detaljno objašnjava svoje stajalište. Drugo, u slučaju kada smatra da ne posjeduje dostatne informacije za pravilnu ocjenu podnietog teksta, može imenovati člana izvjestitelja čiji je zadatak detaljnije ispitivanje dotične materije. I treće, Delegacija se može protiviti usvajanju podnesenog nacrta ili prijedloga te tada donosi zaključak ili obrazloženi prijedlog “negativne” rezolucije. U svakom slučaju, svoje mišljenje prosljeđuje jednom od šest stalnih odbora ovisno o području nadležnosti. Prijedlog rezolucije može izraditi i bilo koji član parlamenta, no nadležni će ga odbor razmotriti samo ako to zatraži vlada ili vođa parlamentarne političke grupacije.

⁵⁴ Izmjena Poslovnika Nacionalne skupštine od 18. studenog 1992. i izmjena Poslovnika Senata od 15. prosinca 1992. godine.

⁵⁵ Ustav V. republike, čl. 61. st. 1.

⁵⁶ *Conseil onstitutionnel*, odluka br. 92-314 od 17. prosinca 1992. i odluka br. 92-315 od 12. siječnja 1993. U prvoj je odluci utvrdio ustavnost poslovnika Nacionalne skupštine, ali uz uvjet poštivanja određenih interpretativnih smjernica, dok je izmjene poslovnika Senata djelomično ukinuo, a djelomično precizirao smjernicama.

⁵⁷ *Conseil onstitutionnel*, odluka br. 59-2 od 17., 18. i 24. lipnja 1959. i odluka br. 59-3 od 24. i 25. lipnja 1959.

⁵⁸ Ustavno se vijeće ovdje pozvalo na čl. 20. st. 1. i 2. koji kažu da vlada određuje i vodi državnu politiku te da je odgovorna Parlamentu pod uvjetima i po postupku predviđenom u čl. 49. i 50.

⁵⁹ *Règlement de l'Assemblée nationale*, <<http://www.assemblee-nat.fr/connaissance/reglement.asp>>, zadnja izmjena 7. lipnja 2006., čl. 151-1. do 151-4. i *Règlement de Sénat*, <<http://www.senat.fr/reglement/reglement.html>>, zadnja izmjena 2. veljače 2008., čl. 73bis.

Odbor u roku od mjesec dana mora iznijeti svoje mišljenje te prihvatiti, odbiti ili izmijeniti prijedlog rezolucije koji je izradila Delegacija ili pojedini zastupnik. Prijedlog rezolucije može biti uvršten na dnevni red doma u daljnjem roku od 8 (Nacionalna skupština), odnosno 10 (Senat) dana⁶⁰ pa konačni tekst rezolucije izglasava dom u plenumu. U slučaju da nije traženo uvrštavanje ovog pitanja na dnevni red, odnosno da ono nije uvršteno na dnevni red, tekst rezolucije usvojen u nadležnom odboru smatra se konačnim te se rezolucija dostavlja vladi.⁶¹ Moguće je, dakle da rezolucija u ime pojedinog doma bude donesena bez rasprave i glasanja u plenumu. Rezolucije, rekli smo, ne predstavljaju pravno obvezujuća mišljenja, ali se očekuje da ih vlada uzme u obzir prilikom pregovaranja na europskoj razini. Poslovnik Nacionalne skupštine određuje da su za razmatranje vladinog izvještaja o učincima rezolucije nadležni oboje, mjerodavni stalni odbor i Delegacija za EU.⁶²

Nakon svega rečenog, nameće se zaključak da učinkovitost parlamentarnog nadzora u odnosu na sekundarno zakonodavstvo EU u Francuskoj ovisi, s jedne strane o dobroj volji vlade, a s druge o racionalnom postupanju domova parlamenta. Vlada, naime nema formalnu obvezu zastupati stajalište izraženo u rezolucijama parlamenta. Takvo je stanje izričito potvrdilo i Ustavno vijeće. Vlada ne može biti pozvana na odgovornost samo zbog nepoštivanja mišljenja parlamenta. Uz to, pravo donošenja rezolucije o svakom instrumentu imaju oba doma parlamenta. Iako se može braniti gledište da bi u slučaju različitih rezolucija trebao prevladati stav Nacionalne skupštine,⁶³ svakako je jasno da eventualno izražena različita mišljenja još više oslabljuju položaj parlamenta i daju dodatni legitimitet vladinom diskrecionom nastupanju u europskom zakonodavnom postupku. U praksi se pokazalo da domovi uvelike surađuju i nastoje unaprijed usuglasiti gledišta.⁶⁴ Smatra se ujedno da “rezolucije ne smiju biti previše detaljne... one, naime, ne daju parlamentu pravo veta na pregovore u Zajednici, već mu samo omogućavaju izražavanje svojeg mišljenja i skretanje pažnje vlade na probleme koji mogu proizaći uslijed usvajanja pojedine europske mjere.”⁶⁵ Danas postoji realna vjerojatnost da će vlada poslušati mišljenje parlamenta samo ako i sama zastupa isto stajalište. U ostalim slučajevima parlament nema mogućnosti utjecaja na njeno djelovanje u stvaranju europskog zakonodavstva. Parlament, međutim, zbog vlastitog kredibiliteta

⁶⁰ Takav zahtjev mogu podnijeti predsjednik nadležnog odbora, predsjednik Delegacije, vođa političke grupacije i vlada. *Règlement de l'Assemblée nationale*, čl. 151-3. st. 1. i *Règlement de Sénat*, čl. 73bis st. 8.

⁶¹ Rezolucije Senata dostavljaju se i Nacionalnoj skupštini. *Règlement de Sénat*, čl. 73bis st. 11.

⁶² *Règlement de l'Assemblée nationale*, čl. 151-4. st. 1.

⁶³ Povjerenje vladi, naime daje samo Nacionalna skupština. Ustav V. republike, čl. 49.

⁶⁴ G. Alberton, “L'article 88-4 de la Constitution ou l'avènement d'un nouveau Janus constitutionnel”, u: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, br. 4, 1995., str. 924-926.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 935.

nastoji da njegove rezolucije imaju učinak na konačno djelovanje egzekutive. Upravo je ta činjenica dovela do suprotnog učinka čl. 88-4: parlament u praksi modificira svoje rezolucije kako bi u njima izražena gledišta bila što bliže vladinim. Vlada, pak, pozivom na rezolucije nacionalnog parlamenta dobiva dodatni legitimitet i pregovaračku snagu u europskim tijelima. Pokazalo se da ovaj mehanizam omogućava francuskoj vladi discipliniranje vlastite većine, a istovremeno ju osnažuje i u odnosu na EU.

U Francuskoj se za primjenu sekundarnog zakonodavstva EU također često koriste upravo uredbe na temelju zakonske ovlasti, tj. *ordonnances*.⁶⁶ Pri tomu se uglavnom ne javljaju posebna pitanja budući da se na njih primjenjuju jednaka pravila, kao i na druge slučajeve zakonodavne delegacije. Ustavno je vijeće jednom prilikom odlučivalo o dopustivosti delegacije koja se odnosi na buduće direktive.⁶⁷ Predlagatelji su, naime smatrali da ovlaštenje za primjenu direktivi koje još nisu usvojene, vrijeđa nadzorno pravo parlamenta očitovanja o nacrtima i prijedlozima pravnih akata EZ i EU, koji sadrže odredbe zakonodavne prirode, a koje pravo je zajamčeno u čl. 88-4 Ustava V. republike. Ustavno vijeće nije prihvatilo ovakvo tumačenje, naglašavajući kako se čl. 88-4 primjenjuje isključivo na parlamentarni nadzor tijekom donošenja europskog akta. Primjena i prevođenje u unutarnje pravo jednom usvojenog akta nisu obuhvaćeni njegovim značenjem. Zakonodavna delegacija radi primjene budućih zakonodavnih akata EZ, odnosno EU nije, dakle protivna čl. 88-4.⁶⁸ Uz to, Ustavno je vijeće podsjetilo da delegirajući zakoni ne mogu ovlastiti vladu da uredbama krši ustavna prava i načela. Zakonodavna delegacija radi primjene sekundarnog zakonodavstva EU ne predstavlja iznimku.

3.3. Italija

Odnos prava Europske unije i talijanskog pravnog poretka obilježavaju dvije temeljne karakteristike relevantne za naše istraživanje. Prva je karakteristika da Ustav Italije ne sadrži izričite odredbe koje se odnose na Europsku zajednicu ili Europsku uniju. Za razliku od većine drugih država članica EU, Italija nije revidirala svoj ustavni tekst radi ratifikacije Osnivačkih ugovora i njihovih kasnijih izmjena budući da Ustavni sud Italije, već od prvog predmeta koji se ticao prava EZ,⁶⁹ smatra kako za to nema potrebe. Ustavni temelj sudjelovanja Italije u EU i danas čini čl. 11. koji omogućava ograničenja suvereniteta, ali s

⁶⁶ Delegirajući zakoni ponekad se odnose i na više direktiva EU koje reguliraju različite materije. Primjerice, zakon br. 2001-1 od 3. siječnja 2001. i zakon br. 2004-237 od 18. ožujka 2004.

⁶⁷ *Conseil constitutionnel*, odluka br. 2003-473 DC od 26. lipnja 2003.

⁶⁸ U konkretnom se predmetu radilo o delegaciji radi primjene dvaju direktiva koje su već bile razmotrene u francuskom parlamentu te se pretpostavljalo da će uskoro biti usvojene u Vijeću ministara. *Ibid.*, točka 8.

⁶⁹ *Corte costituzionale*, odluka br. 14 iz 1964. godine. Isti je predmet razmatrao i Europski sud te je poznat pod nazivom *Costa v. ENEL*, predmet 6/1964.

primarnim ciljem osiguranja mira i pravednosti među narodima.⁷⁰ Drugim riječima, mehanizmi parlamentarnog nadzora nad sudjelovanjem vlade u stvaranju sekundarnog zakonodavstva nemaju posebnu ustavnu osnovu, već su razvijeni u praksi i regulirani djelomično zakonima, djelomično poslovnica domova talijanskog parlamenta. Pravni izvori koji uređuju parlamentarnu djelatnost u odnosu na sudjelovanje u zakonodavnom postupku na europskoj razini i u odnosu na primjenu prava Zajednice u domaćem pravnom poretku Italije su: zakon iz 2005. godine pod nazivom "Opće odredbe o sudjelovanju Italije u normativnom postupku Europske unije i o postupku izvršavanja obveza Zajednice"⁷¹ te poslovnicu Zastupničkog doma⁷² i Senata.⁷³ Druga karakteristika se sastoji u činjenici da je Italija među država članica s najslabijim postotkom izvršavanja sekundarnog zakonodavstva, tj. država s velikim zakašnjenjem u donošenju nacionalnih mjera kojima se realiziraju ciljevi određeni u europskim direktivama.⁷⁴ Radi poboljšanja kroničnog stanja neažurnosti u Italiji je, počevši od kraja 80-ih godina prošlog stoljeća postupno reformiran sustav primjene sekundarnog zakonodavstva koji se danas primarno oslanja na zakonodavnu delegaciju. Razmotrimo detaljnije obje karakteristike.

Sudjelovanje talijanskog parlamenta u postupku stvaranja europskog sekundarnog zakonodavstva gotovo se u potpunosti realizira radom posebnih parlamentarnih odbora. Matični odbor za poslove Europske unije je stalni odbor za politike Europske unije (*Commissione permanente "Politiche dell'Unione Europea"*) Zastupničkog doma,⁷⁵ odnosno Senata.⁷⁶ Sastav oba Odbora odražava razmjer parlamentarnih političkih grupacija, a članovi Odbora Senata ujedno su

⁷⁰ Ustav Italije, <<http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>>, čl. 11.: "Italija osuđuje rat kao sredstvo agresije protiv slobode drugih naroda i kao sredstvo rješavanja međunarodnih sporova; suglasna je, pod uvjetom ravnopravnosti s drugim državama, prihvatiti ograničenja suvereniteta nužna radi uspostave sustava usmjerenog na očuvanje mira i pravednosti među državama; promiče i potiče međunarodne organizacije koje imaju takve ciljeve." Granice primjene europskog prava u Italiji, međutim, određuje Ustavni sud. Vidi, *supra*, bilj. 553.

⁷¹ Zakon br. 11, od 4. veljače 2005. godine, tzv. *Legge comunitaria 2005*. Ranije su ovu materiju regulirali, tzv. zakon *Fabbi* (Zakon br. 183 iz 1987.) i zakon *La Pergola* (Zakon br. 86 iz 1989.).

⁷² *Regolamento della Camera dei deputati*, <<http://www.camera.it/files/regolamento/regolamento.doc>>, stanje 15. travnja 2008.

⁷³ *Regolamento del Senato*, <http://www.senato.it/istituzione/regolamento_senato/index.htm>, stanje 15. travnja 2008.

⁷⁴ O primjeni direktiva u Italiji prije 2000. godine vidi, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 12. izd., Edizione Giuridiche Simone, 2001., str. 139. Redovita dvomjesečna izvješća Europske komisije o primjeni direktiva EU u svim državama članicama od 2000. nadalje vidi na internet stranici *Progress in notification of national measures implementing directives*, <http://ec.europa.eu/community_law/docs/docs_directives/>, 18. travnja 2008.

⁷⁵ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 21. st. 1., osnovan je 1996. kao posljednji (četnaesti) stalni odbor Zastupničkog doma.

⁷⁶ *Regolamento del Senato*, čl. 23. st. 1. Od osnivanja 17. lipnja 1968. do 7. veljače 2003., kada je pretvoren u stalni odbor, djelovao kao Povjerenstvo za poslove Europskih zajednica (*Giunta per gli affari delle Comunità europee*). *Giunta* je imala slične ovlasti kao i današnji Odbor za politike EU.

i članovi nekog od drugih trinaest stalnih odbora.⁷⁷ Vlada je obvezna podnijeti Odborima za politike EU oba doma⁷⁸ sve zakonodavne akte i nacрте zakonodavnih akata koje usvoji Vijeće ministara ili Europska komisija nakon njihova objavljivanja u službenim novinama Europskih zajednica. Od 2000. godine, Predsjednik vlade, odnosno ministar nadležan za poslove Europske unije, mora predati i sve druge dokumente koji prethode i/ili prate donošenje zakonodavnih akata Unije.⁷⁹ Ovime su obuhvaćeni svi informativni i savjetodavni dokumenti, prethodni zaključci, tzv. planovi aktivnosti, “bijeje” i “zelene” knjige i sl. Obveza uključuje i sve akte i mjere u okviru drugog i trećeg stupa EU. Vlada predaje dokumente odmah nakon zaprimanja te označava predviđeni datum njihova razmatranja ili usvajanja u tijelima Unije. Odbor za politike EU prilaže svoje mišljenje i prosljeđuje dokumente stalnom/im odboru/ima nadležnom/ima prema predmetu akta, odnosno mjere. U roku od 30 dana, nadležni odbori izrađuju svoje konačno mišljenje i prijedloge vezane za dotični dokument te ga dostavljaju predsjedniku drugog doma i Vladi.⁸⁰ U slučaju da stalni odbori ne donesu mišljenje u predviđenom roku, Odbor za politike EU može odlučiti o sadržaju konačnog mišljenja i uputa. Ako, pak, ne bude upućeno mišljenje prije isteka u dokumentu naznačenog roka, Vlada slobodno dalje nastupa u pregovorima na europskoj razini prema vlastitom nahođenju.⁸¹ Odbori za politike EU mogu održati raspravu o određenom pitanju uz nazočnost nadležnog ministra, a povodom prijedloga akta Europske komisije, odnosno povodom uvrštavanja određenog prijedloga ili pitanja na dnevni red Vijeća ministara.⁸² Međutim, oni tada ne donose obvezujuća mišljenja, već svoje zaključke upućuju plenumu doma. Isto tako, Odbori za politike EU mogu održati raspravu povodom rezolucija Europskog parlamenta te donijeti svoje zaključke i uputiti ih plenumu.⁸³ U svakom slučaju, svi stalni odbori mogu, uz suglasnost predsjednika odgovarajućeg doma, pozvati članove Europskog parlamenta i Europske komisije da prisustvuju njihovim sjednicama i pruže odgovarajuće informacije o djelovanju i politici institucija EU.⁸⁴

⁷⁷ Suprotno tomu, odredbe Poslovnika Zastupničkog doma izričito zabranjuju istoj osobi biti član više odbora. *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 19. st. 3.

⁷⁸ Vlada je dužna podnijeti dokumente i regijama, odnosno autonomnim provincijama. Federalne karakteristike regionalnog ustroja Italije ne razmatramo u ovom radu.

⁷⁹ *Zakon La Pergola*, čl. 1bis, dodan čl. 6. *Legge comunitaria 2000*.

⁸⁰ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 25. st. 4., nalaže da stalni odbori prilikom određivanja plana svojeg rada moraju omogućiti pravodobno razmatranje i odlučivanje o prijedlozima akata Europske unije.

⁸¹ U posljednjih 10 godina Odbori su često upućivali svoja mišljenja i smjernice vladi. Vlada ih je uvijek uzimala u obzir prilikom pregovaranja u tijelima Unije.

<<http://www.parlamento.it/organismiparlamentari/XIVcommissione/html>>, 29. rujna 2004.

⁸² *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 126bis. *Regolamento del Senato*, čl. 142. st. 1., određuje da takvu raspravu Odbor održava na zahtjev Vlade ili osam senatora.

⁸³ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 125., Odbor može donijeti i rezoluciju. *Regolamento del Senato*, čl. 143.

⁸⁴ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 127ter. *Regolamento del Senato*, čl. 144quater.

Informiranje i izvještavanje parlamenta, sastavni čimbenici učinkovitog nadzora, u Italiji su zajamčeni s nekoliko daljnjih mehanizama. Prvo, zakon obvezuje ministra nadležnog za poslove Europske unije da do 31. siječnja tekuće godine izvijesti parlament o: a) razvoju europske integracije s posebnim osvrtom na djelatnost Vijeća ministara, institucionalna pitanja, pitanja vanjske politike i suradnje u unutarnjim poslovima i općem usmjerenju politike EU; b) sudjelovanju Italije u stvaranju europskog zakonodavstva i stajalištima koje je zastupala/koja zastupa vlada u odnosu na pojedina područja regulacije u nadležnosti EU i c) o poduzetim mjerama u Italiji za ostvarenju gospodarske i socijalne Unije te o dotoku financijskih sredstava i odlukama Revizorskog suda EU koje se odnose na Italiju.⁸⁵ Domovi usvajaju rezolucije kojima se očituju na podnijeta izvješća. Drugo, temeljem odluke Povjerenstva za poslovnik⁸⁶ Zastupnički dom od 2000. godine, neovisno o izvješću vlade razmatra i godišnji program rada Europske komisije i Vijeća ministara na način da svaki stalni odbor analizira materiju iz svoje nadležnosti i pripremi mišljenje. Izvjestitelj svakog odbora tada izlaže zaključke pred Odborom za politike EU koji potom, u suradnji s talijanskim predstavnicima u europskom parlamentu, priprema konačno mišljenje i dostavlja ga predsjedniku Zastupničkog doma. Dom u plenumu održava raspravu na kojoj se mogu usvojiti obvezujuće rezolucije upućene vladi. Treće, tajništva domova prate odluke Europskog suda i šalju ih stvarno nadležnim odborima te Odboru za politike EU.⁸⁷ Rasprava se odvija u nadležnom odboru uz prisustvo člana vlada i izvjestitelja Odbora za politike EU. Usvojeno mišljenje o eventualnim potrebama izmjene ili dopune domaćeg zakonodavstva radi usuglašavanja sa stajalištem Europskog suda šalje se vladi i predsjedniku drugog doma. I četvrto, vlada je obvezna obavijestiti domove o stajalištima regija i autonomnih provincija o pitanjima europske politike koja zadiru u njihov djelokrug, sukladno glavi V Ustava Italije.⁸⁸

Iz svega izloženog, zaključujemo da je položaj talijanskog parlamenta u odnosu na vladu, kada je riječ o odlučivanju na europskoj razini, mnogo bolji od položaja francuskog parlamenta. Iako nadzorni mehanizmi potonjeg imaju ustavnu osnovu, njihov je sadržaj mnogo uži. Obveza talijanske vlade da u svojim pregovorima slijedi parlamentarne smjernice, najčešće izrađene u parlamentarnim odborima, popraćena je punom političkom odgovornošću i mogućnošću izglasavanja nepovjerenja u bilo kojem domu. Talijanska vlada, naima mora imati povjerenja oba doma,⁸⁹ a ta činjenica daje veću relativnu

⁸⁵ *Legge comunitaria 2005*, čl. 15.

⁸⁶ Postupak je uvela *Giunta per il regolamento della Camera dei deputati. Il Parlamento italiano e l'Unione europea-Ulteriori informazioni*, <http://www.camera.it/Europ_rap_int/894/7900/7902/documentotesto.asp>, 30. rujna 2004.

⁸⁷ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 127bis. *Regolamento del Senato*, čl. 144ter, navodi da se podnose samo "najvažnije odluke".

⁸⁸ *Legge comunitaria 2005*, čl. 16.

⁸⁹ Ustav Italije, čl. 94.

snagu svakom domu posebno.⁹⁰ Primjećuje se da talijanska vlada ne mora dostaviti nacрте europskih zakonodavnih akata *odmah*, već *tek nakon* njihova objavljivanja u službenim novinama Unije. Ovo načelno ostavlja vladi mogućnost manipuliranja s vremenom koje u konačnici stoji na raspolaganju parlamentu za donošenje obveznih mišljenja, prijedloga i smjernica. No, navedeni mehanizmi izvještavanja parlamenta i, posebice, rješenja usvojena na razini Europske unije s ciljem pravodobnog informiranja nacionalnih parlamenta i ostavljanja razumnog roka za njihovo očitovanje, o čemu raspravljamo, *infra*, u 4., čine takvu zabrinutost bespredmetnom.

Primjena sekundarnog zakonodavstva u Italiji do 1987. obavljala se pojedinačnim zakonima ili zakonodavnim delegacijama i općenito je bila prespora. Prvi se pokušaj poboljšanja očitovao u favoriziranju samostalnih podzakonskih akata vlade, ministara i drugih upravnih organizacija kao načina primjene direktivi EU.⁹¹ Današnji sustav predviđa donošenje godišnjih zakona za primjenu zakonodavstva Zajednice (*legge comunitaria*) čime se osigurava periodična prilagodba domaćeg pravnog poretka pravnom poretku Unije. Vlada je obvezna svake godine, do 31. siječnja, podnijeti parlamentu prijedlog zakona koji određuje način primjene aktualnog zakonodavstva Zajednice.⁹² Uz prijedlog godišnjeg zakona, podnosi se i izvješće: o usuglašenosti domaćeg pravnog poretka s pravom Zajednice s posebnim naglaskom na eventualne povrede, utvrđene presudom Europskog suda, koje je Italija počinila neizvršenjem europskih obveza; o direktivama koje nisu izvršene, iako je protekao za to predviđeni rok i o razlozima takvog propusta te o regionalnim zakonima koji su donijeti radi primjene direktiva. Poslovnici domova detaljnije uređuju postupak donošenja godišnjih zakona. Prijedlog godišnjeg zakona dostavlja se Odboru za politike EU i drugim stvarno nadležnim odborima. Stalni odbori moraju izraditi zaključke u roku od 15 dana, odrediti izvjestitelja koji će ih prezentirati Odboru za politike EU te, eventualno, imenovati izvjestitelje koji zastupaju manjinsko mišljenje odbora.⁹³ Protekom roka, Odbor za politike EU nastavlja s analizom prijedloga godišnjeg zakona, bez obzira jesu li mu dostavljena mišljenja nadležnih odbora. U sljedećih 30 dana, Odbor održava raspravu i usvaja konačne zaključke koje prosljeđuje domu u plenumu zajedno s mišljenjima stalnih odbora.⁹⁴ Domovi u plenumu izglasavaju godišnji zakon o primjeni prava Zajednice. U opisanom postupku donošenja

⁹⁰ Dapače, problem talijanskog parlamentarizma zasnovanog na razmjernom izbornom sustavu desetljećima je bilo održavanje stabilnosti vlade, a trajanje pojedinih vlada uglavnom se produžilo prelaskom na mješoviti izborni sustav početkom 90-ih godina 20. stoljeća. Tada se 75% članova, i Zastupničkog doma, i Senata, biralo sustavom relativne većine, a 25% razmjernim sustavom. Od 2005. godine, Italija se ponovo vratila razmjernom izbornom sustavu.

⁹¹ Zakon *Fabbri*.

⁹² *Legge comunitaria 2005*, čl. 8.

⁹³ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 126ter. st. 1. i 2. *Regolamento del Senato*, čl. 144bis., st. 1. i 2. Izvjestiteljima stalnih odbora u Senatu u pravilu se imenuju osobe koje su ujedno i članovi Odbora za politike EU.

⁹⁴ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 126ter. st. 3. *Regolamento del Senato*, čl. 144bis., st. 3.

godišnjeg zakona, istovremeno se od odbora do plenuma, razmatra i ranije spomenuto godišnje izvješće ministra o stanju europske integracije i sudjelovanju Italije. Tako je, u svim oblicima parlamentarnog rada, institucionalizirano periodično sveobuhvatno razmatranje pitanja vezanih za članstvo u EU (tzv. *sessione comunitaria*). Uz to, predviđeno je da u službenim novinama Italije (*Gazzetta Ufficiale*) budu objavljeni rokovi unutar kojih država mora ispuniti određenu obvezu koja proizlazi iz direktive, predmet regulacije direktive i svaki nacionalni pravni akt kojima se te obveze izvršavaju.⁹⁵ Na temelju takvih podataka, moguće je utvrditi neispunjenje obveza iz direktive koje, protekom roka, dobivaju izravni učinak, kada je pojedine odredbe moguće primijeniti bez državne intervencije (tzv. *self-executing* odredbe).

Spomenimo ovdje i nadležnost Odbora za politike EU pri ispitivanju suglasnosti ostalih prijedloga domaćih zakona s pravnim poretkom Unije. Taj je odbor nadležan, i u redovnom, i u skraćenom zakonodavnom postupku, za davanje mišljenja o suglasnosti svih prijedloga zakona s pravnim poretkom EU.⁹⁶ U skraćenom postupku, njegovo mišljenje ima veću pravnu snagu (*pareri rinforzati*). Naime, temeljem čl. 72. st. 2.-4. Ustava Italije, poslovnicu parlamentarnih domova uređuju postupak donošenja zakona u parlamentarnim odborima bez sudjelovanja plenuma. Tako zakonodavna regulacija materija koje ne uključuju bitna pitanja općeg značaja može biti prepuštena stvarno nadležnim stalnim odborima.⁹⁷ Mišljenja Odbora za politike EU o nesuglasnosti zakonskog prijedloga s pravnom stečevinom EU obvezuju druge stvarno nadležne odbore. Stvarno nadležni stalni odbor ne može usvojiti konačni tekst zakona kojemu se protivi Odbor za politike EU. Daljnje razmatranje prijedloga zakona tada se odvija u plenumu.⁹⁸

⁹⁵ *Legge comunitaria 1995-1997*, čl. 3.

⁹⁶ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 126. st. 2. *Regolamento del Senato*, čl. 23. st. 3. Odbor za politike EU Senata nadležan je i za davanje mišljenja, primjedbi i prijedloga vezanih za odnos regija i EU, sudjelovanje regija i autonomnih provincija u stvaranju i provođenju sekundarnog zakonodavstva EU, ovlasti regija za sklapanje ugovora s drugim državama ili unutarnjim teritorijalnim jedinicama država članica EU i poštivanje načela supsidijarnosti u odnosima između EU, Italije i regija (sukladno čl. 117. st. 3., 5. i 9. te čl. 120. st. 2. Ustava Italije).

⁹⁷ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 92. *Regolamento del Senato*, čl. 35. Donošenje zakona ne može biti prepušteno odborima ako se tomu protivi vlada ili jedna desetina članova doma. Uz to, plenum preuzima prepuštenu ovlast i donosi konačni tekst zakona ako to zatraži vlada, jedna desetina članova doma ili jedna petina članova nadležnog odbora.

⁹⁸ *Regolamento della Camera dei deputati*, čl. 73. st. 1bis. i čl. 93. st. 3bis, spominju samo značaj mišljenja 1. odbora, tj. Odbora za ustavna pitanja i 5. odbora, tj. Odbora za financije. Međutim, cirkularno pismo predsjednika Zastupničkog doma od 16. listopada 1996., br. 3., u točki 3.26. navodi kako mišljenja 14. odbora, tj. Odbora za politike EU, imaju snagu izjednačenu s mišljenjima Poslovníkom izričito spomenutih odbora s obzirom na potrebu usuglašavanja domaće zakonodavstva s pravnim poretkom EU. *Le Commissioni Permanenti - XIV Unione Europea - Competenze per materia*, <<http://www.camera.it/organiparlamentarism/>>, 242/4420/4615/documentotesto.asp>, 30. rujna 2004. *Regolamento del Senato*, čl. 40. st. 1. i 6..

Na kraju razmotrimo konkretne načine primjene direktivi EU koje predviđaju godišnji zakoni. Izvršavanje ovih obveza u Italiji se obavlja pomoću tri vrste pravnih akta. Prvo, godišnji zakon može izravno mijenjati ili dopunjavati postojeće domaće zakonodavstvo koje je protivno aktualnom pravnom poretku EU. Ova se metoda koristi za jednostavnu materiju koja ne zahtijeva donošenje kompleksne i/ili tehnički zahtjevne regulacije. Radi se, dakle o neposrednoj zakonodavnoj intervenciji. Drugo, godišnji zakoni uvijek predviđaju zakonodavnu delegaciju vladi koja, u pravilu, obuhvaća veliki broj materija. Za svaku od materija posebno se predviđaju kriteriji i načela kojih se vlada mora pridržavati prilikom donošenja zakonskih uredbi. Bez obzira na činjenicu da su bitni elementi delegirane ovlasti utvrđeni na europskoj razini, na zakonodavnu se delegaciju radi primjene sekundarnog zakonodavstva primjenjuju sva mjerila iz čl. 76. Ustava Italije. Ustavni sud Italije, tako smatra legitimnom zakonodavnu delegaciju koja određuje objekt delegacije riječima “materija koja je predmet direktive”, a kao usmjeravajuća načela i kriterije navodi “relevantne odredbe direktive, te sve eventualne *izmjene* (naglasak, autorice) koje nastupe u razdoblju delegacije.”⁹⁹ Radi se, dakle o delegaciji koja je definirana i svim kasnijim europskim aktima, čiji sadržaj parlament ne zna niti može znati u trenutku dane ovlasti. Kasnije izmjene mogu, potvrdio je Sud, nastupiti i temeljem odluke Europskog suda. Treći način primjene direktiva EU predviđa donošenje, tzv. “delegiranih ili slobodnih uredbi” (*regolamento delegato o libero*) kojima se može dopunjavati ili mijenjati postojeća domaća zakonska regulativa, pod uvjetom da određeno područje ne spada u apsolutni zakonski rezervat. Godišnji zakoni mogu odrediti da nacrti uredbi na temelju zakonske ovlasti, odnosno nacrti slobodnih uredbi, kojima se izvršavaju pojedine direktive, moraju prije donošenja biti podneseni nadležnim parlamentarnim odborima. Uz to, regije mogu izravno, bez posebne osnove u godišnjem zakonu, donijeti propise za primjenu direktiva koje se odnose na područja regulacije u konkurentnoj zakonodavnoj nadležnosti države i regija.¹⁰⁰

Mehanizam primjene pravnih propisa EU godišnjim zakonima pokazao se vrlo brzim, preciznim i učinkovitim instrumentom za ispunjavanjem obveza države članice u ovoj nadnacionalnoj organizaciji. Prikazani postupci informiranja i izvještavanja te pravodobne i kvalitetne reakcije Odbora za politike Europske unije oba doma osiguravaju talijanskom parlamentu snažnu nadzornu poziciju u stvaranju europskog zakonodavstva. Međutim, praksa zakonodavne delegacije radi primjene propisa EU uvelike narušava ravnotežu odnosa parlamenta i vlade u korist potonje.

⁹⁹ *Corte costituzionale*, odluka 285 iz 1993. vezano uz odredbe čl. 2. f) i 48. Zakona br. 428 iz 1990. (*Legge comunitaria 1990*). Vidi i M. Cartabia, “Modello costituzionale e prassi legislativa nella delega per l’attuazione di norme comunitarie”, u: *Giustizia costituzionale*, 1993., str. 2034-2055.

¹⁰⁰ *Legge comunitaria 2005*, čl. 5. Konkurentna zakonodavna nadležnost određena je u čl. 117. st. 3. Ustava Italije i obuhvaća, primjerice vanjsku trgovinu, obrazovanje, vanjske odnose regija, znanstveno i tehnološko istraživanje, zdravstvenu zaštitu, sport, medije i komunikaciju, itd.

3.4. Ujedinjeno Kraljevstvo

Pitanje odnosa domaćeg pravnog poretka i pravnog poretka Europske zajednice, kasnije Europske unije, zadire u osnovnu premisu ustavnog poretka Ujedinjenog Kraljevstva – načelo parlamentarnog suvereniteta. Posljedice evolucije¹⁰¹ ovog odnosa predstavljaju, prema Wadeu, ustavnu revoluciju.¹⁰² Pravo EU u Ujedinjenom Kraljevstvu primjenjuje se temeljem domaćih zakona koji inkorporiraju norme pravnog poretka EU.¹⁰³ Ustavna inovacija članstva u EU sastoji se u *unaprijed* prihvaćanju u pravni poredak Ujedinjenog Kraljevstva odredbi instrumenata koje će tek *naknadno* donijeti institucije EU.¹⁰⁴ Prije pristupanja Europskim zajednicama vlada je zauzela stajalište da su ti “budući instrumenti poput uobičajenog delegiranog zakonodavstva” budući da “pravnu snagu dobivaju temeljem zakona parlamenta.”¹⁰⁵ Međutim, pravo EU u Ujedinjenom Kraljevstvu danas ima status nadređenog prava, pa ova usporedba više nije ispravna budući da delegirano zakonodavstvo u pravilu ne može biti nadređeno zakonima westminsterskog parlamenta. Uobičajeno interpretativno pravilo koje koriste sudovi nalaže tumačenje svih domaćih propisa u suglasnosti s inkorporiranim međunarodnim ugovorima temeljem pretpostavke da parlament nije namjeravao povrijediti obveze iz sklopljenih međunarodnih ugovora. Posebnost položaj prava EU u odnosu na ostale međudržavne ugovore očituje se u činjenici da izravno primjenjive odredbe prava EU imaju u Ujedinjenom Kraljevstvu prednost pred suprotnim zakonima koje nije moguće tumačiti sukladno pravu EU, bez obzira radi li se o propisima koji su doneseni prije ili poslije inkorporacije prava EU.¹⁰⁶ Time je *European Communities Act 1972*, odnosno volja parlamenta u njemu sadržana, sadržajno obvezala sve buduće parlamente i njihove zakone. Želi li pojedini saziv westminsterskog parlamenta izmijeniti ovu odluku, mora u kasnijem zakonu izričito navesti svoju namjeru derogiranja pojedinih odredbi prava EU, a ne samo donijeti zakon sadržaja nesuglasnog s nekim pravnim aktom EU. Neki autori, međutim, smatraju da poseban status prava EU omogućava derogaciju isključivo izravnom izmjenom

¹⁰¹ Detaljnije o evoluciji odnosa UK i EU vidi u A. W. Bradley i K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 13. izd., Pearson Education Ltd., Harlow England, 2003., str. 68-69, 135-144. U nas vidi S. Rodin, *Europska integracija...*, cit., str. 119-142.

¹⁰² H. W. R. Wade, “Parliamentary Sovereignty: Revolution or Evolution?”, u: *Law Quarterly Review*, 112, 1986., str. 568.

¹⁰³ Radi se o dva zakona: *European Communities Act 1972*, s kasnijim izmjenama i dopunama (1986., 1993., 1998. i 2002.) te *European Parliamentary Elections Act 1978*.

¹⁰⁴ *European Communities Act 1972*, čl. 2. st. 1.: “Sva prava, ovlasti, odgovornosti, obveze i ograničenja koje s vremena na vrijeme određuju Ugovori (Osnivački ugovori, op. S.B.) ili nastaju na temelju Ugovora (...) i kojima na temelju Ugovora valja priznati pravni učinak i primjenjivati ih u Ujedinjenom Kraljevstvu, priznaju se kao primjenjive pravne norme i moraju se, sukladno tome, izvršavati, priznati i poštivati.”

¹⁰⁵ *White paper – Labour Government 1967*, Cmnd 3301, 1967., odjeljak 22.

¹⁰⁶ *European Communities Act 1972*, čl. 2. st. 4. Vodeći su predmeti *Factortame Ltd. No. I-V* iz 1989. i 2000. O istom je pitanju u tri navrata odlučivao i Europski sud. Isto gledište potvrđeno je i kasnije u *R. v. Employment Secretary, ex parte EOC* [1995] 1 AC 1.

inkorporirajućeg zakona, odnosno čak istupanjem iz EU.¹⁰⁷ Britansko članstvo u EU uključuje, dakle ozbiljne i drastične posljedice za domaći parlament i načelo njegovog suvereniteta. Dovodeći ovu činjenicu u vezu s inače osobito snažnim položajem izvršne vlasti u Ujedinjenom Kraljevstvu uslijed kabinetske inačice parlamentarizma utemeljene na relativno-većinskom izbornom sustavu, za očekivati je da je u ovoj zemlji razvijen učinkoviti mehanizam parlamentarnog nadzora nad sudjelovanjem egzekutive u zakonodavnom postupku EU. Razmotrimo njegovo djelovanje.

Krajem 1972. godine, neposredno prije pristupanja Ujedinjenog Kraljevstva Europskim zajednicama, domovi westminsterskog parlamenta imenovali su posebne odbore sa zadatkom predlaganja načina nadzora nad budućim sekundarnim zakonodavstvom EZ.¹⁰⁸ Naglašavajući kako je temeljna mogućnost nadzora utjecaj na ministra prije konačnog donošenja odluke u Vijeću ministara, glavni je prijedlog odbora Donjeg doma¹⁰⁹ bio osnivanje stalnog odbora za razmatranje europskog zakonodavstva. *House of Commons* je tako 1973. dobio *Select Committee on European Legislation* (od 1998. *European Scrutiny Committee*),¹¹⁰ a *House of Lords - Select Committee on European Communities* (od 1999. *European Union Select Committee*).¹¹¹ Razlika u imenima odbora dvaju domova nije bila samo formalne prirode. Odbor Donjeg doma nije imao ovlast razmatranja opće politike Zajednica, već se njegov rad do 1998. usredotočio isključivo na prijedloge zakonodavnih akata Zajednica. Sustav se od tada nije mijenjao u bitnim dijelovima.¹¹² *European Scrutiny Committee* Donjeg doma ima 16 članova, koje za razliku od svih ostalih stalnih odbora, predlaže vlada nakon konzultacija. Zadaće su odbora: 1) procjena pravne i/ili političke važnosti pojedinog dokumenta i odlučivanje o potrebi daljnjeg razmatranja dokumenta u stvarno nadležnim odborima ili plenumu doma; 2) ispitivanje i informiranje pripremom detaljnih izvješća o svakom dokumentu kojeg smatra važnim; 3) praćenje zbivanja u Vijeću ministara, pregovaračkog položaja Ujedinjenog Kraljevstva i rezultata pregovora; 4) razmatranje pravnog, postupovnog i institucionalnog razvoja Europske unije koji može utjecati na Ujedinjeno Kraljevstvo i na položaj Donjeg doma te 5) u suradnji s ekvivalentnim odborom Gornjeg doma, nadgledati funkcioniranje nadzornog sustava radi osiguranja učinkovitosti i vladinog poštivanja obveza prema parlamentu.¹¹³

¹⁰⁷ A. W. Bradley i K. D. Ewing, op. cit., str. 142.

¹⁰⁸ A. J. Cygan, op. cit., str. 51.

¹⁰⁹ Prema imenu predsjednika poznat i kao *Foster Committee*.

¹¹⁰ *House of Commons Standing Order* br. 127, a sada br. 143.

¹¹¹ *House of Lords Debs. Resolution of 6th December 1999*, col. 1018.

¹¹² Nadzorni je sustav dva puta reformiran: 1990. (nakon promjena u zakonodavnom postupku EZ određenih Jedinstvenim europskim aktom) i 1998. (nakon proširenja područja nadležnosti EU i izmjene zakonodavnog postupka Ugovorom iz Maastrichta i Amsterdama). A. J. Cygan, op. cit., str. 51-53.

¹¹³ *The European Scrutiny System in the Commons*,

<<http://www.parliament.uk/documents/upload/ESC%20GreenGuide.pdf>>, 7. listopada 2004.

Odbor može pozvati i ispitivati ministre, posjetiti pojedine institucije EU radi prikupljanja informacija, a često posjećuje i državu članicu neposredno prije nego što preuzme predsjedavanje Unijom.

Parlamentarno pravo nadzora (*Scrutiny Reserve*) definirano je u Rezoluciji Donjeg doma od 17. studenog 1998., koja naglašava da “ministar ne može dati svoj pristanak na prijedlog zakonodavnog akta EZ ili drugog akta¹¹⁴ koji se još uvijek ispituje, (tj. kojeg razmatra *Scrutiny Committee*) ili koji čeka razmatranje u Donjem domu (tj. razmatranje u plenumu ili stvarno nadležnim odborima).”¹¹⁵ Istu je formulaciju usvojio i Gornji dom.¹¹⁶ Predmet nadzora su i politički dokumenti, preporuke i rezolucije drugog i trećeg stupa EU.¹¹⁷ Iznimno, vlada ipak može prihvatiti prijedlog nekog akta EU prije okončanja postupka parlamentarnog nadzora ako se radi o “povjerljivom, rutinskom ili trivijalnom prijedlogu, ili prijedlogu koji je suštinski isti kao i prijedlog koji je već bio predmet razmatranja”, odnosno ako je *Scrutiny Committee* utvrdio da vlada “ne mora zastati s postupkom prihvaćanja” dok traje parlamentarno razmatranje. Također, sâm ministar može prihvatiti prijedlog o kojem se parlament još nije očitovao ako smatra da za to postoje posebni razlozi. U tom slučaju, mora prvom prilikom obrazložiti svoj postupak odboru i/ili plenumu doma.¹¹⁸ Vlada se, nadalje, obvezala da će informirati oba doma o tijeku pregovora o pojedinim prijedlozima pa podnosi parlamentu posebna izvješća o stanju svakog prijedloga. Uz to, tri tjedna prije sastanka Vijeća ministara, nadležno ministarstvo podnosi Odboru izvješće o temama za koje pretpostavlja da će biti na dnevnom redu te izvještava o stanju u odnosu na Ujedinjeno Kraljevstvo.

¹¹⁴ Drugi akti uključuju: program, plan ili preporuku za izradu budućeg zakonodavnog akta; političke sporazume; zajedničko stajalište, zajednički plan akcije i potvrdu zajedničkog stajališta (sa ili bez amandmana koje je predložio Europski parlament) u zakonodavnom postupku suodlučivanja te zajedničko stajalište u zakonodavnom postupku suradnje.

¹¹⁵ *House of Commons Deb., Resolution of November 17th, 1998*, col. 778., čl. 1. i 2. Pravo nadzora Donjeg doma se sukladno prvoj Rezoluciji od 30. listopada 1980. odnosilo samo na prijedloge akata koje je *Scrutiny Committee* predložio za razmatranje u plenumu, odnosno nadležnim odborima. Svi prijedlozi zakonodavnih akata EU obuhvaćeni su sljedećom Rezolucijom od 24. listopada 1990. Uvođenje zakonodavnog postupka suodlučivanja Ugovorom iz Maastrichta te proširenje područja njegova uporabe Ugovorom iz Amsterdama uvjetovalo je proširenje prava parlamentarnog nadzora i na prijedloge Odbora za mirenje (koji se mogu pojaviti u slučaju neslaganja Vijeća ministara i Europskog parlamenta). *House of Commons Information Office, European Communities Legislation, Factsheet L11, Legislative Series*, rujan 2003., str. 5-6.

¹¹⁶ *House of Lords Debs. Resolution of December 6th, 1999*, col. 1019. Škotski parlament ima također poseban odbor za pitanja Europske unije (*European Committee*) s nadzornim ovlastima.

¹¹⁷ *House of Commons Standing Order* br. 143. U pravilu se ne razmatraju akti Europske komisije.

¹¹⁸ *Resolution of November 17th, 1998*, čl. 2. st. 3. i 4. Činjenica da domovi trenutno ne zasjedaju (primjerice, u razdoblju godišnjeg odmora) ne daje sama po sebi pravo vladi prihvaćanja prijedloga akata EZ bez nadzornog postupka u parlamentu. Vlada, međutim, uzima u obzir dužinu kašnjenja koje nastaje zbog čekanja reakcije parlamenta i odlučuje u svakoj situaciji posebno kako će postupiti.

Ispitivanje dokumenata EU u *European Scrutiny Committee* Donjeg doma predstavlja prvi i osnovni stupanj nadzora nad sekundarnim zakonodavstvom EU. Ministarstvo mora podnijeti odboru svaki gore definirani europski dokument u roku od dva dana od njegova primitka. U daljnjem roku od 10 dana ministarstvo mora podnijeti izvještaj o općim učincima predloženog akta (pravne, političke i financijske posljedice) te trenutni položaj u okviru zakonodavnog postupka EU. Odbor se sastaje jednom tjedno i razmatra podnesene dokumente, a ima i jedinstvenu ovlast zatražiti mišljenje drugih stalnih odbora o pojedinim dokumentima.¹¹⁹ On zatim priprema izvješće u kojem posebno naglašava dokumente za koje smatra da otvaraju značajna pravna i/ili politička pitanja te iznosi preporuke o mogućoj potrebi daljnjeg razmatranja dokumenta u Donjem domu. Približno dvije trećine podnesenih dokumenata Odbor smatra nebitnim u pravnom i političkom smislu te ne preporuča nikakav daljnji postupak.¹²⁰ U ostalim slučajevima Odbor može: a) pripremiti izvješće o važnim pitanjima, bez preporuke za daljnjim nadzornim aktivnostima; b) preporučiti razmatranje dokumenta u jednom od tri stalna odbora stvarno nadležna za europska pitanja; c) preporučiti razmatranje dokumenta u plenumu Doma i d) "označiti" dokument koji je relevantan za postojeću raspravu u odborima ili plenumu, a koji sam po sebi nije značajan (*tagged document*). Dokumenti za koje je preporučena daljnja rasprava prosljeđuju se stvarno nadležnim stalnim odborima, a plenum Donjeg doma će raspravljati o dokumentu samo ako se vlada suglasi s preporukom koju je iznio *Scrutiny Committee*.¹²¹ Postoje tri stvarno nadležna stalna odbora za europska pitanja – *European Standing Committees*.¹²² Svaki od njih ima 13 članova, a njihovim sjednicama mogu bez prava glasa nazočiti i raspravljati svi članovi Donjeg doma. Rasprava o jednom dokumentu u stvarno nadležnom odboru ograničena je na dva i pol sata¹²³ nakon čega se usvajaju zaključci koji se, zajedno s eventualno izglasanom rezolucijom o pojedinom dokumentu, dostavljaju plenumu Doma. U Gornjem domu *European Union Select Committee* obavlja istu funkciju kao i *Scrutiny Committee* u Donjem domu. On također izrađuje detaljna izvješća, ali o manjem broju dokumenata, nego njegov parnjak u Donjem domu. *European Union Select Committee* djeluje preko 7 stalnih pododbora nadležnih za različita područja regulacije.¹²⁴ Pododbori mogu prilikom razmatranja pojedinih

¹¹⁹ House of Commons Information Office, *European...*, cit., str. 7.

¹²⁰ Ibid., str. 8.

¹²¹ Godišnje se 2 do 3 dokumenta preporuča za razmatranje u plenumu. Ibid., str. 9.

¹²² *House of Commons Standing Order* br. 119. *European Standing Committee A* nadležan je za zaštitu okoliša, prehranu i poljoprivredu, prijevoz, lokalnu samoupravu i regije, šumarstvo, te ovlasti Škotske, Walesa i Sjeverne Irske u ovim područjima. *European Standing Committee B* nadležan je za financije, rad i mirovine, vanjske i unutarnje poslove, međunarodni razvoj, ustavna pitanja i sve druge poslove koji nisu u nadležnosti drugih odbora. *European Standing Committee C* nadležan je za trgovinu i industriju, obrazovanje i znanost, kulturu, medije, sport i zdravstvo.

¹²³ Najčešće sat vremena ispitivanja nadležnog ministra, a potom rasprava i donošenje zaključka u daljnjih sat i pol. House of Commons Information Office, *European...*, cit., str. 9.

¹²⁴ Pododbori mogu imati najviše 12 članova. Pododbor A – gospodarska i financijska pitanja, trgovina i vanjski poslovi; Pododbor B – unutarnje tržište; Pododbor C – vanjski poslovi, obrana

dokumenata kooptirati u svoje članstvo druge članove Gornjeg doma koji imaju posebna znanja o predmetu na koji se odnosi dotični dokument. Kooptirani članovi dobivaju sva prava članova pododbora, uključujući pravo glasa i zamjenjuju stalne članove pododbora s manjim znanjem o konkretnom predmetu u razdoblju njegova razmatranja. Svoja mišljenja pododbori šalju Odboru koji odlučuje o eventualnoj potrebi razmatranja nekog prijedloga u plenumu Gornjeg doma. Odbori Donjeg i Gornjeg doma blisko surađuju i međusobno se dopunjuju. Neki smatraju da je zbog sustavnog pristupa ispitivanju europskih dokumenata, velike stručnosti i fleksibilnosti u radu *European Union Select Committee* Gornjeg doma westminsterskog parlamenta najutjecajniji parlamentarni odbor u cijeloj Europskoj uniji.¹²⁵ Daljnji je postupak isključivo formalne prirode: plenum ne raspravlja, već samo usvaja zaključke i predložene rezolucije čime je zaključen postupak nadzora nad određenim dokumentom.

Nije, međutim, posve jasna priroda zaključaka i rezolucija britanskog parlamenta. Naime, pravo nadzora kako je definirano u Rezolucijama oba doma ne navodi izričito da mišljenja parlamenta imaju obveznu snagu. Ono samo sprječava djelovanje vlade i glasanje za neki prijedlog prije završetka postupka parlamentarnog nadzora. Nedvojbeno je samo pravo parlamenta biti na vrijeme te potpuno i precizno obaviješten, kao i pravo da se o svakom politički ili pravno važnom prijedlogu očituje prije vladinog očitovanja u institucijama EU. Nakon donošenja odluke u Vijeću ministara EU *European Scrutiny Committee* može pozvati nadležnog ministra da usmeno obrazloži svoje stajalište tijekom pregovora, kao i posljedice koje će usvojeni akt imati za Ujedinjeno Kraljevstvo. Odstupanje od mišljenja i preporuka izraženih u parlamentarnim rezolucijama najčešće nije rezultat samostalnog djelovanja nadležnog ministra, već se temelji na odluci čitave vlade.¹²⁶ Pitanje odgovornosti time postaje pitanje kolektivne odgovornosti što, s obzirom na većinsku potporu koju vrh egzekutive uživa u britanskom parlamentu, umanjuje vjerojatnost odstupanja vlade. Iako navedeni sustav omogućava filtriranje važnih političkih i pravnih pitanja, brzo ispitivanje i izvješćivanje te općenito parlamentarno razmatranje prije vladinog pristanka na prijedloge akata EU, njegov je očiti nedostatak činjenica da gotovo niti jedan dokument EU ne biva razmotren u plenumu Donjeg doma. Premalo vremena za razmatranje određenog pitanja općeniti je problem u *House of Commons*, a jasno se očituje i u razmatranju dokumenta EU u okviru stalnih odbora. Kvaliteta i učinkovitost nadzora veća je u okviru *House of Lords*. U teoriji prevladava mišljenje da je, uzevši u obzir ograničene mogućnosti utjecaja nacionalnih parlamenata na stvaranje prava EU, postojeći sustav parlamentarnog nadzora uglavnom zadovoljavajući.¹²⁷

i razvojna politika; Pododbor D – zaštita okoliša i poljoprivreda; Pododbor E – pravo i institucije; Pododbor F – unutarnji poslovi i Pododbor G – socijalna pitanja i zaštita potrošača. <http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/lords_eu_select_committee.cfm>, 7. listopada 2004.

¹²⁵ A. J. Cygan, op. cit., str. 110-111.

¹²⁶ A. W. Bradley i K. D. Ewing, op. cit., str. 139.

¹²⁷ A. L. Cygan, op. cit., str. 76-77, 110-111 i 221-227.

European Communities Act 1972 predviđa dva načina primjene pravnih akata EU koji zahtijevaju donošenje nacionalnih mjera. S jedne strane, taj zakon sadrži niz izmjena postojećih propisa kojima se ovi usuglašavaju s pravom EU, a istodobno daje opću ovlast donošenja delegiranog zakonodavstva kojime se primjenjuju neki postojeći europski instrumenti te kojim će se ispunjavati buduće obveze prema EU. Danas se sekundarno zakonodavstvo EU primjenjuje oboje donošenjem primarnog i sekundarnog zakonodavstva. Sukladno čl. 2. st. 2., *European Communities Act 1972*, Kraljica može donositi *Orders-in-Council*, a nadležni ministar uredbe (*regulations*), radi izvršenja europskih obveza, a oboje mogu dopuniti ili čak izmijeniti zakone parlamenta. U tom slučaju, vlada mora jasno navesti koje odredbe primarnog zakonodavstva ukida, odnosno mijenja.¹²⁸ Dodatak 2 predviđa ograničenja uporabe ove delegirane ovlasti. Tako *Orders-in-Council*, odnosno uredbe radi primjene sekundarnog zakonodavstva EU, ne mogu: 1) uvesti novi porez ili povećati postojeći; 2) imati retroaktivno djelovanje; 3) subdelegirati zakonodavnu ovlast i 4) odrediti novo kazneno djelo za koje je predviđena kazna duža od dvije godine.¹²⁹ Prilikom donošenja delegiranog zakonodavstva za izvršenje pravnih akata EU predviđena su dva alternativna mehanizma parlamentarnog nadzora: odluka oba doma prije njegova donošenja ili negativni postupak poništenja uredbe od strane bilo kojeg doma.¹³⁰ Izbor pripada vladi, a ona u pravilu, zbog neučinkovitosti takvog oblika parlamentarnog nadzora preferira negativne postupke. Naglasimo također da, za razliku od drugih razmatranih država, u Ujedinjenom Kraljevstvu nije razvijeno sustavno parlamentarno nadgledanje i izvještavanje o tijeku primjene europskog zakonodavstva.

4. Suradnja parlamentarnih odbora nadležnih za pitanja EU (COSAC) i položaj nacionalnih parlamenata sukladno odredbama Osnivačkih ugovora te Lisabonskog ugovora (Reform Treaty)

Teško je ocijeniti stvarni utjecaj opisanih domaćih mehanizama nadzora na konačni rezultat postupka stvaranja prava EU. Parafrazirajući dio izvještaja Odbora za Poslovanje Donjeg doma westminsterskog parlamenta iz 1978.¹³¹ možemo utvrditi da je sposobnost utjecaja nacionalnih parlamenata na zakonodavstvo Unije ograničena praktičnim, pravnim i postupovnim preprekama. Praktične prepreke predstavljaju ogromna količina zakonodavstva EU, izuzetna složenost postupka donošenja odluka na europskoj razini te u mnogim slučajevima premalo vremena koje stoji na raspolaganju nacionalnim parlamentima za razmatranje nacrtu akata. Pravne i postupovne prepreke

¹²⁸ *R (on the Application of Orange Personal Communications Ltd) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2001] 3 CMLR 36.

¹²⁹ *European Communities Act 1972*, Sch. 2., čl. 1. st. 1.

¹³⁰ *Ibid.*, Sch. 2., čl. 2. st. 2.

¹³¹ *Commons Procedure Committee, House of Commons* 588-I (1977-1978), odjeljak 4.1.

sadržane su u činjenici da domaći parlamenti nemaju mogućnost izravnog utjecaja na europski zakonodavni postupak, kao ni nadzora nad propisima koje donosi Europska komisija. Osim toga, kolektivna priroda odluka donesenih u Vijeću ministara nužno razvodnjava odgovornost nacionalne vlade prema nacionalnom parlamentu u odnosu na krajnji ishod europskog zakonodavnog postupka. Zbog ovakve situacije, a posebice zbog odsustva bilo kakvih odredbi u Osnivačkim ugovorima o ulozi nacionalnih parlamenata u zakonodavnom postupku Zajednica, parlamenti država članica započeli su s trajnom suradnjom i osnovali neformalnu organizaciju pod nazivom Konferencija odbora za europske poslove parlamenata članica Europske unije, poznatija kao COSAC.¹³² Odluka o osnivanju COSAC-a donesena je na konferenciji predsjednika parlamenata zemalja članica Europske unije u Parizu 16. studenoga 1989. godine.¹³³ Osnovna namjera COSAC-a je jačanje uloge odbora nacionalnih parlamenata koji se bave europskim poslovima redovitim sastajanjem članova odbora za europske poslove nacionalnih parlamenata zemalja članica Europske unije sa zastupnicima Europskoga parlamenta. Na sastancima COSAC-a, sudjeluje do šest zastupnika nacionalnih parlamenata i do šest zastupnika Europskoga parlamenta. Također, Poslovnik COSAC-a,¹³⁴ omogućuje da tri zastupnika nacionalnih parlamenata iz svake države kandidatkinje sudjeluju kao promatrači na sastancima COSAC-a.¹³⁵ Predstavnici država članica sastaju se dva puta godišnje, a domaćin i predsjedavajući je odbor parlamenta države koja trenutno predsjedava Vijećem EU.

Djelovanje COSAC-a predstavljalo je jedan od poticajnih čimbenika za uvrštavanje odredbi o nacionalnim parlamentima u Osnivačke ugovore. Tako je Ugovoru iz Amsterdama iz 1997. godine, dodan Protokol o ulozi nacionalnih parlamenata u EU¹³⁶ koji na razini EU uvodi obvezu pravodobnog i potpunog informiranja nacionalnih parlamenata. Najznačajnija je novost predviđanje razdoblja od najmanje 6 tjedana između podnošenja prijedloga akta od strane Europske komisije i njegovog uvrštavanja na dnevni red Vijeća ministara, a radi

¹³² Kratica prema francuskom nazivu *Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires et européennes des parlements de l'Union européenne*.

¹³³ Ideju o osnivanju COSAC-a iznio je tadašnji predsjednik Nacionalne skupštine Francuske, Laurent Fabius, na sastanku u Madridu u svibnju 1989. godine. <<http://www.cosac.eu/>>, 18. travnja 2008.

¹³⁴ *Rules of Procedure of the Conference of Community and European Affairs Committees of Parliaments of the European Union*, OJ 2008/C 27/02, čl. 4. st. 2. Odredbe Poslovnika COSAC-a mogu se primjenjivati na sastanke drugih odbora nacionalnih parlamenata koje saziva parlament države koja predsjedava Vijećem. Preambula Poslovnika, drugi odjeljak.

¹³⁵ Nakon što je Republika Hrvatska 18. lipnja 2004., stekla status zemlje kandidata za članstvo u Europskoj uniji, Odbor za europske integracije Hrvatskoga sabora uključen je u rad COSAC-a u statusu promatrača. Detaljnije o aktivnostima ovog Odbora Hrvatskog sabora te o suradnji s Europskim parlamentom vidi na internet stranicama Hrvatskog sabora, <www.sabor.hr>. Odbora Vidi i, *infra*, u 5.

¹³⁶ *Protocol on the Role of the National Parliament in the European Union (Treaty of Amsterdam)*, <<http://www.cosac.org/en/documents/basic/protocol/english/>>, 8. listopada 2004.

osiguranja mogućnosti razmatranja istog pitanja u nacionalnim parlamentima.¹³⁷ Osim toga, Protokol daje mogućnost i COSAC-u da izrazi svoje mišljenje i uputi svoje primjedbe institucijama Europske unije vezane uz zakonodavne aktivnosti, prijedloge i inicijative Unije, posebice u odnosu na načelo supsidijarnosti, sigurnost, unutarnje poslove i temeljna prava i slobode građana Unije. Svoje primjedbe COSAC donosi na prijedlog pojedinog nacionalnog izaslanstva u pravilu konsenzusom, ali i tročtvrtinskom većinom glasova.¹³⁸ Doprinosi koje daje COSAC ničim ne obvezuju nacionalne parlamente niti prejudiciraju njihovu poziciju.

Razmatrajući daljnje mogućnosti poboljšanja položaja nacionalnih parlamenata COSAC je 27. siječnja 2003. godine, usvojio preporučene minimalne standarde za odnose vlada i parlamenata u pitanjima Unije (tzv. Kopenhagenske parlamentarne smjernice).¹³⁹ U Smjernicama su istaknuta tri temeljna elementa koja bi trebala osigurati nacionalnim parlamentima veći utjecaj na politiku Unije: 1) kvaliteta i količina informacija koje se daju nacionalnim parlamentima; 2) odabir vremena za davanje tih informacija i 3) mogućnost da parlamenti tim informacijama dobiju utjecaj na kreiranje politike Europske unije.¹⁴⁰ Za postizanje ovih ciljeva preporučaju se sljedeće opće smjernice: 1) vlada pojedine zemlje, u suradnji s institucijama EU, treba osigurati da nacionalni parlamenti dobiju sve dokumente Unije koji se odnose na zakonodavstvo i druge inicijative Unije čim postanu dostupni; 2) vlada bi trebala pripremiti lako dostupne i razumljive materijale o zakonodavstvu Unije za nacionalne parlamente;¹⁴¹ 3) treba stvoriti uvjete za održavanje sastanaka s ministrima u nacionalnim parlamentima prije sastanaka u tijelima Unije, a vlada bi trebala dati obrazloženje svojih gledišta o prijedlozima Unije¹⁴² i 4) nacionalni parlamenti bi trebali biti unaprijed obaviješteni o odlukama koje trebaju donijeti tijela Europske unije i o vladinim prijedlozima u pogledu tih

¹³⁷ Ibid., čl. 3. Ovaj uvjet iznimno može biti zanemaren zbog razloga hitnosti, a ti se razlozi moraju navesti u konačnom aktu ili zajedničkom stajalištu.

¹³⁸ Poslovnik COSAC-a, čl. 10. Svaka delegacija ima po dva glasa. Usvojeni doprinosi objavljuju se u službenim novinama EU.

¹³⁹ *Copenhagen parliamentary guidelines*, <<http://www.cosac.org/en/documents/basic/rules/doc/>>, 8. listopada 2004. Smjernice su usvojene na izvanrednom 28. sastanku COSAC-a u Bruxellesu.

¹⁴⁰ Ova se tri elementa razrađuju detaljnije kroz sljedeća osnovna načela: 1) nacionalni parlament od nacionalne vlade i institucija EU dobiva na vrijeme relevantne informacije o inicijativama EU kako bi ih parlament mogao raspraviti prije donošenja odluke; 2) nacionalni parlament treba imati stvarnu mogućnost upotrijebiti dobivenu informaciju kako bi utjecao na nacionalnu politiku prema EU odnosno posredno na donošenje odluka u EU i 3) nacionalni parlament treba imati mogućnost pratiti odluke vlade u EU. Ibid., I-7.

¹⁴¹ Primjerice, vlada može redovito prosljeđivati parlamentu liste pravnih akata, dokumente za saslušanje, obavijesti i sl., a može i izraditi obrazloženja o važnim pitanjima EU i prosljediti ih parlamentu. Ibid., II-2.

¹⁴² Primjerice, treba omogućiti parlamentu da postavlja pitanja ministrima prije sastanaka u Vijeću kako bi se razjasnila gledišta vlade o pojedinim pitanjima. Valja također omogućiti potreban broj sastanaka odbora nadležnog za pitanja EU i drugih odbora kako bi se osiguralo kvalitetno razmatranje pitanja na dnevnom redu sljedećeg Vijeća ministara. Ibid., II-3.

odluka. U svakom slučaju, odgovornost je svakog parlamenta posebno osigurati maksimalnu korist od smjernica jačanjem administrativne i stručne pomoći unutar parlamenta i prilagođavanjem te pomoći stvarnim potrebama parlamenta. Smjernice, naglasimo, nemaju pravno obvezujuću snagu za države članice. Njihov je sadržaj, međutim, djelomično reflektiran u odredbama novog Protokola o ulozi nacionalnih parlamenta u EU koji se Lisabonskim ugovorom pridodaje Osnivačkim ugovorima.¹⁴³ Iako je način nadzora kojeg pojedini parlamenti upotrebljavaju u odnosu na nacionalnu vladu pitanje domaćeg ustavnog uređenja i prakse, države članice su ovim Protokolom ustanovile određena pravila koja olakšavaju i promiču sposobnost nacionalnih parlamenata izraziti svoje mišljenje o zakonodavnim i drugim aktima iz nadležnosti EU. Određeno je, stoga da će Europska komisija sve svoje prethodne dokumente (“zelene” i “bijeje” knjige i razna priopćenja) odmah po objavljivanju dostaviti izravno parlamentima država članica, a svi će zakonodavni prijedlozi poslani Europskom parlamentu i Vijeću ministara biti istovremeno dostavljeni i nacionalnim parlamentima. Domaći će parlamenti dobiti godišnji zakonodavni program Komisije, kao i sve druge instrumente koji se odnose na planiranje zakonodavstva i političku strategiju.¹⁴⁴ Nadalje, dnevni red predstojećeg Vijeća ministara, kao i zapisnici i odluke nakon održanog Vijeća, bit će dostavljene istovremeno vladama i nacionalnim parlamentima, a ako se radi o dvodomnim parlamentima, svakom domu posebno.¹⁴⁵ Naglašavamo da Protokol određuje duži rok od 8 tjedana između podnošenja prijedloga Komisije i uvrštavanja na dnevni red Vijeća ministara te uvodi i novo razdoblje od 10 dana koje mora proteći između uvrštavanja na dnevni red i donošenja konačne odluke Vijeća.¹⁴⁶ U odnosu na COSAC, Protokol ponavlja pravo podnošenja primjedbi svim institucijama EU te naglašava njegovu ulogu u promicanju suradnje i razmjene iskustava između parlamenata država članica i Europskog parlamenta.¹⁴⁷

Protokol o ulozi nacionalnih parlamenata u EU uvodi i novo pravo nadzora nacionalnih parlamenata nad zakonodavnim postupkom u EU – nadzor nad poštivanjem načela supsidijarnosti.¹⁴⁸ Ovaj je postupak detaljnije reguliran

¹⁴³ Protocol on the Role of the National Parliament in the European Union (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*), potpisan 13. prosinca 2007., Official Journal C 306/148 od 17. prosinca 2007.

¹⁴⁴ Ibid., čl. 1. i 2.

¹⁴⁵ Ibid., čl. 4., 5. i 8. Sukladno čl. 6. nacionalni parlamenti će biti izviješteni i u slučajevima da Europsko vijeće predloži usvajanje neke mjere uz uporabu pojednostavljenog postupka (primjerice, kvalificiranom većinom umjesto jednoglasno). Čl. 7. predviđa da Revizorski sud svake godine informativno podnese svoje izvješće i državnim parlamentima.

¹⁴⁶ Produženje roka sa 6 na 8 tjedana predstavlja ujedno i jedinu novost u tekstu ovog Protokola u odnosu na izvorni tekst istog Protokola pridruženog neuspjelom Ustavnom ugovoru iz 2004. godine. Usp. čl. 4. *Protocol on the Role of the National Parliament in the European Union (Draft Treaty establishing a Constitution for Europe)*, potpisan 29. listopada 2004., OJ 2004/C 310/01.

¹⁴⁷ Ibid., čl. 10. Spominje se pravo COSAC-a da organizira međuparlamentarne sastanke o pojedinim pitanjima, posebice o vanjskoj, sigurnosnoj i obrambenoj politici.

¹⁴⁸ Članak 3. Protokola. Načelo supsidijarnosti uvedeno je Ugovorom iz Maastrichta i služi za utvrđivanje odgovarajuće razine intervencije u područjima koja su u zajedničkoj nadležnosti Unije

posebnim Protokolom o primjeni načela supsidijarnosti i razmjernosti.¹⁴⁹ Njegove odredbe omogućavaju integraciju načela supsidijarnosti u fazi predlaganja i elaboracije zakonodavnih prijedloga uvođenjem mehanizma ranog upozorenja. Protokol, naime obvezuje predlagača akta (Komisiju, Europski parlament, Vijeće ministara, skupinu država članica, Europski sud, Europsku središnju banku ili Europsku investicijsku banku) obrazložiti svoje zakonodavne prijedloge u svjetlu načela supsidijarnosti i razmjernosti. Obrazloženje mora sadržavati procjenu financijskih učinaka i eventualno potrebnih nacionalnih i regionalnih mjera za njegovu primjenu, kao i razloge zbog kojih se smatra da je bolje provesti predloženu mjeru na razini cijele Unije.¹⁵⁰ Zakonodavni prijedlozi se, vidjeli smo, zajedno s obrazloženjem dostavljaju istovremeno institucijama Unije koje će donijeti akt i nacionalnim parlamentima. Parlamenti država članica, a u bikameralnim sustavima i pojedini domovi, imaju pravo u roku od 8 tjedana uputiti predsjednicima Europskog parlamenta, Vijeća ministara i Europske komisije obrazloženo mišljenje o eventualnoj povredi načela supsidijarnosti zakonodavnim prijedlogom.¹⁵¹ Navedene institucije Unije moraju uzeti u obzir svako izraženo mišljenje, a u slučaju da trećina glasova nacionalnih parlamenata¹⁵² izrazi negativno mišljenje, predlagač mora ponovo razmotriti svoj prijedlog te ga ponovo predložiti, odnosno izmijeniti ili povući uz obrazloženje svojeg stajališta u odnosu na stajalište nacionalnih parlamenata. Protokol predviđa i posebni slučaj u odnosu na “uobičajeni zakonodavni postupak” Europske unije.¹⁵³ U tom slučaju, Komisija mora razmotriti zakonodavni prijedlog ako svoje izlaganje iznese većina glasova dodjeljenih nacionalnim parlamentima. Namjerava li ostati pri svojem prijedlogu, Komisija tada priprema obrazloženje svojeg stajališta o poštivanju načela supsidijarnosti te ga, zajedno s primjedbama nacionalnih parlamenata, dostavlja zakonodavcu

i država članica. U tim je područjima djelovanje Unije opravdano samo ako je njeno djelovanje doista učinkovitije od djelovanja država članica posebno. Vidi Preambulu i čl. 2. st. 2. Ugovora o Europskoj uniji te čl. 5. Ugovora o Europskoj zajednici. *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, Official Journal C 321 E od 29. prosinca 2006. Isto i čl. 3b te čl. 5. *Consolidated texts of the EU Treaties as amended by Treaty of Lisbon*, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, HMSO, Crown Copyright, siječanj 2008. Detaljnije o načelu supsidijarnosti vidi u T. C. Hartley, op. cit., str. 114-118.

¹⁴⁹ Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*), potpisan 13. prosinca 2007., Official Journal C 306/150 od 17. prosinca 2007.

¹⁵⁰ Ibid., čl. 5. Komisiji se, također, nalaže da vodi računa o ekonomskim i drugim učincima na sve razine djelovanja te da predloži mjere koje imaju najmanje posljedice s obzirom na svrhu koja se njima postiže. Uz to, Europska je komisija dužna prije izrade zakonodavnog prijedloga provesti postupak savjetovanja uzevši u obzir i odgovarajuće posljedice za regionalnu i lokalnu razinu. Ibid., čl. 2.

¹⁵¹ Ibid., čl. 6.

¹⁵² Svaki parlamentarni dom ima po jedan glas, a unikameralni parlament posjeduje dva glasa. Ibid., čl. 7. st. 2.

¹⁵³ Ibid., čl. 7. st. 3. O uobičajenom zakonodavnom postupku vidi, *supra*, bilj. 11.

Unije (Vijeću i Europskom parlamentu). Oba tijela tada, tijekom prvog čitanja, razmatraju argumente obje strane te mogu odbaciti zakonodavni prijedlog ako tako odluči 55% članova Vijeća ili obična većina u Europskom parlamentu. Vidimo, dakle da nacionalni parlamenti ne dobivaju pravo izravnog utjecaja na sadržaj zakonodavnog akta. Njihovo mišljenje pravno ne obvezuje predlagača, napose Komisiju. Ipak, ovaj mehanizam omogućava nacionalnim parlamentima *ex ante* politički nadzor, a pregovori i politički omjer snaga utječu i na konačni prijedlog. U svakom slučaju, parlamenti država članica imaju *ex post* mogućnost pobijanja donesenih akata Unije pred Europskim sudom radi njegove nesuglasnosti s načelom supsidijarnosti. Ovlast podnošenja tužbi u ime svojih parlamenata imaju države članice.¹⁵⁴ Komisija je, također, obvezna podnositi Europskom vijeću, Europskom parlamentu, Vijeću ministara i parlamentima država članica godišnje izvješće o poštivanju načela supsidijarnosti. Izvješće se dostavlja i Gospodarskom i socijalnom odboru te Odboru regija.

Osim razmotrenih dodatnih Protokola, Lisabonski ugovor predviđa sudjelovanje nacionalnih parlamenata u nekoliko daljnjih situacija.¹⁵⁵ Sve te odredbe u pravilu ne daju parlamentima država članica izravnu mogućnost sudjelovanja u bilo kojem postupku odlučivanja na europskoj razini,¹⁵⁶ već osiguravaju pravodobnu obaviještenost i mogućnost izražavanja mišljenja, a time otvaraju mogućnost političkog pritiska na vlastite vlade. Lisabonski ugovor i dodatni Protokoli stupit će na snagu nakon ratifikacije u svim državama članicama.¹⁵⁷ Do tada se primjenjuje ranije spomenuti (prvi) Protokol o ulozi nacionalnih parlamenta u EU dodan Ugovorom iz Amsterdama.

Uzevši u obzir sve rečeno, nameće se zaključak da se položaj nacionalnih parlamenata država članica, u odnosu na zakonodavni postupak na europskoj

¹⁵⁴ Ibid., čl. 8. Aktivnu legitimaciju ima i Odbor regija u odnosu na zakonodavne akte Unije za koje je predviđeno njegovo prethodno konzultiranje.

¹⁵⁵ Primjerice, sukladno čl. 12. pročišćenog teksta Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU), nacionalni parlamenti sudjeluju, u okviru područja slobode, sigurnosti i pravde, u mehanizmima evaluacije za provedbu politika Unije u tom području (sukladno postupku reguliranom u čl. 70. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, dalje: UFEU); uključeni su u prosudbu aktivnosti Eurojusta (sukladno postupku reguliranom u čl. 85. st.1-3 UFEU) i politički nadzor Europol (sukladno postupku reguliranom u čl. 88. st. 2-2 UFEU); sudjeluju u postupku izmjene Ugovora (čl. 48. UEU) te moraju biti obaviješteni o zahtjevima za pristupanje Uniji (čl. 49. UEU).

¹⁵⁶ Lisabonski ugovor samo u dva slučaja uvodi pravo veta nacionalnog parlamenta. Naime, sukladno čl. 48. st. 7-3 UEU, odluka Europskog vijeća o pojednostavljivanju postupka odlučivanja (primjerice, kvalificiranom većinom umjesto jednoglasno; primjena redovnog umjesto posebnog zakonodavnog postupka) ne može biti donesena ako se samo jedan nacionalni parlament tomu usprotivi u roku od 6 mjeseci. Istovrsno pravo veta nacionalnih parlamenata uvršteno je i u čl. 81. st. 3-3 UFEU, a u odnosu na regulaciju obiteljsko pravnih odnosa.

¹⁵⁷ Predviđeni rok stupanja na snagu Lisabonskog ugovora je 1. siječanj 2009. godine, pod uvjetom da svih 27 država članica ratificira Ugovor do kraja 2008. godine. Ako ratifikacije ne budu usvojene u roku, Ugovor će stupiti na snagu prvog dana prvog mjeseca nakon potvrde Ugovora od strane posljednje države članice. Države članice predviđaju brzu ratifikaciju u svojim nacionalnim parlamentima, a jedino je Republika Irska obvezna provesti referendum. Do 1. svibnja 2008. Lisabonski ugovor ratificiralo je 11 država.

razini, poboljšava i izjednačava bez obzira na konkretne mehanizme nadzora uspostavljene u pojedinim ustavnim sustavima i praksi. Odredbe na europskoj razini osiguravaju obaviještenost i mogućnost pravodobnog reagiranja nacionalnih parlamenata. Ipak, učinkovitost nadzora nad vlastitom vladom u krajnjoj je liniji ovisna o domaćim mehanizmima i, napose, političkoj zbilji svake države. Pitanje primjene sekundarnog zakonodavstva EU, odnosno problematika zakonodavne delegacije kojom se sekundarno zakonodavstvo najčešće provodi u domaćim porecima, ostaje odgovornost svake pojedine države.

5. Osvrt na položaju Hrvatskog sabora u pretpristupnom razdoblju u odnosu na pitanja EU

S obzirom na to da je posve razvidno kako vodeću ulogu u odlučivanju o pitanjima vezanim za EU vodi izvršna vlast, a da nacionalni parlamenti bivaju suočeni s izuzetno složenim i brojnim europskim pravnim propisima te nemaju realnu mogućnost smisleno razmotriti veliki broj zakonskih prijedloga, potrebno je utvrditi postojeći okvir i stvarno djelovanje Hrvatskog sabora u odnosu na problematiku vezanu uz EU. Nakon što je Hrvatski sabor 18. prosinca 2002. godine, usvojio Rezoluciju o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, Hrvatska je u Ateni 21. veljače 2003. godine, podnijela zahtjev za članstvo u Europskoj uniji. Na summitu u Bruxellesu 18. lipnja 2004. godine, Europsko je vijeće Republici Hrvatskoj dodijelilo status kandidata za članstvo u Europskoj uniji, a u skladu sa zaključcima sastanka Europska je komisija 6. listopada 2004., objavila Pretpristupnu strategiju za Hrvatsku kojom se pojašnjavaju pojedinosti priprema i uvjeta za stjecanje punopravnog članstva. Na sjednici Vijeća ministara Europske unije 16. ožujka 2005. u Bruxellesu, doneseni su Zaključci kojima se usvaja Pregovarački okvir za Republiku Hrvatsku. Bilateralnom Međuvladinom konferencijom EU - Hrvatska 3. listopada 2005., svečano su otvoreni pristupni pregovori za ulazak Hrvatske u Europsku uniju.¹⁵⁸

Parametri odnosa hrvatskog zakonodavca i hrvatske egzekutive u pretpristupnom razdoblju, a u odnosu na problematiku EU, načelno su određeni "Izjavom Hrvatskoga sabora i Vlade RH o zajedničkom djelovanju u procesu pregovora za članstvo u EU" od 19. siječnja 2005. godine.¹⁵⁹ Između ostalog, Izjava ističe da "...Vlada Republike Hrvatske izražava spremnost za pružanje svih oblika i načina potpore Hrvatskome saboru na daljnjem informiranju zastupnika, kao i stručnih službi Hrvatskoga sabora u cilju podizanja razine spremnosti za buduće obveze slijedom Protokola o ulozi nacionalnih parlamenata

¹⁵⁸ Detaljni kronološki pregled razvojnog puta odnosa između EU i RH vidi na <www.sabor.hr>.

¹⁵⁹ Izjava Hrvatskoga sabora i Vlade Republike Hrvatske o zajedničkom djelovanju u procesu pregovora za članstvo u Europskoj uniji (19. siječnja 2005.), Klasa: 018-05/05-01/17, <www.sabor.hr>.

u Europskoj uniji i Protokola o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Hrvatski sabor izražava spremnost da svojim aktivnostima podupire rad Vlade u procesu pregovora o članstvu u Europskoj uniji.“

Istodobno je usvojena i Odluka o osnivanju Nacionalnog odbora kao radnog tijelo Hrvatskoga sabora za praćenje pregovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji. Ovlasti su Nacionalnog odbora: nadgledati i ocjenjivati tijek pregovora, davanje mišljenja i smjernica u ime Hrvatskoga sabora o pripremljenim pregovaračkim pozicijama, razmatranje informacija o pregovaračkom procesu i davanje mišljenja o pitanjima koja će se otvarati tijekom pregovora, razmatranje i ocjenjivanje pregovaračkog djelovanja pojedinih članova pregovaračkog tima, posredstvom predsjednika Odbora održavati redovite konzultacije i razmjenjivati informacije s Predsjednikom Republike Hrvatske, predsjednikom Vlade Republike Hrvatske i predsjednikom Hrvatskoga sabora, održavati redovite konzultacije s voditeljem izaslanstva i glavnim pregovaračem o tijeku pregovora, otvorenim pregovaračkim pitanjima i mogućim načinima zatvaranja pojedinih poglavlja pregovora, a po potrebi davanje mišljenja o usuglašavanju hrvatskog zakonodavstva s propisima Europske unije. Nacionalni odbor najmanje dva puta godišnje obavještava Hrvatski sabor o svojem radu. Nacionalni odbor ima predsjednika, potpredsjednika i 13 članova iz reda zastupnika i to šest članova iz reda vladajućih, a šest iz reda oporbenih stranaka. Predsjednici Odbora za vanjsku politiku, Odbora za međuparlamentarnu suradnju i Odbora za europske integracije članovi su Nacionalnog odbora neovisno o stranačkoj pripadnosti. Predsjednik Nacionalnog odbora bira se iz reda oporbenih, a potpredsjednik iz reda vladajuće stranke ili vladajuće koalicije u Hrvatskom saboru. U Odbor se imenuju četiri člana: predstavnik Ureda Predsjednika Republike Hrvatske, predstavnik akademske zajednice, predstavnik udruga poslodavaca i predstavnik sindikata. Imenovani članovi Odbora imaju sva prava člana radnog tijela osim prava odlučivanja. Nadalje, u radu Nacionalnog odbora mogu sudjelovati predsjednik Vlade Republike Hrvatske, predsjednik i članovi Predsjedništva Hrvatskoga sabora, voditelj izaslanstva, glavni pregovarač te šef pregovaračke grupe pojedinog područja o kojem se raspravlja. Na sjednice Nacionalnog odbora mogu se pozvati predsjednici drugih radnih tijela, predsjednici klubova zastupnika u Hrvatskom saboru, predstavnici strukovnih udruženja, znanstvenici i stručnjaci iz pojedinih područja značajnih za proces pregovora. Glavni pregovarač, kada je nazočan na sjednici Nacionalnog odbora, daje informacije bitne za donošenje odluka. Sjednice Nacionalnog odbora u pravilu nisu otvorene za javnost, a o predmetu rasprave i donesenim odlukama javnost izvještava predsjednik Odbora.

Ranije spomenuta Zajednička izjava navodi i kako “...Hrvatski sabor i Vlada potvrđuju važnost kontinuiranog dijaloga i usklađenog djelovanja u procesu pregovora o punopravnom članstvu Republike Hrvatske u Europskoj uniji, posebno u dijelu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije.“ Na strani Hrvatskog sabora za ovo je područje nadležan Odbor za europske integracije, jedno od 25 redovnih radnih tijela. Ocjenu o usklađenosti nekog zakonskog prijedloga s pravnom stečevinom EU Odbor donosi temeljem

Nacionalnog programa RH za pridruživanje EU, Plana usklađivanja zakonodavstva pojedine kalendarske godine i izjave o usklađenosti zakonskog prijedloga koju priprema predlagač, redovito ministarstvo nadležno za europske integracije.¹⁶⁰

Iako opisani okvir djeluje relativno dobro u pretpristupnom razdoblju,¹⁶¹ sam po sebi ne jamči učinkovit budući nadzor Hrvatskog sabora nad djelovanjem hrvatske Vlade u tijelima EU, a posebno ne u odnosu na zakonodavnu delegaciju radi primjene sekundarnog zakonodavstva EU.¹⁶² Nepostojanje adekvatnog parlamentarnog nadzora ranije smo detaljno argumentirali,¹⁶³ a ovdje navodimo i razloge za zabrinutost koji su identificirani u novijoj domaćoj literaturi: poslovično odsustvo učinkovite horizontalne koordinacije između državnih tijela i ministarstava, odsustvo kulture aktivne participacije, odsustvo odgovornosti na svim razinama vlasti i sporost rada parlamenta u odnosu na dinamično područje EU regulative.¹⁶⁴ Iskustva starijih država članica, koje smo detaljno u ovom radu analizirali, svakako ukazuju na potrebu razvoja kvalitetnijih mehanizama parlamentarnog nadzora nad hrvatskom egzekutivom.

6. Zaključak

Primjena sekundarnog zakonodavstva EU često se odvija zakonodavnom delegacijom. Ona uključuje dva problema: metode i učinkovitost parlamentarnog nadzora nad djelovanjem nacionalne vlade u europskom zakonodavnom postupku te ispunjavanje obveze primjene usvojenih europskih općenormativnih akata u domaćim pravnim porecima. U svim razmatranim državama, ustanovljeni su posebni parlamentarni odbori mjerodavni za pitanja Europske unije koji mogu imati i neke ovlasti djelovanja u ime plenuma pojedinog parlamentarnog doma. Njihove su temeljne zadaće razmatranje prijedloga akata EU, izrada analiza i obrazloženih prijedloga stajališta parlamenta o pojedinim pitanjima i općenito praćenje rada Vijeća ministara, stanja europskih integracija i pitanja od interesa za matičnu državu. Budući da nacionalni parlamenti nemaju izravne

¹⁶⁰ Detaljnije vidi: <www.sabor.hr>.

¹⁶¹ Sporost u pripremi pa time i kašnjenje s usvajanjem tzv. "europskih zakona" (oznaka P.Z.E.) u odnosu na postojeće godišnje planove te nejasni ili nedorađeni pregovarački okviri za neka pregovaračka poglavlja (primjerice, poglavlje 13 – ribarstvo) najčešće su kritike djelovanja i međudnosa Sabora i Vlade. Analiza pretpristupne strategije nije predmet našeg interesa na ovom mjestu. U tom pravcu zabrinutost iznosi i D. Gjenero, u prilogu "100 dana druge Sanaderove Vlade", HRT 1, 19. travnja 2008.

¹⁶² O širem kontekstu ustavnih izmjena i pitanjima "ustavnopravnog identiteta" država članica u odnosu na pristupanje EU vidi u radovima A. Bačića, "O mjestu i značenju ustavnopravnog identiteta Republike Hrvatske u kontekstu pridruživanja Europskoj uniji", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 42, br. 4/2005, str. 497-515 i "EU ante portas i Ustav RH", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 38, br. 2-3/2001, str. 259-281.

¹⁶³ Vidi, S. Barić, op. cit.

¹⁶⁴ A. Bačić, "O položaju, ulozi i značaju nacionalnog parlamenta u EU konstitucionalizmu", u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 43, br. 2/2006, 1-23, str. 18.

mogućnosti utjecaja na donošenje konačne politike odluke u Bruxellesu, njihova se najvažnija mogućnost nadzora domaće egzekutive sastoji u prethodnom izricanju smjernica kojih se vlade moraju pridržavati prilikom sudjelovanja u europskim zakonodavnim postupcima.

Općenito gledajući, svi nacionalni parlamenti suočili su se s problemom nepravodobnog i nepotpunog informiranja o djelovanju tijela EU i njihovim dokumentima. Razmotrili smo djelovanje međuparlamentarne skupine COSAC osnovane upravo radi poboljšanja položaja domaćih zakonodavnih tijela. Njegovo je djelovanje tako dovelo do uvrštenja Protokola o ulozi nacionalnih parlamenata u EU Ugovoru iz Amsterdama iz 1997., koji kao najznačajniju novinu predviđa razdoblja od najmanje 6 tjedana između podnošenja prijedloga akta od strane Europske komisije i njegovog uvrštavanja na dnevni red Vijeća ministara, a radi osiguranja mogućnosti razmatranja istog pitanja u nacionalnim parlamentima. COSAC je u siječnju 2003. godine, usvojio preporučene minimalne standarde za odnose vlada i parlamenata u pitanjima Unije, (tzv. Kopenhagenske parlamentarne smjernice). Iako one nemaju pravnoobvezujuću snagu, njihov se sadržaj odražava u odredbama novog Protokola o ulozi nacionalnih parlamenta u EU uz Lisabonski ugovor. On, između ostalog, uvodi i novo pravo nadzora nacionalnih parlamenata nad zakonodavnim postupkom u EU, nadzor nad poštivanjem načela supsidijarnosti (konkretan postupak reguliran je posebnim Protokolom uz Lisabonski ugovor o primjeni načela supsidijarnosti i razmjernosti). Vidjeli smo, stoga da se položaj nacionalnih parlamenata država članica u odnosu na zakonodavni postupak na europskoj razini poboljšava i izjednačava bez obzira na konkretne mehanizme nadzora uspostavljene u pojedinim ustavnim sustavima i praksi. Odredbe na europskoj razini osiguravaju obaviještenost i mogućnost pravodobnog reagiranja nacionalnih parlamenata. Ipak, učinkovitost nadzora nad vlastitom vladom u krajnjoj je liniji ovisna o političkoj zbilji svake države. Isti je zaključak primjeren i za drugu problematiku, tj. pitanje primjene europskih akata. Ono ostaje odgovornost pojedinih država članica. Pri tomu, države kao najčešći instrument provedbe koriste upravo zakonodavnu delegaciju. Istaknuli smo i primjer talijanskog modela donošenja godišnjih «europskih zakona» kojim je riješen problem kroničnog zaostatka u provođenju europskih mjera. Države u pravilu mijenjaju i dopunjuju svoje ustavne odredbe radi prilagodbe ustavnog okvira izmjenama okvira djelovanja Europske zajednice, odnosno Europske unije. Takve će izmjene, bez sumnje, biti potrebne i u našoj državi prije pristupanja ovoj organizaciji. Valja, međutim, imati na umu i potrebu faktičnog poboljšanja parlamentarnog nadzora kojeg do sada Sabor nije iskazivao u odnosu na Vladino delegirano zakonodavstvo, a koje će biti od iznimnog značaja za daljnji razvoj hrvatskog parlamentarizma, osobito u skoroj budućnosti članstva RH u EU.

Summary

THE EU SECONDARY LEGISLATION AND PARLIAMENTARY SUPERVISION OF THE NATIONAL EXECUTIVE

Having in mind a very well known preemptive status of the EU primary and secondary legislation, the authors consider problems confronted by the Member States in regards to parliamentary supervision of national executive authorities. Two issues have been identified: the role and the position of national parliaments in creating the secondary legislation and the obligation to apply it which has been executed in the Member States, as a rule, by legislative delegation. The authors consider in details the parliamentary practice of four “old” Member States (Germany, France, Italy and the United Kingdom) to point at a need for qualitative changes in the Croatian Parliament practice. In addition, the authors analyse a cooperation between committees of the national parliaments dealing with European affairs (COSAC) and position of national parliaments according to provisions of the existing founding Treaties as well as the Treaty of Lisbon, that is, its protocols. Although the position of national parliaments in regards to secondary legislation has been improving at the European level, relative strength of the national parliaments and responsibility for application of European regulations depends in large part upon developed domestic legal mechanisms and a level of national parliamentarian culture.

Key words: *regulations, directives, parliamentary committees, national parliaments, legislative delegation, COSAC, Protocol on the Role of Nation Parliaments in the EU, Protocol on the Application of Principles of Subsidiarity and Proportionality.*

Zusammenfassung

SEKUNDÄRE GESETZGEBUNG DER EU UND PARLAMENTARISCHE AUFSICHT ÜBER DIE NATIONALE EXEKUTIVE

Ausgehend von dem bei uns wohlbekannten Status der primären und sekundären Gesetzgebung der EU betrachten die Autorinnen Probleme, mit denen sich die Mitgliedstaaten hinsichtlich der parlamentarischen Aufsicht über die nationalen Exekutiven auseinandersetzen müssen. Es werden zwei Probleme identifiziert: Rolle und Stellung der Nationalparlamente bei der Bildung sekundärer Gesetzgebung sowie die Verpflichtung zur Anwendung derselben, die sich in den Mitgliedstaaten in der Regel durch gesetzgebende Delegationen abwickelt. Die Autorinnen betrachten detailliert die parlamentarische Praxis von vier “alten“ Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien) um die Notwendigkeit einer

qualitativen Veränderung der parlamentarischen Praxis Kroatiens aufzuzeigen. Zusätzlich wird die Zusammenarbeit parlamentarischer Kommissionen, die zuständig für die Fragen der EU sind (COSAC) analysiert sowie die Stellung nationaler Parlamente in Übereinstimmung mit den Bestimmungen bestehender Gründungsverträge wie auch dem Vertrag von Lissabon bzw. seine Protokolle. Obwohl sich auf europäischer Ebene die Stellung der nationalen Parlamente im Verhältnis zur sekundären Gesetzgebung der EU verbessert, hängt die relative Kraft der Nationalparlamente und die Verantwortung für die Anwendung europäischer Vorschriften in hohem Maße von entwickelteren nationalen Rechtsmechanismen und dem Grad der nationalen parlamentarischen Kultur ab.

Schlüsselwörter: *Bestimmungen, Direktiven, Parlamentsausschüsse, Nationalparlamente, gesetzgebende Delegation, COSAC, Protokoll über die Rolle der Nationalparlamente in der EU, Protokoll über die Anwendung des Prinzips der Subsidiarität und Proportionalität.*

Sommario

LEGISLAZIONE SECONDARIA DELL'UE E VIGILANZA PARLAMENTARE SULL'ESECUTIVO NAZIONALE

Partendo dallo *status* preminente, a noi ben noto, della legislazione primaria e secondaria dell'UE, le autrici considerano i problemi con i quali si scontrano gli stati membri in relazione al controllo parlamentare sugli esecutivi nazionali. Sono individuati due problemi: il ruolo e la posizione dei parlamenti nazionali nella creazione della legislazione secondaria, come pure l'obbligo di applicazione della medesima, che negli Stati membri, di regola, è realizzata attraverso la delega parlamentare. Le autrici esaminano nel dettaglio la prassi parlamentare di quattro "vecchi" stati (Germania, Francia, Italia e Regno Unito) al fine di mostrare la necessità di modifiche di qualità nella prassi parlamentare del Parlamento croato. Inoltre, si esamina la collaborazione delle commissioni parlamentari per le questioni dell'UE (COSAC), come pure la posizione dei parlamenti nazionali in conformità alle disposizioni esistenti nei Trattati costitutivi, come anche del Trattato di Lisbona, ovvero dei suoi protocolli. Anche se a livello europeo la posizione dei parlamenti nazionali sta migliorando in relazione alla legislazione secondaria dell'UE, la forza relativa dei parlamenti nazionali e la responsabilità per l'attuazione delle leggi europee in buona parte dipende dal grado di sviluppo dei meccanismi giuridici nazionali e dal grado della cultura parlamentare nazionale.

Parole chiave: *regolamenti, direttive commissioni parlamentari, parlamenti nazionali delega legislativa, COSAC, Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'UE, Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.*

UPRAVLJANJE U EUROPSKOJ ZAJEDNICI

Dr. sc. Dario Đerđa, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342 9::061.1EU
Ur.: 2. travnja 2008.
Pr.: 15. listopada 2008.
Izvorni znanstveni članak

Cilj je ovoga rada ukazati na modele upravljanja u Europskoj zajednici te na osnovne probleme vezane uz njih, sukladno trenutnom normativnom uređenju. Nakon uvoda, u kojem se ukazuje na značaj ove materije u Hrvatskoj, analiziraju se modeli upravljanja u Europskoj zajednici. Pozornost se najprije posvećuje izravnom upravljanju Zajednice, koje se obavlja, ili od Europske komisije, ili eksternaliziranjem nekih provedbenih poslova. Ova je djelatnost prikazana na primjeru izvršavanja proračuna Zajednice. Zatim slijedi analiza podijeljenog upravljanja te ukazivanje na značajnije probleme vezane uz ovakav način postupanja. Ovaj način upravljanja zajednice prikazan je na primjerima upravljanja zajedničkom poljoprivrednom politikom i strukturnim fondovima.

Ključne riječi: *Europska zajednica, izravno upravljanje, podijeljeno upravljanje.*

1. Uvod

Djelatnost tijela izvršne i upravne vlasti Europske zajednice vrlo je široka. Poslovi u nadležnosti Europske komisije, Vijeća Europske unije, upravnih aparata institucija Zajednice, agencija i odbora iz sustava *commitology* su mnogobrojni.¹ Tijela izvršne i upravne vlasti Europske zajednice koordiniraju odnose između različitih institucija Zajednice. Ona koordiniraju odnose tijela Zajednice i nacionalnih tijela država članica, a ponekad i tijela različitih država članica. Raspoložu vrlo opsežnim općenormativnim ovlastima te u tom kontekstu, ili posredno sudjeluju u donošenju zakonodavstva Zajednice, ili sami donose različite provedbene propise, rješavaju u pojedinačnim upravnim stvarima te provode različite oblike upravnog i inspeksijskog nadzora. Tijela

¹ O nositeljima izvršne i upravne vlasti u Europskoj uniji vidi u Đerđa, Dario, *Institucionalni ustroj izvršne i upravne vlasti u Europskoj uniji*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28., br. 2., 2007., str. 1185-1218.

Zajednice ujedno prikupljaju, sistematiziraju te stavljaju građanima na raspolaganje različite informacije, kojima raspolažu, te obavljaju cijeli niz drugih poslova. No, treba naglasiti da su izvršne i upravne aktivnosti Zajednice uvijek usmjerene isključivo na brigu o interesima od važnosti za Europsku uniju u cjelini.

Europski pravni poredak postupno je uspostavio stanoviti vid strukturalne veze između nacionalnih upravnih tijela različitih država članica, ali i između nacionalnih upravnih tijela i institucija i tijela Europske zajednice. Posljednjih tridesetak godina pravo Zajednice posvećuje sve veću pozornost pravnim pravilima i načelima koja uređuju postupanje njezinih institucija i tijela te tijela nacionalnih vlasti kada primjenjuju europsko pravo. Ovo je lako uočljivo iz odredbi brojnih uredbi i direktiva, i sektorskih, i općih, kojima je cilj urediti modele postupanja u Zajednici. U kreiranju pravila postupanja, nezaobilaznu ulogu svakako ima i Europski sud koji je, kroz sudsku praksu, utvrdio različite vrste upravnih radnji, njihov odnos prema drugim oblicima postupanja, ali i kriterije njihove zakonitosti.² U radu se povlači razlika između pojma “*Europska unija*” i “*Europska zajednica*”, kakva je utvrđena *Ugovorom o Europskoj uniji*³ te *Ugovorom o Europskoj zajednici*.⁴ Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu, pojam “*Europska unija*” dobit će daleko više na značenju.⁵

Upoznatost s europskim upravnim pravom nacionalnih javnih službenika, sudaca, pravnih teoretičara, ali i cjelokupne javnosti, značajna je iz nekoliko razloga. Ulaskom u Europsku uniju, Hrvatska će se suočiti s primjenom pravnih normi europskog prava unutar našeg nacionalnog pravnog poretka i u odnosima suradnje s institucijama i tijelima Unije i nacionalnim tijelima drugih država članica. S druge strane, mnogobrojni odbori i radne skupine Zajednice, sastavljeni su od predstavnika država članica i predstavnika Komisije.⁶ U tom smislu, kao jedno od vrlo značajnih pitanja postupanja u Zajednici, osobito u kontekstu europskog upravnog prava,⁷ postavljaju se metode upravljanja u Europskoj zajednici.

² O ovome više vidi u Chiti, Mario P., Forms of European Administrative Action, *Law and Contemporary problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 43.

³ *Consolidated Version of the Treaty on European Union*, Official Journal, 2006., C 321.

⁴ *Consolidated Version of The Treaty Establishing the European Community*, Official Journal, 2006., C 321.

⁵ Ovo je razvidno iz tekstova *Ugovora o Europskoj uniji* i *Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, Official Journal, 2007., C 306.

⁶ O oblicima suradnje između Unije i nacionalnih vlasti više vidi, npr. Egeberg, Morten, Schaefer, Günther, Trondal, Jarle, The Many Faces of EU Committee Governance, *West European Politics*, vol. 26., no. 3., 2003., str. 19-40. te Lenaerts, Koen, Verhoeven, Amaryllis, Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision, *Common Market Law Review*, vol. 12., 2000., str. 645-660. i sl.

⁷ O pojmu i izvorima europskog upravnog prava više vidi u Aviani, Damir, Pojam i izvori upravnog prava Europske unije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, god. 15., 2002., str. 231-246.

Kako Europska zajednica nije u mogućnosti samostalno obavljati sve svoje poslove, s vremenom se razvijaju oblici njihovog obavljanja, utemeljeni ponajprije na suradnji Komisije i nacionalnih uprava. Međutim, kako su se ovi oblici suradnje u pravnoj znanosti počeli klasificirati tek odnedavno i literatura o ovoj tematici je vrlo oskudna.⁸ Tako se može ustvrditi kako razlikovanju izravnog i podijeljenog upravljanja u pravnoj znanosti i struci danas nije posvećeno dovoljno pozornosti. U literaturi se samo susreću tvrdnje kako se politikama Zajednice upravlja na različite načine, što svakako nije dostatno za ozbiljno bavljenje upravnim pravom na nacionalnoj, a posebno ne na nadnacionalnoj razini. Štoviše pojam “*podijeljena uprava*” ili još češće “*zajednička uprava*” nekada se rabio samo u pravnoj znanosti s ciljem objašnjavanja posebnih odnosa između različitih upravnih tijela u strukturi Europske zajednice – vertikalnih, tj. odnosa između država članica i tijela Zajednice te horizontalnih, tj. odnosa između samih država članica.⁹ Međutim, ovaj pojam, pomalo iz pravne znanosti, ulazi i u zakonodavstvo, što je razvidno iz više uredbi i direktiva, koje se odnose na upravljanje zajedničkom poljoprivrednom politikom i strukturnim fondovima, a sada i iz nedavno sklopljenog *Ugovora iz Lisabona* koji ovom pitanju posvećuje osobitu pozornost. Upravno izvršavanje prava i politika Zajednice vrlo je bitno za zajedničke akcije Zajednice i država članica. Kako rashodi Zajednice, vezani uz zajedničku poljoprivrednu politiku i strukturne fondove, čine veliki dio njezinog proračuna, a pravni režim podijeljenog upravljanja sadrži specifične probleme i izazove svakako mu i u hrvatskoj pravnoj literaturi treba posvetiti odgovarajuću pozornost. Isto se može ustvrditi i za izravno upravljanje Zajednice, koje svakim danom postaje sve dominantniji model obavljanja poslova u ovoj nadnacionalnoj organizaciji.

U radu se analiziraju danas važeća rješenja propisana *Ugovorom o Europskoj Zajednici* i *Ugovorom o Europskoj uniji*, dok se u dijelu teksta i bilješkama ukazuje i na rješenja *Ugovora iz Lisabona*, poznatijeg pod nazivom *Reformski ugovor*, usvojenog u prosincu 2007. godine. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu, početak će se primjenjivati *Ugovor o Europskoj uniji* i *Ugovor o funkcioniranju Europske unije*.

2. Modeli upravljanja u Europskoj zajednici

Pri razmatranju modela upravljanja u Europskoj zajednici, najprije treba nagasiti kako je Europska zajednica složena tvorevina, koja funkcionira u okviru prenesenih ovlasti država članica.¹⁰ Ujedno valja istaknuti kako je uz

⁸ Više o ovome vidi u Cassese, Sabino, *European Administrative Proceedings, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 21.

⁹ Više vidi u Chiti, M., op. cit., str. 37.

¹⁰ Već članak 5. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici* propisuje kako Zajednica djeluje samo unutar granica ovlasti i ciljeva koji su joj dodijeljeni ovim *Ugovorom*. Dakle, Europska zajednica

problematiku nadležnosti Europske zajednice usko vezano i pitanje odnosa nadležnosti Zajednice prema nadležnostima država članica. U nekim je slučajevima nadležnost Europske zajednice isključiva, što znači da je u tim pitanjima za postupanje nadležna samo i jedino Europska zajednica, dok u drugima nadležnost Zajednice stoji u određenim oblicima ovisnosti prema nadležnosti država članica. Tako treba razlikovati isključivu nadležnost Zajednice od one koja je na neki način podijeljena. U isključivu nadležnost Europske zajednice ulaze svi poslovi u kojima države članice u načelu više nemaju nikakvih ovlasti.¹¹ Primjer isključive nadležnosti Zajednice dobro se ogleda u carinskoj politici i vanjskoj trgovini,¹² gdje mjere mogu poduzimati samo institucije i tijela Europske zajednice.

S druge strane, kada nadležnost Europske zajednice stoji u nekom odnosu prema nadležnosti država članica, razlikuju se tri moguća odnosa: konkurirajuća nadležnost Zajednice i država članica, okvirna nadležnost Zajednice te paralelna nadležnost Zajednice i država članica. Konkurirajuća nadležnost označava slučaj u kojem su za obavljanje nekih radnji nadležne države članice, sve dok odnosnu materiju ne harmonizira sama Zajednica.¹³ U okvirnu nadležnost ulazile bi ovlasti koordinacije, kooperacije i nadopunjavanja između država članica i Zajednice.¹⁴ Konačno, u slučajevima paralelne nadležnosti i Europska zajednica i države članice mogu donositi pravne akte. Međutim, ovdje je pravo

raspoláže ovlastima samo u okviru onih nadležnosti koje su joj države članice prenijele *Osnivačkim ugovorima*. Stoga se u znanstvenoj i stručnoj literaturi često susreće formulacija kako se Europska zajednica temelji na “načelu ograničenih ovlasti” ili “načelu dodijeljenih ovlasti”. Vidi npr. Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 105. te Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003., str. 129-131. To znači da institucije i tijela Zajednice nemaju svoje izvorne ovlasti, već imaju samo ovlasti koje su im dodijelile države članice. Vidi članak 7. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*.

¹¹ O isključivoj nadležnosti Europske zajednice više vidi u Steiner, Josephine, *Subsidiarity Under the Maastricht Treaty*, *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing Chichester, 1994., str. 52. i Toth, Akos, *A Legal Analysis of Subsidiarity*, *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing Chichester, 1994., str. 37. Članak 2. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*, koji bi se trebao početi primjenjivati stupanjem na snagu *Ugovora iz Lisabona*, propisuje da kada *Ugovori* podjeljuju Uniji isključivu nadležnost u određenom području, ovdje samo Unija može donositi propise i pravno obvezujuće akte, dok su države članice ovlaštene to činiti samo ako ih je na to ovlastila sama Unija ili u svrhu provedbe akata Unije.

¹² Vidi npr. članak 26. i članak 133. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovi će članci biti konsolidirani kao članak 31. i članak 207. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

¹³ Vidi npr. članke 39., 90., 99. i 174. *Ugovora o Europskoj zajednici* kao primjer ostvarivanja zajedničkog tržišta. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovi članci bit će konsolidirani kao članci 45., 110., 121. i 191. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

¹⁴ Vidi članak 44. stavak 1. te članak 98. *Ugovora o Europskoj zajednici*, kao primjer koordinacije gospodarske politike. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovi članci bit će konsolidirani kao članci 50. stavak 1. te 120. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Sukladno ovome članku, Vijeće bi ovdje trebalo djelovati zajedno s Europskim parlamentom sukladno redovnom zakonodavnom postupku.

Zajednice ipak nadređeno, što znači da pravni akti država članica moraju biti u skladu s propisima koje je u tom području donijela Zajednica.¹⁵

Problematika upravljanja u Zajednici izravno se nadovezuje na pitanje odnosa nadležnosti Zajednice i država članica, tj. poslove u isključivoj nadležnosti Zajednice i one koji to nisu. Modeli i pravila upravljanja u Zajednici nisu kodificirana u jednom pravnom aktu, već su odredbe o postupanju različitih tijela razasute u brojnim propisima primarnog i sekundarnog prava, a stanovita načela postupanja svojim je presudama postavio i Europski sud. No, načelna pravila o postupanju izvršne i upravne vlasti Zajednice, sadržana su u tzv. *Financijskoj uredbi*, koja u *Dijelu IV* propisuje metode izvršavanja proračuna Zajednice te u tom kontekstu postavlja i temeljna načela upravljanja u Zajednici.¹⁶ Značajno je da svojim odredbama *Uredba* provodi funkcionalno razlikovanje između izravnog i podijeljenog upravljanja, čime načelno postavlja pravni okvir ovih oblika nadnacionalnog upravljanja.

Članak 53. ove *Uredbe* propisuje da Komisija može poslove obavljati na tri različita načina: ili na središnjoj osnovi; ili podijeljenim, odnosno decentraliziranim upravljanjem;¹⁷ ili zajedničkim upravljanjem zajedno s međunarodnim organizacijama.¹⁸ Dok upravljanje na središnjoj osnovi znači da nekom djelatnošću upravlja Europska zajednica samostalno, ostali načini ukazuju na zajedničko obavljanje određenih poslova Zajednice, ali i nacionalnih, država odnosno

¹⁵ Vidi članak 81. *Ugovora o Europskoj zajednici*, kao primjer primjene politike tržišnog natjecanja. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovaj članak bit će konsolidiran kao članak 101. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Članak 2. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* trebao bi propisati da kada *Ugovori* u određenim područjima propisuju podijeljenu nadležnost Unije i država članica, i Unija, i države članice moći će donositi propise i pravno obvezujuće akte u tim područjima. Države članice ovdje bi bile ovlaštene obavljati svoje nadležnosti u stvarima u kojima Unija to nije učinila. Drugim riječima, države članice bile bi ovlaštene izvršavati nadležnosti samo u pitanjima u kojima je Unija odlučila prestati obavljati ove nadležnosti.

¹⁶ *Uredba Vijeća br. 1605/2002 od 25. lipnja 2002. o Financijskoj uredbi koja se primjenjuje na opći proračun Europskih zajednica, Council Regulation of 1605/2002 on the Financial Regulation Applicable to the General Budget of the European Communities*, Official Journal, 2002., L 248. Do stupanja na snagu ove *Uredbe* primjenjivala se *Financijska uredba iz 1977. godine*, koja je mijenjana u više navrata. *Financial Regulation of 21. December 1977 Applicable to the General Budget of the European Communities*, Official Journal, 1977., L 356.

¹⁷ Članak 53. stavak 4. *Financijske uredbe* propisuje da ukoliko Komisija proračun provodi decentraliziranim upravljanjem, provedba zadaća prenosi se na treće države sukladno odredbama o poduzimanju vanjskih radnji. Decentralizirano upravljanje obuhvaća slučajeve u kojima su proračunska sredstva namijenjena trećim državama kao korisnicima. Ova se sredstva, naravno, mogu raspodijeliti, ili izravno od Komisije, ili preko nacionalnih vlasti države korisnice, sukladno člancima 162. do 170. *Financijske uredbe*.

¹⁸ Članak 53. stavak 7. *Financijske uredbe* propisuje da ukoliko Komisija provodi proračun zajedničkim upravljanjem, određene provedbene zadaće povjeriti će se međunarodnim organizacijama u skladu s provedenim pravilima. Međunarodne organizacije koje se podrazumijevaju u skladu s ovom odredbom su međunarodna javna tijela osnovana međunarodnim ugovorima i specijalizirane agencije osnovane od ovih tijela, npr. Međunarodni odbor Crvenog križa te Međunarodna federacija nacionalnih Crvenih križeva i Udruga Crvenih križeva.

međunarodnih organizacija. Na temelju ovih modela upravljanja u Europskoj zajednici, u pravnoj se znanosti povlače dva osnovna načina provođenja izvršne i upravne djelatnosti. To su izravno upravljanje, odnosno obavljanje izvršnih i upravnih poslova od same Europske zajednice, posredstvom njezinih institucija i tijela te podijeljeno upravljanje, odnosno obavljanje izvršnih i upravnih poslova putem tijela nacionalnih vlasti.¹⁹ Osnovna pravila i specifičnosti ova dva najbitnija načina upravljanja u Zajednici proanalizirat će se u nastavku rada.

3. Izravno upravljanje

Izravno upravljanje, odnosno upravljanje na središnjoj osnovi, označava provođenje poslova izvršne i upravne vlasti Unije bez formalne i sustavne suradnje s nacionalnim upravama država članica. Izravno upravljanje usko je vezano uz područja u isključivoj nadležnosti Europske zajednice. Širenjem nadležnosti Zajednice, a bez popisanih odnosa suradnje s nacionalnim upravama, dolazi do naglog širenja njezine izvršne i upravne djelatnosti, za provođenje koje su nadležne same njezine institucije i tijela. Zanimljivo je spomenuti da ovaj vid upravljanja, koje se realizira ponajprije u okviru isključive nadležnosti Zajednice, u financijskom pogledu obuhvaća oko jedne šestine svih njezinih proračunskih sredstava.²⁰ Tako institucije i tijela izvršne i upravne vlasti u Zajednici izravno upravljaju brojnim programima vezanim uz turizam, suradnju s državama jugoistočnog sredozemlja koje nisu države članice Unije (tzv. *MED programi*), pružanjem pomoći u izvanrednim situacijama, stručnim osposobljavanjem (tzv. *Program Leonardo da Vinci*), politikom nuklearne sigurnosti, *TACIS* i *PHARE programima* i sl. Razlog ekspanziji ovog načina upravljanja Craig pronalazi u širenju odgovornosti Komisije, koje nije popraćeno donesenim odredbama koje bi propisale provođenje ovih djelatnosti modelom podijeljene uprave, pa je Komisija, u ovom pitanju neograničena pravnim propisima, procijenila kako će se određene politike u praksi bolje provoditi izravno od tijela Zajednice, kao nevladinih tijela neopterećenih nacionalnim interesima.²¹

Izravno upravljanje ipak ne znači da će Komisija sve aktivnosti provesti potpuno samostalno, tj. preko svojih tijela. Štoviše, širok opseg nadležnosti Unije jednostavno je Komisiji učinio nemogućim obavljanje svih poslova koji su joj na neki od opisanih načina stavljeni u nadležnosti. Tako se ona našla u situaciji da zbog brojnih provedbenih poslova jednostavno više ne može dovoljno vremena posvetiti vrlo bitnim poslovima političkog odlučivanja. Baš

¹⁹ Međutim, Cassese i Cananea naglašavaju kako se ovdje ipak ne smije zanemariti veliki dio ostalih djelatnosti u Uniji koje još uvijek izvršavaju tijela nacionalnih javnih vlasti. Tako se, primjerice preko nacionalnih javnih uprava izvršavaju djelatnosti od interesa za Uniju u području pravosuđa i unutarnjih poslova, a nacionalne su uprave dužne surađivati i u cijelom nizu drugih područja, npr. u pitanjima vezanim uz vizni režim, nadzor granica. Cassese, Sabino, della Cananea, Giacinto, *Diritto amministrativo Europeo: principi e istituti*, Giuffrè, Milano, 2006., str. 94.

²⁰ Jedna šestina proračunskih sredstava Zajednice iznosi oko 14 milijardi eura godišnje.

²¹ Craig, Paul, *EU Administrative Law*, European University Institute, Oxford, 2006., str. 32.

kao što se učinkovita raspodjela poslova javlja, kao jedan od endemskih problema unutar nacionalnih država, isto je i na razini Zajednice. Komisija ne može sama upravljati svim svojim programima, jer ona za to nema niti dovoljno stručnosti niti kadrova. Štoviše, kada bi Komisija sama obavljala sve provedbene poslove, ne bi imala dovoljno vremena baviti se poslovima političkog odlučivanja. Stoga je pristupila eksternaliziranju nekih poslova iz svoje nadležnosti i to upravo provedbenih poslova. Nužnost koncentriranja Komisije na samo određeni skup funkcija, koje se odnose na donošenje političkih odluka utvrđena je još 2000. godine u *Bijeloj knjizi o reformi Komisije*,²² gdje stoji “kako će se eksternalizacija poslova Europske komisije koristiti kada god je to učinkovito, ako se pri tom u pitanje ne dovodi prekoračenje odgovornosti”.²³ Ovaj cilj, stoji u *Knjizi*, ostvarit će se delegiranjem drugih poslova iz nadležnosti Komisije drugim tijelima i osobama.

Tako se, dakle izravno upravljanje može obavljati upravljanjem, koje provodi sama Komisija te ekstrenaliziranjem ovih poslova drugim tijelima, pri čemu odgovornost za njihovo obavljanje i dalje ostaje na Komisiji.

3.1. Upravljanje posredstvom Komisije

Sustav izravnog upravljanja, koje provodi sama Zajednica, preko svojih tijela, u području izvršavanja proračuna Zajednice, također je propisan *Financijskom uredbom*,²⁴ čija se pravila ovdje primjenjuju kao opći postupovni zakon. U postupku u kojem Komisija samostalno izvršava proračun primjerice do izražaja osobito dolaze dvije osobe s vrlo bitnim funkcijama: proračunski naredbodavac (eng. *authorizing officer*) i računopolagač (eng. *accounting officer*).²⁵ Svaka institucija treba odrediti osobu, koja će obavljati poslove proračunskog naredbodavca, ovlasti i obveze koje će on imati te koje od ovih ovlasti može poddelegirati. U izvršavanju proračuna, proračunski naredbodavac ovlašten je preuzimati proračunske i pravne obveze, likvidirati izdatke te nalagati plaćanja, dok je računopolagač odgovoran za obavljanje plaćanja, prikupljanje prihoda i vođenje svih računovodstvenih poslova.²⁶

Izvršavanje proračuna svodi se na poduzimanje radnji nužnih za namirenje pravnih obveza. Pod pojmom pravne obveze, smatra se svaki akt kojim

²² *Reforming the Commission. A White Paper*, COM(2000) 200 final/2, vol. I and II. Tako je u *Bijeloj knjizi* primjerice predloženo i uvođenje tada novog tipa provedbenih tijela – tzv. izvršnih agencija te se osobit naglasak stavio na preporuke o službenicima i sustavu financijskog nadzora.

²³ Eksternalizacija se, primjerice ne smije koristiti za upravljanje loše definiranim aktivnostima ili kada su u pitanju stvarne diskrecijske ovlasti.

²⁴ Kako se sustav izvršavanja proračuna izravno od Komisije određen *Financijskom uredbom* iz 1977. godine nije pokazao dobrim, *Bijela knjiga o reformi Komisije*, nastojala je potaknuti reformu ovog sustava s temeljnom idejom – ohrabriti službenike u preuzimanju odgovornosti za aktivnosti nad kojima obavljaju nadzor te da im se omogući učinkovito obavljanje nadzora nad aktivnostima za koje su odgovorni.

²⁵ Članak 58. *Financijske uredbe*.

²⁶ Vidi članak 59. stavci 1. i 2., članak 60. stavak 2. i članak 61. *Financijske uredbe*.

proračunski naredbodavac preuzima neku obvezu prema trećoj osobi, a koja će rezultirati proračunskim rashodom. Proračunski naredbodavac, dakle, izvršava i proračunske i pravne obveze. Kada preuzima proračunsku obvezu, proračunski naredbodavac mora biti siguran da se financira određena proračunska stavka, da su predviđena sredstva slobodna, da se izdatak zasniva na relevantnoj pravnoj odredbi te da se poštuju načela dobrog financijskog upravljanja. Prilikom likvidacije izdatka proračunski naredbodavac je odgovoran za ovjeru obveze, utvrđivanje iznosa izdatka te ovjeru uvjeta pod kojima će izdatak isplatiti.²⁷ Temeljem ovih pravila proračunski naredbodavac preuzima cjelokupnu odgovornost za unutrašnji nadzor u svojem tijelu, kao i za donošenje svih financijskih odluka koje donosi u okviru svoje funkcije. *Financijska uredba* člancima 64. do 67. ujedno određuje odgovornosti proračunskog naredbodavca i računopolagača.

Ovdje valja naglasiti da je usvajanjem *Financijske uredbe* 2002. godine, došlo do bitnih reformi u svezi s provođenjem unutrašnjeg nadzora pri izvršavanju proračuna ovim modelom. Ustrojena je Služba unutrašnje revizije, čiji službenici savjetuju institucije o odgovarajućim proračunskim postupcima, kvaliteti upravljanja te sustava nadzora. Pitanja unutrašnje revizije pri izvršavanju proračuna regulirana su člancima 85. i 86. *Financijske uredbe* te *Poveljom o Službi unutrašnje revizije Europske komisije*.²⁸

3.2. Eksternaliziranje izravnog upravljanja

Pravni osnov eksternalizacije izravnog upravljanja propisan je u članku 53. *Financijske uredbe*, koji propisuje da kada Komisija izvršava proračun na središnjoj osnovi, provedbene zadaće može obavljati ili izravno, tijelima svoje vlastite uprave, ili posredno, preko trećih osoba. S vremenom je postalo uobičajeno da neke poslove izravne uprave Komisija ugovorima delegira trećim osobama. Djelatnost političkog odlučivanja, dakle ostala je pridržana Komisiji, dok se provedbenim poslovima najčešće bave izvršne agencije, druga tijela Zajednice te upravna tijela i pravne osobe s javnim osobama država članica, a Komisija nad njihovim postupanjem obavlja nadzor. Na taj način, Komisija i dalje pravodobno može donositi središnje političke odluke, a uz primarnu odgovornost Komisije, obavljaju se i sve provedbene djelatnosti.

Motivi za ugovorno povjeravanje poslova izravne uprave vrlo su različiti. Tako je, primjerice, razlog povjeravanju nekih poslova u području nuklearne sigurnosti izuzetna relevantnost analiza koje izrađuju vanjski stručnjaci, u *MED programu* razlog ugovornog povjeravanja dijela poslova jest želja za uključivanjem civilnog društva u pružanje usluga, dok je razlog ugovornog povjeravanja poslova iz područja humanitarne pomoći bolji uvid specijalističkih organizacija, negoli same Komisije, u potrebe i iznose raspodjele ove pomoći.

²⁷ Vidi članak 76. stavak 1., članak 78. stavak 1. i članak 79. *Financijske uredbe*.

²⁸ *Charter of the Internal Audit Service of the European Commission*, SEC (00) 1801/2.

Naravno, bitan razlog povjeravanja poslova u brojnim sektorima, smatra Craig, je i kadrovski deficit Komisije i njezine uprave.²⁹

Financijska uredba taksativno ne određuje koje se djelatnosti mogu ugovorno povjeriti trećim osobama, već samo člankom 54. stavak 1. zabranjuje Komisiji povjeravanje trećim osobama obavljanje izvršnih ovlasti, koje su joj u nadležnost stavljene *Ugovorima*, ukoliko one uključuju visok stupanj diskrecijskog odlučivanja u donošenju političkih odluka.³⁰ Ujedno propisuje da se delegirane zadaće moraju jasno odrediti te se njihovo obavljanje treba potpuno nadzirati. Nedostatak preciznije navedenih djelatnosti koje se mogu povjeriti na obavljanje trećim osobama, smatra Craig, može dovesti do *“pretjerane eksternalizacije poslova Zajednice”*.³¹ Tako u ograničavanju eksternalizacije glavnu riječ ima Europski sud, koji svojim presudama u svakom konkretnom slučaju može odlučiti smije li se neka konkretna djelatnost ugovorno povjeriti u izvršavanje trećim osobama.

Tijela kojima Komisija može povjeriti obavljanje neke javne ovlasti, odnosno konkretne provedbene zadaće ponajprije su izvršne agencije te druga tijela Zajednice čiji poslovi nisu inkompatibilni s povjerenima. Izvršne agencije su pravne osobe, ustrojene odlukom Zajednice kojom im ona, u ime Komisije i na njezinu odgovornost, delegira ovlasti provođenja cjelokupnog programa, odnosno projekta Zajednice ili nekog njihovog dijela.³² Sukladno *Uredbi Vijeća br. 58/2003 od 19. prosinca 2002. godine o pravilima povjeravanja izvršnim*

²⁹ Craig, *EU*, op. cit., str. 32.

³⁰ Ovdje vidi i članak 6. stavak 1. *Uredbe Vijeća (EZ) br. 58/2003 od 19. prosinca 2002. godine o pravilima povjeravanja određenih poslova upravljanja programima Zajednice izvršnim agencijama, Council Regulation (EC) No 58/2003 of 19 December 2002 laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes*, Official Journal, 2003., L 11. Craig ovdje napominje kako je u praksi vrlo često sporno uključuje li neka ovlast povjerena trećoj osobi *“visok stupanj diskrecije u pogledu političkog odlučivanja”* u smislu članka 54. stavak 1. *Financijske uredbе*. Stoga će ovdje ključnu ulogu odigrati Europski sud koji će svojim odlukama odlučiti sadrži li povjerena djelatnost visok stupanj diskrecije u pogledu političkog odlučivanja. Craig, Paul, *New Framework for EC Administration: The Financial Regulation 2002, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 109.

³¹ Id., *EU*, op. cit., str. 52.

³² Članak 55. *Financijske uredbе*. Inicijalna ideja osnivanja izvršnih agencija može se pronaći u *Drugom izvješću o reformi Komisije: analiza sadašnje prakse i prijedloga za suzbijanje lošeg upravljanja, nepravilnosti i prijevare* Odbora neovisnih stručnjaka, Committee of Independent Experts, *Second Report on Reform of the Commission: Analysis of current practice and proposals for tackling mismanagement, irregularities and fraud*, <http://www.europarl.europa.eu/experts/pdf/rep2-1en.pdf>. Odbor je ovdje utvrdio da su uredi za tehničku pomoć Komisije ugovorne strane koje preuzimaju posao u ime i za račun Komisije. Slab nadzor nad takvim uredima doveo je do problema na koje Odbor neovisnih stručnjaka ukazuje u *Prvom izvješću o optužbama za prijevare, loše upravljanje i nepotizam u Europskoj komisiji*, Committee of Independent Experts, *First Report on Allegations regarding Fraud, Mismanagement and Nepotism in the European Commission*, http://www.europarl.europa.eu/experts/report1_en.htm. Tako je osnivanje izvršnih agencija uzeto kao način rješavanja ovoga problema. O osnivanju izvršnih agencija odlučuje Komisija nakon provedene *cost-benefit* analize. Postojanje agencije najčešće je vremenski ograničeno, no prema potrebi može se i produžiti. Vidi članak 3. stavci 1. i 2. *Uredbe 58/2003*.

agencijama određenih poslova upravljanja programima Zajednice njima se mogu povjeriti sljedeće zadaće: upravljanje svim ili samo nekim fazama projekta u svezi s nekim konkretnim projektom u okviru nekog programa Zajednice te u tu svrhu izvođenje potrebnih radnji i donošenje odgovarajućih odluka; usvajanje instrumenata izvršavanja proračuna i poduzimanje svih radnji nužnih za provedbu programa Zajednice, a osobito radnji vezanih uz sklapanje ugovora i izdavanje dozvola; te prikupljanje, analiza i dostavljanje Komisiji svih informacija potrebnih za provođenje programa Zajednice. Svi uvjeti, kriteriji, parametri i postupci kojih se izvršne agencije moraju pridržavati kada obavljaju delegirane zadaće te nadzor, koji će Komisija obavljati nad radom ovih agencija, trebaju biti uređeni u odluci o delegiranju poslova.³³ Očito je cilj *Uredbe 58/2003* osnažiti fleksibilno, odgovorno i učinkovito upravljanje zadaćama inicijalno povjerenim Komisiji, na način da političko odlučivanje ostaje u okviru Komisije, a provedbena se djelatnost prenese na agencije. Povezanost ovlasti i odgovornosti u izvršnim agencijama, primjećuje Craig, ostvaruje se objedinjavanjem funkcije ravnatelja agencije i proračunskog naredbodavca u istoj osobi.³⁴ Izvršne agencije su se pokazale osobito učinkovitima u poslovima koji zahtijevaju sklapanje brojnih ugovora, izdavanje dozvola i odobravanje subvencija.³⁵

Pod drugim tijelima Zajednice, kojima se može povjeriti obavljanje poslova, smatraju se tijela ustrojena od Komisije. Detaljnija pravila o postupanju ovih tijela propisana su u *Uredbi Komisije (EZ, Euroatom) br. 2343/2002 od 23. prosinca 2002. o okvirnoj financijskoj uredbi za tijela iz članka 185. Uredbe vijeća (EZ, Euroatom) br. 1605/2002 o Financijskoj uredbi koja se primjenjuje na opći proračun Europskih zajednica*.³⁶ Prema odredbama ove *Uredbe*, izvršenje proračuna druga tijela Zajednice provode sukladno načelu jedinstva i preciznosti proračuna, načelu jednogodišnjosti (periodičnosti), načelu ravnoteže, načelu računovodstvenog jedinstva, načelu potpunosti, načelu posebnih politika, načelu dobrog financijskog upravljanja te načelu transparentnosti.³⁷

Komisija, nadalje, može povjeriti ovlasti koje uključuju obavljanje javnih ovlasti i nacionalnim tijelima javne vlasti ili pravnim osobama s javnim ovlastima delegiranim od države.³⁸ Međutim, Komisija nije ovlaštena povjeriti provedbu ovih poslova tijelima privatnog sektora kojima nisu povjerene javne

³³ Članak 6. stavci 2. i 3. *Uredbe 58/2003*.

³⁴ Craig, New, op. cit., str. 115.

³⁵ Tako se, primjerice, u području energetike, kako bi se ostvarili svi ciljevi programa, sklapa više od 300 ugovora godišnje.

³⁶ *Commission Regulation (EC, Euratom) No 2343/2002 of 23 December 2002 on the framework Financial Regulation for the bodies referred to in Article 185 of Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities*, Official Journal, 2002, L 357.

³⁷ Članak 3. *Uredbe 2343/2002*.

³⁸ Članak 54. stavak 2. *Financijske uredbe*. I ova se ideja susreće u *Bijeloj knjizi o reformi Komisije*.

ovlasti odlukom o delegaciji koju je donijela država. Dakle, ukoliko neka pravna osoba raspolaže javnim ovlastima temeljem odluke lokalne ili regionalne vlasti, Komisija takvoj osobi ugovorno ne može povjeriti obavljanje nekih svojih poslova,³⁹ već samo poslove tehničkih ekspertiza te upravne, pripremne ili pomoćne poslove, koji ne uključuju obavljanje javnih ovlasti niti uporabu slobodne ocjene u donošenju odluka.⁴⁰ Pravne osobe, kojima se povjerava obavljanje javnih ovlasti, ujedno moraju biti uređene pravom neke države članice, države Europskog ekonomskog prostora ili države kandidata za članstvo u Europskoj uniji. Pri tomu se zahtijeva da imaju i odgovarajuća financijska jamstva, po mogućnosti izdana od tijela javne vlasti.⁴¹

Tijela javne vlasti i pravne osobe s javnim ovlastima nacionalnih država, kojima će se povjeriti obavljanje neke djelatnosti Zajednice, Komisija može odabrati ili sama, temeljem provedenog objektivnog, nediskriminatornog i transparentnog postupka uz primjenu metode izbora ugovaratelja na osnovi najnižih troškova,⁴² ili može zatražiti da ugovaratelja prema pravilima istog postupka odabere država članica; ili ga Komisija može odrediti u dogovoru s državom članicom. Međutim, prije negoli ovim tijelima i osobama povjeri poslove koji uključuju obavljanje javnih ovlasti, Komisija je obvezna utvrditi hoće li ova delegacije biti u skladu s načelima ekonomičnosti i efikasnosti.⁴³

Craig smatra da povjeravanje nekih poslova Komisije tijelima javne vlasti i pravnim osobama s javnim ovlastima nacionalnih država ima cijeli niz prednosti. Ova tijela mogu ostvariti neposredan odnos sa strankama, kao što je to slučaj u sektorima obrazovanja i stručnog usavršavanja. Ono nadalje jača komplementarnost, jer se određene radnje često poduzimaju upravo preko nacionalnih tijela koja imaju nadležnost u tom području politike. Štoviše, on smatra i da su nacionalna tijela fleksibilnija u radu od izvršnih agencija, jer se jednostavnije prilagođavaju posebnim lokalnim prilikama. Stoga zaključuje kako je povjeravanje poslova tijelima i osobama nacionalnih država vrlo dobar model postupanja kada se žele izbjeći opsežni i složeni pravni postupci propisani nacionalnim zakonodavstvom, kada se želi naglasiti europska dimenzija nekoga programa te osigurati njegova koherentnost, kao i kada se želi naglasiti razlika između posrednika u provođenju politika te njihovih korisnika. Međutim, ujedno dodaje kako je stupanj delegacije poslova tijelima javne vlasti i pravnim osobama s javnim ovlastima u pravilu niži od stupnja delegacije poslova

³⁹ Članak 57. stavak 1. *Financijske uredbe*.

⁴⁰ Članak 57. stavak 2. *Financijske uredbe*. Međutim, u praksi je, upozorava Craig, ponekad vrlo teško razlikovati poslove tehničke ekspertize te druge upravne, pripremne ili pomoćne poslove od poslova koji pretpostavljaju obavljanje javnih ovlasti ili zahtijevaju diskrecijsko odlučivanje. Craig, *EU*, op. cit., str. 52.

⁴¹ Članak 38. stavak 1. i 2. te članak 39. stavak 1. *Uredbe 2342/2002*.

⁴² Međutim, odabrana osoba mora biti sposobna ostvariti tražene ciljeve. Ujedno se zabrana diskriminacije treba provesti na dva nivoa. S jedne strane, zabranjena je diskriminacije između različitih tijela iste države članice, a s druge, između tijela različitih država članica.

⁴³ Članak 38. stavak 3. i članak 39. *Uredbe 2342/2002*.

povjerenih izvršnim agencijama. Razlog pronalazi u činjenici da Komisija nad izvršnim agencijama ima viši stupanj nadzora negoli nad tijelima nacionalnih vlasti.⁴⁴

Analizirajući izravno obavljanje radnji Zajednice, kao i obavljanje radnji posredstvom trećih osoba, može se zaključiti kako ne postoji općenito najbolja metoda obavljanja izvršne i upravne djelatnosti Europske unije. U nekim slučajevima najbolja tehnika bit će obavljanje poslova izravno od Komisije. U drugim će slučajevima Komisija zadržati samo odgovornost za obavljanje poslova, a poslove će na provedbu drugim osobama povjeriti ugovorom. Tako će u određenim slučajevima određene poslove najučinkovitije obavljati izvršne agencije, u nekima će se određeni poslovi povjeriti drugim tijelima Zajednice ili, konačno, nacionalnim upravnim vlastima, tj. pravnim osobama s javnim ovlastima delegiranim od države.

Povjeravanje provedbenih ovlasti trećim osobama čini se ugovorom, u kojem se moraju specificirati povjereni zadaci, uvjeti provođenja ovih zadataka te sustavi nadzora.⁴⁵ Sve odredbe ugovora trebaju biti integralno vezane s ciljevima koji se trebaju postići. Drugim riječima, ako su ciljevi postavljeni preopćenito, bit će teško formulirati konkretne ugovorne odredbe, a da se druga strana ujedno odgovarajuće ograniči u korištenju ovlasti. Stoga je, smatra Craig, potrebno željene rezultate definirati što preciznije.⁴⁶

Postupak delegiranja provedbenih ovlasti agencijama, drugim tijelima Zajednice te nacionalnim tijelima javne vlasti, odnosno pravnim osobama s javnim ovlastima treba biti transparentan i nediskriminatoran, a sve informacije koje se odnose na provođenje povjerenih ovlasti moraju biti dostupne u skladu s pravom Zajednice. Stoga je cilj *Financijske uredbe* u postupku odabira ugovaratelja primijeniti pravila smjernica o javnim nabavama.⁴⁷ Dakle, ugovor o povjeravanju obavljanja određenih poslova može se sklopiti samo sa subjektom odabranim u strogo propisanom postupku. U pravilu se pokreće objavom poziva na nadmetanje u kojem treba potpuno, jasno i precizno opisati predmet ugovora.⁴⁸ S ciljem prevencije nezakonitog i nepravilnog rada ugovaratelja, *Financijska uredba* propisuje slučajeve u kojima će natjecatelj biti isključen od sudjelovanja u postupku nadmetanja za sklapanje ugovora. U postupku nadmetanja ne može sudjelovati niti osoba koja se nalazi u sukobu

⁴⁴ Craig, *EU*, op. cit., str. 50-51.

⁴⁵ Članak 41. *Uredbe 2342/2002*. U tom smislu ovaj ugovor mora sadržavati definiciju povjerene zadaće; uvjete i detaljni aranžman zadaća koje će izvršavati, uključujući i odgovarajuće odredbe o definiranju odgovornosti i ustrojavanju sustava nadzora; pravila o izvješćivanju Komisije o tomu kako se zadaće obavljaju; slučajeve kada će izvršavanje zadaća prestati; detaljne odredbe o nadzoru od strane Komisije; uvjete koji uređuju uporabu posebnih bankovnih računa, korisnike beneficija i njihovo korištenje; odredbe koje jamče predvidivost radnji Zajednice u odnosu na druge djelatnosti i tijela; te obvezu suzdržavanja od svake radnje koja može dovesti do sukoba interesa.

⁴⁶ Craig, *EU*, op. cit., str. 53.

⁴⁷ Članci 104. do 106. *Financijske uredbe*.

⁴⁸ Članak 92. *Financijske uredbe*. Uvjeti sadržani u pozivu na nadmetanje naknadno se ne smiju mijenjati.

interesa te koja nije dostavila tražene podatke ili je dostavila neistinite podatke. Kriteriji ocjenjivanja sposobnosti potencijalnih ugovaratelja te kriteriji odabira najboljeg ugovaratelja trebaju biti unaprijed definirani te objavljeni u pozivu na nadmetanje.⁴⁹

Kada god se radi o eksternalizaciji, odnosno ugovornom povjeravanju javnih poslova ne smije se zanemariti niti značaj nadzora. Stoga je, u slučaju povjeravanja provedbenih ovlasti, Komisija obvezna osigurati odgovarajući nadzor u svrhu zakonitog i pravilnog poduzimanja radnji Zajednice. Craig upozorava kako danas, zbog vrlo tanke granice između političkog odlučivanja i njezine provedbe, kod ugovornog povjeravanja nekih poslova trećim osobama postoji realna opasnost da će privatni ugovaratelji namjerno ili nenamjerno prekršiti neke od ugovornih odredbi, pa nadzor nad obavljanjem povjerenih poslova još više dobiva na važnosti.⁵⁰ Učinkoviti sustav nadzora uključuje hijerarhijski nadzor zakonitosti i pravilnosti postupanja, ali i odgovarajući oblik financijskog nadzora nad raspolaganjem sredstvima Zajednice, kao i potrebne oblike vanjskog nadzora. Članak 56. stavak 3. *Financijske uredbe* propisuje kako Komisija treba osigurati i evaluaciju provođenja povjerenih ovlasti. Tijela koja temeljem povjerenih ovlasti obavljaju neke poslove Zajednice, moraju poduzeti sve odgovarajuće mjere s ciljem sprječavanja nepravilnosti u obavljanju ovih ovlasti te njihove zloporabe. Ukoliko do takvih nepravilnosti ili zloporaba ipak dođe, ova su tijela obvezna osigurati povrat nezakonito ili nepravilno utrošenih sredstava.⁵¹

Konačno, može se zaključiti da je cilj eksternalizacije središnjeg upravljanja prenijeti izvršne ovlasti na druga javna tijela, ili same Zajednice ili nacionalnih država. U tu se svrhu mogu koristiti već postojeća tijela i pravne osobe ili se s tim ciljem mogu osnovati nova. Međutim, u obavljanju povjerenih ovlasti, ova su tijela i osobe lišena diskrecijskog odlučivanja o političkim pitanjima. Drugim riječima, provedbeni zadaci povjereni ovim tijelima i pravnim osobama ne mogu utjecati na političke ciljeve koje je utvrdila Komisija. No, iako izvršne agencije, druga tijela Zajednice i tijela nacionalnih javnih vlasti ovdje djeluju kao partneri, cijelo vrijeme treba imati na umu da odgovornost za obavljanje eksternaliziranih poslova uvijek snosi Komisija. Ovo obavljanje zadaća od strane izvršnih agencija, drugih tijela Zajednice ili nacionalnih tijela javne vlasti treba razlikovati od podijeljene uprave, jer načelnu odgovornost za postupanje ovdje snosi Komisija, a kod podijeljene uprave snose je same države članice.

Financijska uredba, dakle propisuje pravni okvir upravljanja na središnjoj osnovi, tj. upravljanja koje izvodi ili za njega odgovara sama Zajednica. Ono se tako provodi ponajprije od Komisije, kao čelnog tijela izvršne vlasti Europske

⁴⁹ Članci 93., 94. i 97. *Financijske uredbe*.

⁵⁰ Craig, *EU*, op. cit., str. 32. Na važnost sustava nadzora ukazuje i izvješće Odbora neovisnih stručnjaka, koji je utvrdio da se najveći broj problema vezanih uz izravno upravljanje integralno može povezati upravo s nedostatkom financijskog nadzora.

⁵¹ Članak 54. stavak 3. te članak 56. stavci 1. i 3. *Financijske uredbe*.

zajednice, no poduzimanje konkretnih radnji može biti povjereno i izvršnim agencijama, drugim tijelima Zajednice, ali i tijelima javnih vlasti i pravnim osobama s javnim ovlastima država članica. No, treba znati da su svi ovi modeli središnjeg upravljanja međuovisni, jer čak i kada temeljem povjerenih ovlasti stanovite poslove obavlja izvršna agencija, s obzirom na to da su upravne zadaće koje se mogu povjeriti agencijama ipak ograničene, redovito postoje važni aspekti programa o kojima računa vodi sama Komisija. Ugovorno povjeravanje nekih poslova u praksi se koristi kada god se to pokaže svrsishodnim. Tako je, čak moguće i da izvršna agencija ugovorom povjeri nekoj trećoj osobi obavljanje neke konkretne zadaće koja je njoj delegirana. Međutim, prilikom povjeravanja obavljanja nekih poslova trećim osobama, u praksi se najviše javljalo problema u slučajevima kada su poslovi ugovaratelja bili loše određeni, kada se nije obavljao kvalitetan nadzor nad izvršavanjem ugovornih obveza, kada je za obavljanje određenih zadaća ugovaratelju unaprijed isplaćen veliki iznos novaca i sl.⁵² Stoga bi u takvim slučajevima Komisija trebala biti vrlo oprezna.

4. Podijeljeno upravljanje

Podijeljeno upravljanje može se odrediti kao upravljanje programima Zajednice u kojima Europska komisija i države članice imaju zakonom određene različite upravne zadaće, koje su međuovisne te ih i Komisija i nacionalne uprave trebaju obaviti da bi se politike Zajednice valjano provodile.⁵³ Ovdje, dakle u provođenju određenih politika Komisija postupa zajedno s upravama država članica.

Od osnivanja Europske ekonomske zajednice 1958. godine, Komisija je, sukladno članku 274. *Ugovora o Europskoj zajednici*, dužna izvršavati proračun u skladu s odredbama iz propisa donesenih temeljem članka 279. *Ugovora*, na vlastitu odgovornost i u granicama proračunskih izdvajanja.⁵⁴ Međutim, *Ugovorom iz Maastrichta* u ovaj je članak pri obavljanju ove djelatnosti dodana obveza suradnje država članica s Komisijom, kako bi se osiguralo da se proračunska izdvajanja koriste u skladu s načelima dobrog financijskog upravljanja. Sasvim je sigurno da je model, u kojem je Komisija imala središnju provedbenu ulogu, bio primjeren u vrijeme kada je Zajednica imala šest država članica te nisu postojali programi potrošnje, kao što su zajednička poljoprivredna politika i strukturni fondovi. Međutim, Zajednica je danas vrlo diferencirana organizacija s cijelim nizom složenih elemenata. Tako je 1969. godine, započela provedba zajedničke poljoprivredne politike. Zatim, od kasnih sedamdesetih godina 20. stoljeća, počinje razvoj te eksponencijalni rast strukturnih fondova. Konačno, početkom 21. stoljeća zaključena je serija povećanja broja država

⁵² Committee of Independent Experts, *Second report*, op. cit.

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovaj će članak biti konsolidiran kao članak 317. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

članica na njih 27, a povećanje broja članica u budućnosti također je sasvim izvjesno. Sve su ove okolnosti doprinijele umnogostručenju vrijednosti proračuna Europske zajednice, a glavni programi potrošnje zahtijevaju pozornost i detaljno financijsko upravljanje. Stoga je, posebice od prve reforme strukturnih fondova 1983. godine, zajedničko upravljanje između Komisije i država članica u provedbi velikih potrošačkih programa postalo stvarnost.

Rast složenosti Unije, uz sve naglašeniju odgovornost i transparentnost u provedbi programa i financijskom upravljanju, dovelo je do stanovitog vida polarizacije – odgovornost za upravljanje stavljena je na Komisiju, dok su provedbene aktivnosti spuštene na razinu država članica. Tako i članak 53. stavak 3. *Financijske uredbe*, propisuje da kada Komisija izvršava proračun modelom tzv. podijeljenog upravljanja, provedbene se zadaće prenose na države članice sukladno odredbama o zajedničkoj poljoprivrednoj politici i strukturalnim fondovima. Međutim, sama Komisija ipak nije, na najbolji mogući način, uspijevala nadgledati isplatu velike većine europskih transakcija, konkretno njih preko 80%, koje su se obavljale u državama članicama. Stoga se u nedavno sklopljenom *Međuinstitucionalnom sporazumu između Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije o proračunskoj stezi i dobrom financijskom upravljanju*⁵⁵ donesenom uz *Financijske perspektive 2007-2013*.⁵⁶ inkorporirao zahtjev da “u okviru svojih odgovornosti za funkcioniranje strukturnih fondova te sukladno nacionalnim ustavnim odredbama, nadležne financijske vlasti u državama članicama trebaju ocijeniti usklađenost upravljanja i nadzorne sustave s uredbama Zajednice. Države članice će stoga, kao potencijalni nadzornici i izvjestitelji, preuzeti izradu godišnjih sažetaka na nacionalnom nivou...”, čime je stanovita odgovornost stavljena i na same države članice. Tako je nakon *Ugovora iz Maastrichta* i *Sporazum o financijskim projekcijama* prepoznao ulogu država članica u provođenju dobrog financijskog upravljanja.

Međutim, da bi podijeljeno upravljanje bilo učinkovito trebaju se uspostaviti određena pravila koja se odnose na postupanje Komisije i država članica, ali i modele plaćanja, nadzor nad poduzimanjem potrebnih radnji, financijski nadzor, odgovornost i sl. Tako zakonodavstvo Zajednice u ovome području propisuje postupovne i sadržajne uvjete za pristup sredstvima Zajednice, a ujedno postavlja i pravila o raspodjeli odgovornosti među sudionicima podijeljenog upravljanja.⁵⁷ Poput odredbi o izravnom upravljanju i odredbe koje uređuju podijeljeno

⁵⁵ *Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline and sound financial management*, Official Journal, 2006., C 139., članak 44.

⁵⁶ *Commission Communication: Building our common future: Policy challenges and Budgetary means of the Enlarged Union 2007-2013*, COM(04) 101., tzv. *Financial Perspective 2007-2013*.

⁵⁷ Međutim, kada tijela nacionalnih vlasti djeluju unutar regulatornog okvira podijeljenog upravljanja, nacionalne uprave su predmet dijelom nacionalnog prava, a dijelom nadnacionalnog prava. Chiti, Eduardo, *Relationship between National Administrative Law and European Administrative Law in Administrative Procedures, What's New in European Administrative Law?*, European University Institute, San Domenico, 2005., str. 7.

upravljanje sadržane su u *Financijskoj uredbi*.⁵⁸ Craig napominje kako je analiza podijeljenog upravljanja osobito bitna, jer brojni problemi koji se ovdje javljaju, nisu uređeni *Financijskom uredbom*.⁵⁹ Kako podijeljeno upravljanje do izražaja dolazi poglavito u provođenju zajedničke poljoprivredne politike i strukturnih fondova, u nastavku će se prikazati osnovne metode podijeljenog upravljanja u ova dva područja.

Ciljevi zajedničkog poljoprivrednog tržišta, postavljeni su člankom 33. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*,⁶⁰ a *Ugovorom* su propisana i osnovna sredstva postizanja ovih ciljeva. Tako članak 34. stavak 2. propisuje kako je zajednička organizacija poljoprivrednog tržišta, između ostalog, usmjerena na reguliranje cijena proizvoda, potpore proizvodnji, plasiranje različitih proizvoda na tržište, aranžmane skladištenja i prijenosa preostalih zaliha, kao i zajedničke mehanizme za stabiliziranje uvoza ili izvoza, uz zabranu diskriminacije između proizvođača ili potrošača unutar Zajednice.⁶¹ Zajednička poljoprivredna politika, dakle usmjerena je ponajprije na sustav održavanja cijena. Međutim, ključni elementi reformirane zajedničke poljoprivredne politike svakako su i davanje financijskih potpora poljoprivrednicima⁶² te jačanje razvojne politike ruralnih krajeva. Tako, smatra Craig, zajednička poljoprivredna politika “*nije samo sredstvo za tehničke aranžmane upravljanja tržištem poljoprivrednih proizvoda, već je također i sredstvo trgovačke i humanitarne politike*”, a izravno je povezana i s raspodjelom dobiti.⁶³

⁵⁸ Članci 148. do 159. *Financijske uredbe*.

⁵⁹ Craig, New, op. cit., str. 124.

⁶⁰ Ciljevi zajedničkog poljoprivrednog tržišta su povećati poljoprivrednu produktivnost promicanjem tehničkog napretka, racionalnog razvoja poljoprivredne proizvodnje, kao i optimalnog korištenja određenih čimbenika proizvodnje, osobito radne snage; osigurati poljoprivrednoj zajednici pristojan životni standard, osobito povećanjem individualne zarade osoba koje se bave poljoprivredom; stabilizirati tržište; osigurati dostupnost opskrbe; te pobrinuti se isporučiti robu potrošačima po razumnim cijenama. Odmah je jasno da su ovi ciljevi postavljeni na vrlo visokom nivou poopćenosti te da se mogu sukobiti između sebe. Stoga odlučivanje u ovome području mora uvijek nužno balansirati između faktora navedenih u članku 33. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu, ovaj će članak biti konsolidiran kao članak 39. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

⁶¹ Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovaj članak biti će konsolidiran kao članak 40. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Iako je načelni cilj Europske zajednice oduvijek bio slobodno kretanje dobara bez obzira na granice i druga ograničenja, ovaj se režim nije primjenjivao i na poljoprivredne proizvode. Stoga je Vijeće Europske unije utvrdilo zajedničke cijene za većinu poljoprivrednih proizvoda. Tako su utvrđene ciljane cijene (eng. *target price*), tj. cijena koja bi poljoprivrednicima trebala jamčiti sudjelovanje na otvorenom tržištu; interventna cijena (eng. *intervention price*), tj. cijena po kojoj će Zajednica otkupljivati proizvode s tržišta; te donja granična cijena (eng. *threshold price*), tj. cijena na koju će se postaviti uvozni proizvodi kada su cijene tih proizvoda u svijetu niže negoli u Zajednici. Craig, New, op. cit., str. 124-125.

⁶² Ove su potpore ponekad čak i nevezane za proizvodnju, već su namijenjene održavanju standarada u svezi s zaštitom okoliša, sigurnošću živežnih namirnica te zaštitom životinjskih i biljnih vrsta.

⁶³ Craig, *EU*, op. cit., str. 60.

Zajedničkom poljoprivrednom politikom upravlja Europski fond za jamstva u poljoprivredi (eng. *European Agricultural Guarantee Fund (EAGF)*) i Europski poljoprivredni fond za ruralni razvoj (eng. *European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD)*).⁶⁴ Dok Europski fond za jamstva u poljoprivredi upravlja izvoznim prihodima, intervencijskim mjerama te izravnim isplatama poljoprivrednicima, Europski poljoprivredni fond za ruralni razvoj upravlja financijskim doprinosima Zajednice u programima ruralnog razvoja. U skladu s propisima Zajednice, svaka država članica mora akreditirati tijela ovlaštena obavljati plaćanja u ovome sektoru te ukoliko postoji više od jednog takvog tijela u državi, dužna je i imenovati tijelo za koordinaciju. Države članice, nadalje, moraju, odrediti i neovisno tijelo ovlašteno za ovjeravanje računa tijela akreditiranih za plaćanje te su sva ova tijela obvezana Komisiji dostavljati sve tražene podatke. Države članice, nadalje, moraju poduzeti sve potrebne mjere s ciljem zaštite financijskih interesa Zajednice te u tom smislu moraju spriječiti sve nepravilnosti, kao i osigurati povrat nepravilno utrošenih sredstava. Ukoliko Komisija smatra da neka država članica ne koristi sredstva u skladu s pravilima Zajednice, ona može umanjiti ili uskratiti isplatu mjesečnih plaćanja takvoj državi.⁶⁵ Uredba sadrži i važnu odredbu u svezi sa saldiranjem računa, a koja propisuje da država članica treba snositi svaki financijski trošak, ako nije pokrenula sve odgovarajuće upravne i sudske postupke za povrat nepravilno uplaćenih sredstava, unutar roka od godine dana.⁶⁶

Craig upozorava na postojanje jasnih razlika između interesa Zajednice, odnosno zajedničkih interesa država članica u Vijeću te interesa pojedine države članice kao korisnika sredstava zajedničke poljoprivredne politike. Navodi kako države članice imaju jedan interes kada djeluju kroz institucije i tijela Zajednice i odlučuju o raspodjeli proračunskih sredstava, a sasvim drugi kada se javljaju u ulozi korisnika ovih sredstava. Različiti interesi osobito dolaze do izražaja u pogledu odgovornosti za pravilnu raspodjelu sredstava zajedničke poljoprivredne politike. Primjerice države članice nastoje minimalizirati svoju odgovornost za nepravilnu raspodjelu sredstava zajedničke poljoprivredne politike te obvezu naknade nepravilno raspoređenih sredstava prebaciti na Zajednicu.⁶⁷ Pitanje podjele odgovornosti između Zajednice i država članica i odgovarajućeg tumačenja propisa, kojima je ono uređeno, pokrenuto je i pred Europskim sudom. Tako su u

⁶⁴ Bitne izmjene u režimu upravljanja i financiranja zajedničke poljoprivredne politike stupila su na snagu 1. siječnja 2007. temeljem Uredbe Vijeća br. 1290/2005 od 21. lipnja 2005. o financiranju zajedničke poljoprivredne politike, Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the financing of the common agricultural policy, Official Journal, 2005., L 209., članci 2. do 4. Prije 2007. godine, upravljanje zajedničkom poljoprivrednom politikom obavljalo se u okviru Europskog fonda za smjernice i jamstva u poljoprivredi (eng. *European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF)*).

⁶⁵ Članci 6. do 9. te 17. i 27. Uredbe 1290/2005.

⁶⁶ Članak 34. stavak 4. Uredbe 1290/2005.

⁶⁷ Craig, *EU*, op. cit., str. 62.

slučaju *Netherlands v. Commission*⁶⁸ države članice tvrdile kako prema članku 8. stavak 2. *Uredbe 729/70*⁶⁹ gubitke proizašle iz nepravilne, ali *bona fide*, primjene pravila Zajednice od strane nacionalnih vlasti, treba snositi Zajednica, unatoč tomu što je do propusta došlo na nacionalnom nivou. No, Europski sud se s ovom tvrdnjom nije složio te je utvrdio da tekst članka 8. stavak 2., u smislu pripremnih akata i jezičnog tumačenja, sadrži “*previše suprotnih i dvosmislenih elemenata da pruži odgovor na ovo sporno pitanje*”. Stoga je, analizirajući članke 2. i 3. iste *Uredbe*, Sud zaključio da tadašnji Europski fond za smjernice i jamstva u poljoprivredi može odgovarati samo za iznose plaćene u skladu s relevantnim pravilima Zajednice, a snošenje troškova za druge nepravilno plaćene iznose je na državama članicama. Suprotno shvaćanje, smatra Europski sud, moglo bi dovesti do preširokog tumačenja relevantnih pravila Zajednice.

Europski sud ujedno je utvrdio i da je, prema članku 8. stavak 1. *Uredbe 1258/99*,⁷⁰ upravo na državama članicama osigurati pravilnu primjenu zajedničke poljoprivredne politike, spriječiti sve nepravilnosti te nadoknaditi sve iznose plaćene na temelju neke prijevorne radnje.⁷¹ U tom smislu, Komisija može ukazati na povredu pravila zajedničke poljoprivredne politike te ponuditi dokaze pogrešnog postupanja na nacionalnoj razini.⁷² Štoviše, Komisija ovdje ne mora čak niti dokazivati kako nadzor nacionalnih vlasti nije bio odgovarajuće proveden ili da su nepravilnosti nastale pri saldiranju računa, već je dovoljno samo da upozori kako se radi o “*ozbiljnoj i utemeljenoj sumnji u svezi s ovim nadzorom ili iznosima*”.⁷³

S druge strane, strukturalni fondovi, također su vrlo zanimljivi s gledišta podijeljenog upravljanja, i u odnosu na izbor projekata i programa, i u odnosu na primjenu i nadzor izabranih projekata i programa.⁷⁴ Ovdje je posebno

⁶⁸ Case 11/76, *Netherlands v. Commission*, European Court Review, 1979., 245.

⁶⁹ *Council Regulation (EEC) No 729/70 of 21 April 1970 on the financing of the common agricultural policy*, Official Journal, 1970., L 94.

⁷⁰ *Council Regulation 1258/99 on the Financing of the Common Agricultural Policy*, Official Journal, 1999., L 160.

⁷¹ Vidi Case C-235/97, *France v. Commission*, European Court Review, 1998., I-7555 te Case C-278/98, *Nederlands v. Commission*, European Court Review, 2001., I-1501. Ovdje se primjenjuje opća obveza kooperacije propisana člankom 10. *Ugovora o Europskoj zajednici*.

⁷² Vidi Case C-253/97, *Italy v. Commission*, European Court Review, 1999., I-7529. te Case C-278/98., op. cit.

⁷³ Case C-54/95, *Germany v. Commission*, European Court Review, 1999., I-35 te Case C-278/98, op. cit.

⁷⁴ Vidi Craig, *EU*, op. cit., str. 78. Načelne odredbe vezane uz strukturne fondove izmijenile su se u više navrata prije negoli su se prvi puta diskretno pojavile kao naslov u *Ugovoru o Europskoj zajednici*. Članak 158. *Ugovora o Europskoj zajednici* propisuje da radi promicanja sveukupnog skladnog razvoja, Zajednica osmišljava i provodi aktivnosti koje jačaju njezinu gospodarsku i društvenu povezanost. Tako se kao bitan cilj Zajednice postavlja smanjiti razlike između stupnja razvijenosti različitih regija te unaprijediti zaostale i zapostavljene regije ili otoke, uključujući i ruralna područja. Članak 159. stavak 1., propisuje obvezu država članica da svoje gospodarske politike vode i koordiniraju na način da, između ostalog, postignu ove ciljeve. Ujedno je propisano da će ostvarivanje ovih ciljeva podupirati i Zajednica, svojim djelovanjem kroz Strukturne

zanimljiv Europski fond za regionalni razvoj čija je temeljna zadaća pomoć u rješavanju glavnih regionalnih neuravnoteženosti u Zajednici, sudjelovanjem u razvoju i strukturnoj prilagodbi regija koje zaostaju u razvoju te u preobrazbi industrijskih regija u slabljenju.⁷⁵ Baš kao što su postojali različiti interesi Zajednice i država članica u svezi sa zajedničkom poljoprivrednom politikom, ista se razlika u interesima susreće i ovdje. Zajednica nastoji definirati kolektivni interes u racionalnoj regionalnoj politici Unije koncentracijom, pridruživanjem, partnerstvom i zajedničkim programima. Međutim, države članice imaju priličnu diskreciju u pogledu provedbe ovih ciljeva.

Danas postoje četiri značajna aspekta upravljanja strukturnim fondovima. Osobita je pozornost posvećena sustavima upravljanja i nadzora. Tako države članice moraju imenovati tijela ovlaštena za upravljanje, koje mogu biti i one same te tijela ovlaštena za plaćanje, koja mogu biti ona ista, kao i za upravljanje. Tijela za upravljanje odgovorna su za učinkovitost i pravilnost upravljanja,⁷⁶ što ujedno uključuje i odgovornost za nadzor te obvezu utvrđivanja sustava upravljanja i nadzora. Ova su tijela obvezna primati napatke o sustavima nadzora koje moraju provesti te su ih dužna provoditi.⁷⁷ Države članice obvezne su provoditi i financijski nadzor. One moraju postupati u skladu s pravom Zajednice i načelom dobrog financijskog upravljanja te u tom smislu utvrditi i spriječiti sve moguće nepravilnosti. Ujedno imaju obvezu imenovati nadzorni odbor koji će nadgledati provedbu strukturnih fondova i jednostrano donesene dokumente svakog operativnog programa.⁷⁸

Propisane su i stanovite obveze vezane uz ovjeru plaćanja i osiguranja zatvaranja projekta. Tako su države članice odgovorne i za ovjeru svih provedenih

fondove, tj. Europski fond za jamstva u poljoprivredi, Europski poljoprivredni fond za ruralni razvoj, Europski socijalni fond i Europski fond za regionalni razvoj te Europsku investicijsku banku i ostale postojeće financijske instrumente. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovi članci bit će konsolidirani kao članci 174. i 175. stavak 1. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

⁷⁵ Članak 160. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Ukoliko *Ugovor iz Lisabona* stupi na snagu ovaj će članak biti konsolidiran kao članak 176. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*. Kao početak specifične uloge Zajednice vezane uz regionalnu politiku uzima se 1967. godina, kada je Europska komisija utemeljila ravnateljstvo koje se trebalo baviti ovom problematikom. Godine 1969., Komisija je predložila koordinaciju među regionalnim politikama država članica i stvaranje jedinstvene regionalne politike Zajednice, koja će se provoditi kroz Europski fond za regionalni razvoj.

⁷⁶ Članak 9(n). i članak 34. stavak 1. *Uredbe Vijeća br.1260/1999. od 21. lipnja 1999. o općim odredbama o strukturnim fondovima, Council Regulation (EC) No 1260/1999 of 21 June 1999 laying down general provisions on the Structural Funds*, Official Journal, 1999., L 161.

⁷⁷ Članci 2. do 4. te 10. do 12. *Uredbe br. 438/2001 od 2. ožujka 2001. o detaljnim pravilima za provedbu Uredbe Komisije (EZ) br. 1260/1999. od 2. ožujka 2001. kojom se utvrđuju detaljna pravila za provedbu Uredbe Vijeća (EZ-a) br. 1260/1999 u pogledu sustava upravljanja i nadzora za pomoć koja se dodjeljuje u okviru strukturnih fondova. Commission Regulation (EC) No 438/2001 of 2 March 2001 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 1260/1999 as regards the management and control systems for assistance granted under the Structural Funds*, Official Journal, 2001., L 63.

⁷⁸ Članak 35. i članak 38. stavak 1. *Uredbe 1260/1999*.

isplata, a koje mogu obavljati neovisne osobe u okviru tijela nadležnog za isplate. Sva privremena ili konačna plaćanja usmjerena su isključivo na naknadu već plaćenih izdataka.⁷⁹ Zajednica ujedno može obustaviti plaćanja nekoj državi članici, ukoliko utvrdi postojanje većih nepravilnosti u poslovanju, a postoji i obveza izdavanja jamstva prilikom zatvaranja određenoga programa, koju ovoga puta treba izdati osoba neovisna i od tijela ovlaštenog za upravljanje i tijela nadležnog za poslove ovjere.⁸⁰

Treći aspekt upravljanja strukturnim fondovima odnosi se na obvezu izvješćivanja. Tako postoji obveza država članica izvijestiti Komisiju o sustavima upravljanja i nadzora te tijelima odgovornim za upravljanje i plaćanje; informirati je o unutrašnjoj organizaciji ovih tijela; izvijestiti o provedenim provjerama; te pružiti informacije o radnjama država članica u provedbi financijskog nadzora.⁸¹

Konačno, propisana je i ovlast provjere, na temelju koje je Komisija ovlaštena provoditi konkretne provjere nad radnjama financiranim iz Fondova te sustavima upravljanja i nadzora vezanim uz strukturne fondove. U slučaju kršenja odredbi, koje uređuju podijeljeno upravljanje strukturnim fondovima od strane država članica, Komisija se može pozvati na opću ovlast sadržanu u članku 226. *Ugovora o Europskoj zajednici*, a koja propisuje da kada Komisija smatra da je neka država članica propustila ispuniti neku obvezu na temelju *Ugovora o Europskoj zajednici*, ona može, nakon što je omogućila dotičnoj državi da se očituje, sastaviti obrazloženo mišljenje o toj stvari.⁸² Ako država ne postupi u skladu s mišljenjem u roku koji odredi Komisija, predmet može uputiti Europskom sudu. Međutim, postoje i drugi načini na koje se nepravilnosti mogu ispraviti i sankcije koje se ovdje mogu koristiti. Tako države članice imaju obvezu poduzeti mjere kojima, će ispraviti nepravilnosti i povratiti nepravilno utrošena sredstva. Spriječiti određene nepravilnosti ovlaštena je i sama Komisija.⁸³

Nije teško uočiti da je u upravljanju strukturnim fondovima velik naglasak stavljen na odgovornost država članica. Tako su države članice izravno odgovorne za pomoćnu provedbu strukturnih fondova, financijski nadzor, utvrđivanje nepravilnosti te činjenje financijskih korekcija.⁸⁴

Može se zaključiti da je podijeljeno upravljanje vrlo kompleksno, jer je provođenje uredbi o zajedničkoj poljoprivrednoj politici i strukturnim i pristupnim fondovima zasnovano je na različitim načelima. Tako kod zajedničke poljoprivredne

⁷⁹ Članak 32. stavci 1., 3. i 4. *Uredbe 1260/1999*. Plaćanje unaprijed omogućuje nacionalnim državama nadzor nad raspodjelom sredstava, dok sustav naknade troškova ide u prilog Komisiji, koja tako može odbiti nadoknadu isplata koje smatra nepravilnim.

⁸⁰ Članak 38. stavak 1. i 5. *Uredbe 1260/1999* te članak 15. *Uredbe 438/2001*.

⁸¹ Članak 38. stavak 1. *Uredbe 1260/1999* te članak 5. *Uredbe 438/2001*.

⁸² Nakon stupanja na snagu *Ugovora iz Lisabona* ovaj je članak konsolidiran kao članak 258. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije*.

⁸³ Članak 38. stavak 1. i članak 39. stavci 2. i 3. *Uredbe 1260/1999*.

⁸⁴ Članak 8. stavak 3., članak 38. stavak 1. te 39. stavak 1. *Uredbe 1260/1999*.

politike nema podijeljenog financiranja, već cjelokupno financiranje ide izravno iz proračuna Europske zajednice. Ovdje uredbe postavljaju i vrlo detaljne standarde prema kojima nacionalna tijela moraju postupati, primjerice, razine i tipovi testiranja uzoraka žita, podobnost za sađenje vinograda, plaćanje premija za uzgoj ovaca i goveda. Kod strukturnih i pristupnih fondova, s druge strane, proračunsko financiranje dijeli se između Europske zajednice i nacionalnih vlasti. Sve programe iz ovog područja predložile su države članice te ih je potvrdila Komisija, a čine ih brojni lokalno utvrđeni projekti, koji moraju biti sukladni općem kriteriju usklađenosti s državnom pomoći i obvezama sadržanim u relevantnim uredbama koje se odnose na strukturiranje fondova.

Cassese zaključuje kako je podijeljeno upravljanje prije svega odraz kolektivne prirode europske vlasti,⁸⁵ gdje nadnacionalna uprava ulazi u nacionalne upravne aktivnosti, a nacionalne uprave slično ulaze u nadnacionalne aktivnosti. Smatra kako sustav podijeljenog upravljanja pomaže izgradnji složenih, sukobljenih, ali međusobno povezanih interesa. Tvrdi kako podijeljeno upravljanje ima dvostruku svrhu. Zajednica najprije služi nacionalnim izvršnim vlastima kao produžena ruka, jer one kroz Vijeće Europske unije proklamiraju svoja gledišta na europskoj razini dok, s druge strane Zajednica djeluje kao sredstvo koje drži nacionalne izvršne vlasti pod nadzorom, u prvom redu preko Komisije i Europskog suda. Bez zajedničkog sustava, smatra on, ova dvostruka misija Europske unije bila bi vrlo teško provediva, a možda i nemoguća. Konačno, on smatra kako je sustav podijeljenog upravljanja specifičan za pojedina područja politika, što odgovara «*sektorskom pristupu*» vlasti te omogućuje progresivan razvoj Europske unije. Međutim, ukazuje i na određene slabosti ovoga sustava upravljanja, od kojih se neke susreću i u drugim organizacijama s više razina, npr. postojanje više centara između kojih se zasnivaju strukture.⁸⁶

Na kraju se može zaključiti kako podijeljeno upravljanje karakteriziraju jedinstveni politički ciljevi, koji se definiraju u nadnacionalnom – pravnom poretku Zajednice – te se provode kao hibridni, tj. dijelom nadnacionalni, a dijelom nacionalni postupci. Kako Europska unija obiluje različitim oblicima složenih tijela i djelatnosti, vertikalno i horizontalno, zajednički sustavi i podijeljeno upravljanje čine se vrlo pogodnim, ali u isto vrijeme u praksi često vrlo konfliktnim modelom. Kako je upravljanje zajedničkom poljoprivrednom politikom i strukturnim fondovima nužno podijeliti između Zajednice i nacionalnih uprava, bilo bi vrlo dobro pojednostaviti metode postupanja u ovim aktivnostima, čime bi se svakako podigla i kvaliteta ovih radnji te smanjile nepravilnosti do kojih u primjeni dolazi.⁸⁷

⁸⁵ O kolektivnoj prirodi europske vlasti više vidi u Kassim, Hussein, *The European Administration: Between Europeanization and Domestication*, *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 139-161.

⁸⁶ Cassese, op. cit., str. 22-23.

⁸⁷ U području zajedničke poljoprivredne politike već je napravljeno potrebno izvješće Komisije u ovome smjeru. Vidi *Izvešće Komisije o pojednostavljivanju poljoprivrednog zakonodavstva*, *Commission Report on Simplification of Agricultural Legislation*, COM (01)48 final.

5. Zaključak

Danas se u Europskoj Zajednici mogu razlikovati tri načina upravljanja: upravljanje na središnjoj osnovi, podijeljeno, odnosno decentralizirano upravljanje te zajedničko upravljanje Zajednice s međunarodnim organizacijama. Postoje područja u kojima tijela izvršne i upravne vlasti Zajednice djeluju izravno, a izravno upravljanje, odnosno upravljanje na središnjoj osnovi označava provođenje poslova izvršne i upravne vlasti Zajednice bez formalne i sustavne suradnje s nacionalnim upravama država članica. Međutim, izravno upravljanje ipak ne znači da će Komisija sve aktivnosti provesti potpuno samostalno, tj. svojim tijelima. Tako se izravno upravljanje može obavljati upravljanjem koje provodi sama Komisija te eksternaliziranjem ovih poslova drugim tijelima, pri čemu odgovornost za njihovo obavljanje i dalje ostaje na Komisiji. Upravo zahvaljujući eksternalizaciji upravljanja Komisija pravodobno može donositi središnje političke odluke, dok se obavljaju i sve provedbene djelatnosti iz njezine nadležnosti.

S druge strane, postoje područja u kojima tijela izvršne i upravne vlasti Zajednice ne djeluju izravno, kao što je to slučaj kod raspodjele europskih socijalnih i poljoprivrednih sredstava, što je zadaća nacionalnih uprava, a uloga je Komisije ovdje samo nadzorna. Podijeljeno se upravljanje može odrediti kao upravljanje programima Zajednice u kojima Europska komisija i države članice imaju zakonom određene različite upravne zadaće, koje su međuovisne te ih i Komisija i nacionalne uprave trebaju obaviti da bi se politike Zajednice valjano provodile. Podijeljeno upravljanje karakteriziraju jedinstveni politički ciljevi, koji se definiraju u pravnom poretku Zajednice, a provode se kao hibridni, tj. dijelom nadnacionalni, a dijelom nacionalni postupci.

Ovdje svakako valja razlikovati obavljanje upravnih zadaća izvršnih agencija, drugih tijela Zajednice ili nacionalnih tijela javne vlasti koje su im ugovorima povjerene od podijeljenog upravljanja, jer načelnu odgovornost za postupanje prilikom povjeravanja ovlasti snosi Komisija, a kod podijeljenog upravljanja snose je države članice.

Iako sve odredbe o upravljanju u Zajednici nisu kodificirane u jednome aktu ovdje svakako najznačajniju ulogu ima *Financijska uredba* koja sadrži osnovna pravila upravljanja prilikom izvršavanja proračuna Zajednice. Ona ujedno utvrđuje načela o raspodjeli i obavljanju upravnih ovlasti, ali i odgovornosti. Ova su načela važna i za izravno i podijeljeno upravljanje. Stvaranje nove vrste izvršnih agencija osnažilo je odgovornost Zajednice u području izravnog upravljanja. Međutim, da bi se upravljanje u Zajednici provodilo zakonito i pravilno, pored odredbi i načela sadržanih u *Financijskoj uredbi* i uredbama donesenim kako bi olakšale njezino izvršavanje, nužno je uzeti u obzir i pravna pravila koja uređuju pojedinu politiku Zajednice.

Očigledno je izvorni model upravljanja u Zajednici samostalnim izvršavanjem politika Zajednice od strane nacionalnih uprava, danas zamijenjen modelom upravne integracije, zasnovanom na načelima fleksibilnosti i diferencijacije. Tako danas model policentrične javne uprave, standardan u nacionalnim

upravnim sustavima, pomalo postaje i dominantan europski nadnacionalni sustav upravljanja. Stoga se može ustvrditi da se europska nadnacionalna tijela i postupci svakim danom sve više prilagođavaju novim zakonodavnim i upravnim zahtjevima Europske unije.

6. Pravni izvori

1. Case 11/76, *Netherlands v. Commission*, European Court Review, 1979., 245.
2. Case C-235/97, *France v. Commission*, European Court Review, 1998., I-7555.
3. Case C-253/97, *Italy v. Commission*, European Court Review, 1999., I-7529.
4. Case C-278/98, *Nederlands v. Commission*, European Court Review, 2001., I-1501.
5. Case C-54/95, *Germany v. Commission*, European Court Review, 1999., I-35.
6. *Charter of the Internal Audit Service of the European Commission*, SEC (00) 1801/2.
7. *Commission Communication: Building our common future: Policy challenges and Budgetary means of the Enlarged Union 2007-2013*, COM(04) 101.
8. *Commission Regulation (EC, Euratom) No 2342/2002 of 23 December 2002 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities*, Official Journal, 2002., L 357.
9. *Commission Report on Simplification of Agricultural Legislation*, COM (01)48 final.
10. Committee of Independent Experts, *First Report on Allegations regarding Fraud, Mismanagement and Nepotism in the European Commission*, http://www.europarl.europa.eu/experts/report1_en.htm.
11. Committee of Independent Experts, *Second Report on Reform of the Commission: Analysis of current practice and proposals for tackling mismanagement, irregularities and fraud*, <http://www.europarl.europa.eu/experts/pdf/rep2-1en.pdf>.
12. *Consolidated Version of The Treaty Establishing the European Community*, Official Journal, 2006., C 321.
13. *Consolidated Version of the Treaty on European Union*, Official Journal, 2006., C 321.
14. *Council Regulation 1258/99 on the Financing of the Common Agricultural Policy*, Official Journal, 1999., L 160.
15. *Council Regulation (EC) No 1260/1999 of 21 June 1999 laying down general provisions on the Structural Funds*, Official Journal, 1999., L 161.
16. *Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the financing of the common agricultural policy*, Official Journal, 2005., L 209.
17. *Commission Regulation (EC) No 438/2001 of 2 March 2001 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 1260/1999 as regards the management and control systems for assistance granted under the Structural Funds*, Official Journal, 2001., L 63.
18. *Council Regulation of 1605/2002 on the Financial Regulation Applicable to the General Budget of the European Communities*, Official Journal, 2002., L 248.

19. Council Regulation (EC) No 58/2003 of 19 December 2002 laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes, Official Journal, 2003., L 11.
20. Council Regulation (EEC) No 729/70 of 21 April 1970 on the financing of the common agricultural policy, Official Journal, 1970., L 94.
21. Financial Regulation of 21. December 1977 Applicable to the General Budget of the European Communities, Official Journal, 1977., L 356.
22. Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline and sound financial management, Official Journal, 2006., C 139.
23. *Reforming the Commission. A White Paper*, COM(2000) 200 final/2, vol. I and II.
24. *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, Official Journal, 2007., C 306.

7. Literatura

1. Aviani, Damir, Pojam i izvori upravnog prava Europske unije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, god. 15., 2002.
2. Cassese, Sabino, European Administrative Proceedings, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
3. Cassese, Sabino, della Cananea, Giacinto, *Diritto amministrativo Europeo: principi e istituti*, Giuffrè, Milano, 2006.
4. Chiti, Eduardo, Relationship between National Administrative Law and European Administrative Law in Administrative Procedures, *What's New in European Administrative Law?*, European University Institute, San Domenico, 2005.
5. Chiti, Mario P., Forms of European Administrative Action, *Law and Contemporary problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
6. Craig, Paul, *EU Administrative Law*, European University Institute, Oxford, 2006.
7. Craig, Paul, New Framework for EC Administration: The Financial Regulation 2002, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004.
8. Đerđa, Dario, Institucionalni ustroj izvršne i upravne vlasti u Europskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28., br. 2., 2007.
9. Egeberg, Morten, Schaefer, Günther, Trondal, Jarle, The Many Faces of EU Committee Governance, *West European Politics*, vol. 26., no. 3., 2003., str. 19-40.
10. Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004.
11. Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003.
12. Kassim, Hussein, The European Administration: Between Europeanization and Domestication, *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
13. Lenaerts, Koen, Verhoeven, Amaryllis, Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision, *Common Market Law Review*, vol. 12., 2000., str. 645-660.

14. Steiner, Josephine, *Subsidiarity Under the Maastricht Treaty*, Legal Issues of the Maastricht Treaty, Chancery Law Publishing Chichester, 1994.
15. Toth, Akos, *A Legal Analysis of Subsidiarity*, Legal Issues of the Maastricht Treaty, Chancery Law Publishing Chichester, 1994.

Summary

THE ADMINISTRATION IN THE EUROPEAN COMMUNITY

The aim of this article is to point at administrative models in the European Community as well as at basic issues emerging from them according to the present normative regulations. After the introduction which addresses the importance of this subject matter in Croatia, the administrative models in the European Community are analysed. First, attention is given to the direct administration of the European Community, which has been performed, or by the European Commission, or by the externalisation of certain accomplishable tasks. This activity exemplified by the execution of executing the Community budget. Further on, an analysis of shared administration is given as well as a presentation of certain important issues associated with this administrative model. This type of Community administration is presented on the example of management of the mutual agricultural policy and structural funds.

Key words: European Community, direct administration, shared administration.

Zusammenfassung

VERWALTUNG IN DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT

Ziel dieser Arbeit ist, Verwaltungsmodelle in der Europäischen Gemeinschaft sowie damit verbundene Grundprobleme übereinstimmend mit der momentanen normativen Regelung aufzuzeigen.

Nach einer Einführung, in der auf die Bedeutung dieser Materie für Kroatien hingewiesen wird, werden Verwaltungsmodelle in der Europäischen Gemeinschaft analysiert. Betrachtet wird zuerst die direkte Verwaltung der Gemeinschaft, die entweder durch die Europäische Kommission selbst oder durch die Externalisierung einiger Ausführungsgeschäfte geschieht. Diese Tätigkeit wird am Beispiel des Abschlusses des Haushaltsplans der Gemeinschaft gezeigt. Dann folgt die Analyse der geteilten Verwaltung sowie der Hinweis auf wesentliche Probleme, die mit dieser Art des Vorgehens verbunden sind.

Diese Art der Verwaltung der Gemeinschaft wird an Beispielen der Verwaltung gemeinsamer Agrarpolitik und Strukturfonds dargelegt.

Schlüsselwörter: *Europäische Gemeinschaft, direkte Verwaltung, geteilte Verwaltung.*

Sommario

L'AMMINISTRAZIONE NELLA COMUNITÀ EUROPEA

Lo scopo del presente lavoro è di illustrare i modelli di amministrazione presenti nella Comunità Europea, come pure indicare i principali problemi legati agli stessi in relazione al vigente sistema normativo. Dopo l'introduzione, dove si evidenzia l'importanza di questa materia per la Croazia, si prendono in esame i modelli di amministrazione nella Comunità Europea. Innanzitutto, l'attenzione si posa sull'amministrazione diretta della Comunità, che si realizza attraverso la stessa Commissione Europea oppure attraverso l'esternalizzazione di alcune funzioni esecutive. Tale attività è illustrata attraverso l'esempio della realizzazione del bilancio comunitario. A ciò segue l'esame dell'amministrazione ripartita, come pure la rassegna dei più significativi problemi legati a questo modello di amministrazione. Questo sistema di amministrazione della Comunità è illustrato attraverso gli esempi dell'amministrazione della politica agraria comune e dei fondi strutturali.

Parole chiave: *Comunità Europea, amministrazione diretta, amministrazione separata.*

THE ROLE OF EFFICIENCIES IN MERGER CONTROL: COMPARATIVE EU-USA PERSPECTIVE

Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar,
viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.77 (73)
347.77::061.1EU
Ur.: 20. listopada 2008.
Pr.: 14. studenog 2008.
Izvorni znanstveni članak

ULOGA UČINKOVITOSTI U KONTROLI KONCENTRACIJA IZMEĐU PODUZETNIKA – KOMPARATIVNA PERSPEKTIVA EU-USA

U više navrata susreli smo se sa situacijom u kojoj prekoatlantska koncentracija biva odobrena u jednoj jurisdikciji, a zabranjena u drugoj. Oprečne odluke mogu, između ostalog, počivati na različitoj ulozi učinkovitosti pri ocjeni koncentracija. Bit ovog problema sastoji se u pitanju treba li dopustiti da potencijalne učinkovitosti koncentracije prevladaju njezin mogući antikompetitivni učinak.

Autorica analizira pristup Europske unije i Sjedinjenih Američkih Država prema učinkovitostima u kontekstu kontrole koncentracija, pokušavajući odgovoriti na pitanje je li s reformom europskih pravila o kontroli koncentracija iz 2004 i 2007. godine, postignuta potpuna konvergencija između EU i SAD-a. Iako se može primijetiti da su danas njihova pravila vrlo slična, autorica drži da bi razlike mogle ustrajati budući da je za očekivati da će se formalno ujednačena pravila tumačiti i biti primijenjena drugačije u ove dvije jurisdikcije. Navedeni zaključak izvodi se iz analize zakonodavne povijesti dviju jurisdikcija, političkih ciljeva koji prožimaju relevantna pravna pravila, kao i postojeće prakse koja će vjerojatno biti primijenjena na nova pravila.

Ključne riječi: tržišno natjecanje, kontrola koncentracija, učinkovitosti.

Introduction

In the last decade the world faced a proliferation of merger control systems aimed at insuring the efficient functioning of markets by protecting free competition. While effectively preventing the distortion of markets by prohibiting anticompetitive merger practices, multiplicity of merger control regimes might also discourage entrepreneurs from engaging in these practices. Numerous diverging merger control rules result in high costs and complexity of having to comply with different information requirements and different time schedules. Moreover, multiplicity of different merger regimes raises the concern that different reviews may yield different results. It is along this line of reasoning that the EU and US – two of the biggest markets in the world and each other's main business partners – engaged in a serious debate over the differences between their jurisdictions with a view to overcoming the identified differences to the maximum degree possible and, thereby, stimulating healthy rivalry. One of the most important identified differences analyzed in this paper, is the role of efficiencies in merger appraisal in the two jurisdictions.

The role of efficiencies came at the center of international attention on July 3, 2001 when the Commission of the European Union blocked the \$42 billion merger (billed the “largest industrial deal in history”¹), between *General Electrics and Honeywell*,² after it had already been approved by the United States Department of Justice with some minor concessions, raising serious questions on the policy divergence between the EU and USA. Unlike the US, which views mergers as legal even when raising serious competitive concerns if they create efficiencies, until 2004 the EU “has refrained from adopting an explicit efficiency defense and efficiencies have rarely, if ever, played an important role in decisions to clear mergers or accept restructuring proposals”³. EU has traditionally treated efficiencies more as an offence than a defense. This means that while the US allowed mergers that generated efficiencies to proceed even though they were raising anticompetitive concerns, the EU rejected the consideration of efficiencies as an offsetting factor to the finding of dominance. This view appears to have transpired in the highly politicized outcome of GE / Honeywell case, opening doors to a wide transatlantic academic debate over the treatment of efficiencies in the two jurisdictions.⁴ The debate resulted, *inter alia*,

¹ Kolasky, W. Deputy Assistant Attorney General of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, *Conglomerate Mergers and range Effects: It's a Long Way From Chicago to Brussels*, George Mason University Symposium, Washington, 2001, p. 3 available at <http://www.usdoj.gov>

² Case COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell*, OJ L 48/1, 18/02/2004

³ Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should Not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*”, Saint Louis University Law Journal, 2000, 444 STLULJ 871 at 889.

⁴ The scholars have written extensively on the proper role of efficiencies in the merger appraisal both from the comparative legal perspective and the economic theory perspective. *See e.g.* Brodley, J.F., *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures*, Antitrust Law Journal 1996, 64 ANTITRLJ

in a package of reforms of the EU merger control rules affecting efficiencies. In 2004, the Council approved a new legal text of the Merger Regulation⁵, Council Regulation No. 139/2004 on the Control of Concentrations between Undertakings⁶ (hereinafter 2004 Merger Regulation), modernizing the merger

575; Camesasca, P.D., *The Explicit Efficiency Defense in Merger Control: Does it Make a Difference*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 1999, 20 (1), 14-28, 1999; Colley, L., *From Defense to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (6), 342-349, 2004; Conrath, C.W. Widnell N.A., *Efficiency Claims in Merger Analysis: Hostility or Humility?*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 685; Davies J., Schlossberg R., Jaspers M.B., Scholomiti K., *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, Getting the Deal Through – Merger Control 2007, Freshfields Bruckhouse Deringer, available at http://www.gettingthedealthrough.com/narrative_pdf.php?id=11, Fackelmann CH.R., *Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or Promising Chance for Innovation*, 2006, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working paper No. L-09/06, available at <http://ssrn.com/abstract=910465>; Goldman C.S., Knable Gotts, I; Piaskoski M.E., *The Role of efficiencies in Telecommunications Merger Review*, Federal Communication Law Journal, 2003, 56 FCLJ 87; Greaney, T.L., *Not for Import: Why the EU Should not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*, Saint Louis University Law Journal, 2000, 44 STLULJ 871; F. Ilzkovitz, Roderick Meiklejohn, EUROPEAN MERGER CONTROL: DO WE NEED AN EFFICIENCY DEFENCE?, Edward Elgar Publishing, 2006; Jaspers M. B., *EU: Commission Takes Closer Look at Efficiencies*, 2006, Global Competition Review, G.C.R. 2006, Nov. 41; Knable Gotts, Ilene; Goldman, Calvin S. *The Role of Efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?*, 29 International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 201,(Barry E. Hawk ed. 2003); Kocmut M., *Efficiency Consideratins and Merger Control- Quo Vadis, Commission*, European Competition Law Review 2006., E.C.L.R. 2006, 27 (1), 19-27; Kolasky W.J.; Dick, A.R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 ANTITRLJ 207; Kolasky, *Lessons From Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review*, Antitrust, 2002 Antitrust 82; Lagerlöf, J.and Heidhues P., *On the Desirability of an Efficiency Defence in Merger Control*, 2005, International Journal of Industrial Organisation 827, ISSN 0167-7187; Luescher, C., *Efficiency Considerations in European Merger Control- Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (2), 72-86, 2004; Muris T.J., *The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 729; Noel, *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers Under European and US Antitrust Law*, European Competition Law Review, E.C.L.R., 1997. 458; Rosenthal M., Pate R.H., Shores R., *Efficiencies and remedies under ECFR*, 2006., G.C.R. 2006, Nov. Supp. (The European Antitrust Review 2007), 31-36; Schmidt I. L.O., *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs. Static Efficiency*, European Competition Law Review, 2007, E.C.L.R. 2007, 28(7), 408-411; Svetlicinii A., *Assessment of Non-horizontal Mergers: Is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control*, European Competition Law Review 2007; E.C.L.R. 2007, 28 (19), 529 – 538; Werden, G. J., *An Economic Perspective on the Analysis of Merger Efficiencies*, Antitrust 1997, 11-SUM ANTITR 12; Vasconcelos H., *Efficiency gains and structural remedies in merger control*, 2007, Centre for Economic Policy Research, No. 6093, available at www.cepr.org/pubs/dps/DP6093.asp; Yde P.L., Vita M.G., *Merger Efficiencies: Reconsidering the "Passing-on" Requirement*, Antitrust Law Journal, 1996, 64 ANTITRLJ 735; Areeda, Hovenkamp& Solow, ANTITRUST LAW, 92nd ed., Aspen Law & Business 1998 Vol. IVA, a 9E.

⁵ Council Regulation (EEC) No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings; OJ L 395, 30/12/1989 (hereinafter 1989 Merger Regulation).

⁶ Council Regulation No. 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 24 29/01/04.

regime and encompassing a decade of interpretative findings into a formal body of law. The new Regulation is a part of a package of comprehensive reforms launched in 2001 that includes Horizontal Merger Guidelines on the appraisal of mergers between competitors⁷ and a series of non-legislative measures intended to improve the decision-making process. Some of these measures are contained in a set of Best Practices on the conduct of merger investigations and decision-making process, and they range from issues of economic indicators to rights of the defense.⁸ More recently, in 2007, the issue of efficiencies was once again revisited by the EU Commission, this time in the context of non-horizontal mergers in the Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. In these recent reforms, the EU seems to have moved towards a more liberal approach to efficiencies, but there may still be important discrepancies between the two jurisdictions.

Although few would contest the desirability of convergence of merger control systems, as such process is important for the efficient functioning of the global market, the EU undertook cautious steps in terms of efficiencies and rightly so. In fact, the right question was not whether convergence is a desirable and legitimate aim, but rather what are the costs of achieving this aim and what is the likelihood of its success? Let us not forget that adopting foreign legal solutions is always a sensitive question as it might require a substantive change in values and thinking. Moreover, success of legal transplants aiming at full convergence across jurisdictions having different legal and political traditions is very doubtful. These points seem to have a lot of bearing when it comes to convergence of laws between EU and USA.

Having in mind the above said, the discussion in this paper includes an analysis of respective legislative histories and applicable policies that facilitate shedding light upon blurry areas of law and defining parameters of possible future developments. I argue that rules that have been formally aligned may still be interpreted and applied differently in the two jurisdictions. In fact, the experience shows that the wording of rules is less important than the manner in which those rules are interpreted and applied. The interpretation and application of rules is to a large extent influenced by the pursued policy goals which are, on their turn, strongly influenced by juridical and political tradition of respective

(hereinafter 2004 Merger Regulation).

⁷ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings [2004/C 31/03]; OJ C 31 05/02/04, (hereinafter EU Merger Guidelines).

⁸ Other non-legislative measures include a creation of a post for Chief Competition Economist in the Directorate General for Competition; appointment, for all in-depth merger investigations, of a peer review panel composed of experienced officials; allocation of additional support staff to the Commission's hearing officers; See, *Commission adopts comprehensive reform of EU merger control*, Brussels, 11 December 2002, IP/02/1856 and Monti, M., *EU gives itself new merger control for 21st century*, Speech – Brussels, 20 January 2004; IP/04/70.

jurisdictions. As professor Whish nicely put it, “competition policy does not exist in vacuum: it is an expression of the current values and aims of society and it is as susceptible to change as political thinking generally. Different systems of competition law reflect different concerns, an important point when comparing the law of the US and the EC.”⁹ For this reason I carry out a systematic analysis of competition policy underpinnings and the existent legal practices likely to be applied to new rules, only to conclude that while approaching the economic efficiency based US approach, the EU should nevertheless stand strong in protecting its own values and traditions because not everything can nor should be explained and justified by economic models of efficiency.

1. Treatment of efficiencies in the US

The debate over the role of efficiencies in the merger antitrust analysis started when in 1968 Oliver Williamson proposed that the cost savings generated by a merger could justify otherwise anticompetitive combinations.¹⁰ In the lack of any explicit congressional intent on efficiencies in the language or legislative history of Section 7 of the Clayton Act, the issue of efficiencies became a highly debatable issue among scholars. The main point of disagreement was, and to a certain extent still is, the question of whether the Congress sought only to promote allocative efficiency or it intended to promote the consumer welfare.¹¹ “Allocative efficiency is achieved by maximizing overall societal welfare, or total surplus, without accounting for the distributive consequences of a merger.”¹² According to this view it is irrelevant who is the beneficiary of the created cost savings, is it the created monopolist or the consumers. It is exactly on this preposition that the advocates of the consumer welfare approach differ from the allocative efficiency proponents. Consumer welfare approach considers distributive goals to be the most important. The idea behind it is that the Congress could not have intended to have an unfair wealth transfer from consumers to firms with market power.¹³ It is believed that the consumers are

⁹ Whish R., *COMPETITION LAW* Oxford University press, fifth ed. 2005, p. 17; see also Jabsen and Stevens, *Assumptions, goals and dominant undertakings; the regulation of competition under article 82 of the European Union*, 1996, 64 *Antitrust law Journal* 443.

¹⁰ Williamson, O., *Economies and an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 *Amer. Econ. Rev.* 18 (1968) in ABA Section of Antitrust Law, *MERGERS AND ACQUISITIONS: UNDERSTANDING THE ANTITRUST ISSUES*, 2000, p. 145.

¹¹ *See id.*, p. 144-145.

¹² The proponents of this view consider that any merger where the reduced costs of the merged firm (5-10 %) outweigh the deadweight loss of the monopoly (defined as a total value of the goods that are lost to society as a result of monopolistic pricing) brings about efficiency and thus, should be excused by antitrust authorities. *See id.* Williamson, O. *supra* note 10; Bork, R.H. & Bowman W.S., *The Crisis in Antitrust*, *Columbia Law Review*, 65 *Colum. L. Rev.* 363 (1965).

¹³ Lande, R.H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal*, 34 *Hastings L.J.* 65, 68 (1982) cited in ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 10, p. 145.

entitled to the consumer surplus.¹⁴ Consequently, only those potentially illegal, but cost saving mergers that benefit consumers should be excused by the antitrust authorities.¹⁵ On this issue both the antitrust agencies and the courts agree by being much more favorable to the consumer welfare approach.

1.1. Judicial development of efficiencies

In spite nowadays being an established judicial and administrative practice to consider efficiencies in the antitrust analysis, this has not always been the case. In the early case law the courts have been reluctant to accept efficiencies as a ground for excusing an otherwise anti competitive merger. The first case to be heard in front of the Supreme Court under the amended Section 7 was *Brown Shoe v. United States*.¹⁶ In that case the court recognized the potential benefits to consumers of the vertical integration discussed before it, however it decided not to give much weight to such efficiency given the perceived Congressional intent to balance in favor of competition over efficiency.¹⁷ With such a ruling the court disregarded efficiencies beneficial to consumers to promote fragmentation and low concentration.¹⁸

Likewise, in the case *United States v. Philadelphia National Bank*¹⁹ the court rejected the efficiencies that might be created to excuse a merger which is likely to substantially lessen competition.²⁰ Some years later, in the case *FTC v. Procter & Gamble Co.*,²¹ the Court again dismissed the efficiency defense declaring that: “[p]ossible economies cannot be used as a defense to illegality. Congress was aware that some mergers which lessen competition may also result in economies, but it struck the balance in favor of protecting competition.”²² Indeed, the Procter and Gamble decision seemed to treat efficiencies more as an

¹⁴ Consumer surplus is defined as the difference between the amount consumers would have paid for the quantity consumed and the amount actually paid.

¹⁵ The problem with this view is one of a practical nature as the “scholars favoring it were unable to create an applicable test for determining when efficiencies justify a merger, which at the same time ensures that consumer surplus is passed on to consumers.” See ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 10, p. 145.

¹⁶ *Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

¹⁷ The Court stated: “But we cannot fail to recognize Congress’ desire to promote competition, through the protection of viable, small, locally-owned business. Congress appreciated that the occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization.” See *id.* at 344

¹⁸ ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 10, p.146-147.

¹⁹ *United States v. Philadelphia National Bank* 374 U.S. 321 (1963).

²⁰ The court stated that “a merger the effect of which may be substantially to lessen competition is not saved because, on some ultimate reckoning of social and economic debits and credits, it may be deemed beneficial.” See *id.* at 371.

²¹ *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

²² See *id.* at 580.

offense than as a defense.²³ In 1986, in the case *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*²⁴, the Court implicitly overruled the Procter & Gamble precedent interpreting this prior decision to hold that a merger could be found to violate Section 7 because it would make an already leading firm more efficient.²⁵ The Supreme Court held that it would be inimical to the purposes of the antitrust laws to prohibit a merger just because it would lead to increased efficiency and lower prices. Accordingly, the Court concluded that the “threat of loss of profits due to possible price competition following a merger does not constitute a threat of antitrust injury.”²⁶

In time, the attitude of the courts towards efficiencies changed even more. They began to accept that efficiencies may rebut a prima facie anti competitive merger based on high concentration. In 1991, in the case *FTC v. University Health, Inc.*²⁷ the 11th Circuit was deciding exactly on this issue i.e. whether the defendants efficiency based arguments rebutted the FTC’s prima facie case that the merger was likely to result in increased prices. The Court held that “an efficiency defense [...] may be used in certain cases to rebut the government’s prima facie showing in a Section 7 challenge.”²⁸ The Court based its view on the assumption that the potential efficiencies resulting from an acquisition are of a great importance for predicting whether such acquisition would substantially lessen competition. In fact, the Court stated that “evidence that a proposed acquisition would create significant efficiencies benefiting consumers is useful in evaluation the ultimate issue- the acquisition’s overall effect on competition.”²⁹ At the same time the Court qualified this view by stating that “[...] once it is determined that a merger would substantially lessen competition, expected economies, however great, will not insulate the merger from a Section 7 challenge”.³⁰ In other words the court is to consider efficiency defenses only to the extent they may contribute in proving a merger or an acquisition not to substantially lessen competition.

In *United States v. Country Lake Foods, Inc.*,³¹ the court found the efficiencies relevant “[...] not so much as an independent factor justifying the proposed acquisition, but as further evidence that the proposed acquisition will enhance competition.”³² The claimed efficiencies would, according to the court,

²³ Kolasky, W.J.; Dick, A.R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 Antitr. L. J. 207 at 212.

²⁴ *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

²⁵ Kolasky, W. J., Dick, A.R., *supra* note 23, at 224.

²⁶ *See id.* at 116.

²⁷ *FTC v. University Health, Inc.* 938 F. 2d 1206 (11th cir. 1991).

²⁸ *See id.* at 1222-23.

²⁹ *See id.*

³⁰ *See id.* citing *FTC v. Procter & Gamble Co.* 386 U.S. 568, 579 (1967) and *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 371 (1963).

³¹ *United States v. Country Lake Foods, Inc.* 754 F. Supp 669 (D. Minn. 1990).

³² *See id.* at 680.

enable the firms to “have similar recourses [to that of the market leader] derived from the benefits of economics of scale.”³³

Some years later, in the case *FTC v. Butterworth Health Corp.*³⁴, the court rejected FTC argument that the district court had omitted legal error by allowing the merging hospitals to rebut the FTC’s prima facie case with evidence of efficiencies. The court held that the efficiencies are so great and they represent “savings that would, in view of defendants non profit status and the Community Commitment, invariably be passed on to consumers.”³⁵ This trend continued and in the same year the Court, in the case *United States v. Long Island Jewish Medical Center*³⁶, decided in favor of a merger of two nonprofit hospitals on the grounds of claimed efficiencies. The court stated that “the defendants must clearly demonstrate that the proposed merger itself will, in fact, create a net benefit for the health care consumer”³⁷ for the efficiency defense to be feasible.

1.2. Efficiencies in Horizontal Merger Guidelines

This development has been wildly influenced by the Merger Guidelines, which already in 1968 introduced efficiencies as an element of analysis in merger cases, recognizing that in some “exceptional cases” efficiencies might justify a merger that would otherwise be subject to challenge.³⁸ The 1982 Merger Guidelines provided that the Department of Justice (hereinafter DOJ) would consider efficiencies only in “extraordinary cases” keeping the 1968 standard. This time however, the wording was considered to be even more restrictive, as it treated efficiencies as an affirmative defense and not as part of the agency’s competitive effects analysis.³⁹

The section on efficiencies was subject to major revision in 1984 as a result of DOJ’s experience in reviewing merger cases. The new version introduced four major changes to the treatment of efficiencies.

First, the efficiencies would not serve any longer as a defense to a potentially anti competitive merger, but instead they are to be considered as another element of agency’s analysis of the proposed merger, and accordingly it moved from the “defense section” to the “competitive effects” section.⁴⁰ Under this approach the DOJ would “not balance expected efficiencies against expected anticompetitive

³³ See *id.*

³⁴ *FTC v. Butterworth Health Corp.*, 946 F. Supp 1285 (W.D. Mich 1996), *aff’d*, 121 F 3d 708 (6th Cir. 1997).

³⁵ See *id.* at 1301.

³⁶ *United States v. Long Island Jewish Medical Center*, 983 F. Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997).

³⁷ See *id.* at 147.

³⁸ US Department of Justice, Merger Guidelines, § 10 (1968).

³⁹ US Department of Justice, Merger Guidelines § 10 A (1982).

⁴⁰ Kolasky, W. J.; Dick A.R., *supra* note 23, at 220.

consequences”, instead it would look at efficiencies in determining whether the merger was anticompetitive at all.⁴¹

Second, the new version on efficiencies explicitly recognized that the primary benefit of mergers to the economy is their efficiency enhancing potential, which can increase the competitiveness of firms and result in lower prices to consumers.⁴²

Third, the criteria applied by the agencies in evaluating efficiencies were expanded and clarified. The agencies would consider efficiency claims whenever, they are established by clear and convincing evidence⁴³ and whenever they are significant.⁴⁴ This approach loosened up the “substantial” standard from the 1982 version and eliminated the wording of the previous version that required the parties to show that the claimed efficiencies were “already enjoyed by one or more firms in the industry”.⁴⁵

Finally, the new version introduced a more exhaustive list of efficiencies including economies of scale, better integration of production facilities, plant specialization, and lower transportation costs.⁴⁶

The last major revision took place in 1997, and this version is the current official agencies’ approach to efficiencies. This final version of the Merger Guidelines emphasizes that the primary benefit of mergers to economy is their potential to generate efficiencies, giving a list of benefits that might result from a merger.⁴⁷ This is not an exhaustive list nor does it imply that all efficiencies are excusable. In fact, according to the Merger Guidelines, in order to be entitled to consideration the efficiencies have to be cognizable. Cognizable efficiencies are “merger-specific, verified, and must not rise from anticompetitive reduction in output or service”.⁴⁸

Merger-specific efficiencies are defined as those efficiencies that are “likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive means.”⁴⁹ In other words, those are the efficiencies that cannot be achieved through other less anticompetitive means. This approach taken by the agencies has been criticized on the ground that omitting to consider

⁴¹ See *id.*, see also *60 Minutes with J Paul McGarth - Interview*, 54 *Antitr. L.J.* 131, 141 (1985).

⁴² US Department of Justice, Merger Guidelines § 10 A (1984).

⁴³ See *id.*

⁴⁴ See *id.*

⁴⁵ US Department of Justice, Merger Guidelines §10 A (1982).

⁴⁶ U.S. Department of Justice, Merger Guidelines § 4 (1984).

⁴⁷ US Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (hereinafter US Merger Guidelines) § 4 (1992, revised 1997).

⁴⁸ See *id.*

⁴⁹ See *id.*

non-merger-specific efficiencies frustrates the very purpose of the analysis, i.e. determining if the merger is anticompetitive.⁵⁰

Due to the fact that efficiencies are difficult to verify and quantify (partly because much of the information is in the possession of the merging firms), the Merger Guidelines require the merging firms to substantiate efficiency claims. Substantiating efficiency claims help the agencies to verify, by reasonable means, the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved, how each would influence the merged firm's ability and incentive to compete and why each would be merger-specific.⁵¹ Moreover, the agencies will not consider claims if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.⁵² Finally, according to the Merger Guidelines the cognizable efficiencies must not arise from anticompetitive reductions in output or service.⁵³ This provision emphasizes that not each cost saving from the perspective of the merging firm is efficiency for the purposes of the antitrust analysis. In fact, consumers have to benefit from the reduction of costs created by the merger in order to be excusable on the grounds of efficiency.

The Merger Guidelines state that if "cognizable efficiencies are of such character and magnitude that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market, such merger will not be challenged by the agencies".⁵⁴ In making such a determination the agencies will consider "whether such efficiencies would be likely to reverse the merger's potential harm to consumers in the relevant market, e.g. by preventing price increases in that market".⁵⁵ The greater the potential adverse competitive effect of a merger (as indicated by the HHI and post-merger HHI, the potential adverse competitive effects and the timeliness, likelihood and sufficiency of entry), the greater must be cognizable efficiencies in order for the agencies to conclude that will not have the anticompetitive effect in the relevant market.⁵⁶ The experience of the agencies show that efficiency claim will be most likely successful when the likely adverse effects of the merger, absent the efficiencies, are not great, as efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near monopoly.⁵⁷

⁵⁰ See e.g. Garza., D. A., *The New Efficiencies Guidelines: The same old Transparent Wine in a More Transparent Bottle*, ANTITRUST, Summer 1997, at 7 cited in ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 10, p. 162.

⁵¹ US Merger Guidelines, *supra* note 47, § 4.

⁵² See *id.*

⁵³ See *id.*

⁵⁴ See *id.*

⁵⁵ See *id.*

⁵⁶ See *id.*

⁵⁷ Agencies have found that certain types of efficiencies are more likely to be cognizable than others. For example, efficiencies resulting from shifting production among facilities formerly owned separately, which enable firms to reduce the marginal cost of production, are more likely to be predisposed to verification, merger-specific, and substantial, and are less likely to result from anticompetitive reductions in output. Other efficiencies, such as those related to research and

The most heated debate over the 1997 revision on efficiencies relates to the above mentioned disagreement on whether or not the efficiency gains should be passed on to consumers.⁵⁸ Most economists supported and still do, the total welfare approach arguing that “the resource savings benefit society and that any wealth transfer from consumers to producers should be irrelevant”.⁵⁹ The Merger Guidelines however do not make a clear cut rule on this issue as it states that the agencies will also consider effects of cognizable efficiencies with no short-term, direct effects on prices in the relevant market.⁶⁰ Those efficiencies that immediately benefit consumers through lower prices and increased output will receive the most weight whereas other efficiencies will be considered to the extent they can be proved and can be shown ultimately to benefit consumers.⁶¹ Such an approach taken by the agencies resembles more a “hybrid consumer welfare/total welfare model than one or the other”.⁶² Moreover, in the footnote of the Merger Guidelines, the agencies addressed the issue of those mergers that might be anticompetitive in one market and yet having enhancing efficiencies in another market. Restating the general principle that the agencies will normally assess competition in each relevant market affected by the merger independently and normally will challenge the merger if it is likely to be anticompetitive in any relevant market, “the agencies still retain a prosecutorial discretion to consider efficiencies that are inextricably linked with it that a partial divestiture or other remedy could not feasibly eliminate the anticompetitive effect without sacrificing the efficiencies in other market(s) [...] Inextricably linked efficiencies are most likely to make a difference when they are great and the likely anticompetitive effect in the relevant market(s) is small”.⁶³

While the courts have supported mostly the strict consumer welfare approach rejecting efficiencies claims that have inadequately proven the benefits of consumers and thereby demonstrated that protection of consumers from unfair transfers of wealth is the judiciary’s general perception of Section 7,⁶⁴ former F.T.C. Commissioner has suggested that “virtually all cases worthy of prosecution have both wealth transfers and [aggregate economic] welfare losses.”⁶⁵ The

development, are potentially substantial but are generally less predisposed to verification and may be the result of anticompetitive output reductions. Yet others such as those relating to procurement, management, or capital cost are less likely to be merger specific or substantial, or may not be cognizable for other reasons.; *See id.*

⁵⁸ Pitofsky R., *Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy*, 81 GEO. L.J. 195 (1992) cited in Kolasky, W. J., Dick, A. R., *supra* note 23, at 230.

⁵⁹ *See id.*; Also Mitja Kocmut, *Efficiency considerations and merger control-quo vadis*, Commission, E.C.L.R. 2006, 27 (1), 19-27.

⁶⁰ US. Merger Guidelines, *supra* note 47, § 4.

⁶¹ Kolasky, W. J., Dick A.R., *supra* note 23, at 230.

⁶² *See id.*

⁶³ US. Merger Guidelines, *supra* note 47, § 4.

⁶⁴ ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 10, p. 156.

⁶⁵ Calvani, T., *Rectangles and Triangles: A Response to Mr. Lande*, Antitrust Law Journal, 58 Antitrust L.J. 657, 657 (1989) cited in Gavil, A.I., Kovacic, W.E., Baker, J.B., ANTITRUST LAW

differences between the total welfare and the consumer welfare approach however should not be considered as a purely academic debate since they express a value judgment underlining a particular policy choice.

2. The EU historical treatment of efficiencies under the 4064/89 Merger Regulation

The original draft of the 1989 Merger Regulation permitted mergers to be approved when they “contribute to the attainment of the basic objectives of the Treaty in such a way that, on balance, their economic benefits prevail over the danger they cause to competition.”⁶⁶ This proposal promoted the balancing attitude towards efficiencies weighing against each other the benefits of a proposed merger and its detriment to competition.

This provision, however, was not included in the final version of the Merger Regulation due to the inability of the Council to “resolve completely the differences between Member States favoring industrial, regional and social policy considerations (e.g. Spain, Portugal and France) and Member States favoring the competition-based analysis more akin to the US model of antitrust review (e.g. Germany and the United Kingdom)”⁶⁷. Some Member States, objected to the inclusion of efficiency defense on the ground that it would be used as a complement to industrial policy. It was believed that the “EU industrial policy, aimed at safeguarding and ensuring the competitiveness of European industry’, might support the creation of the Eurochampion in circumstances where that Eurochampion would be dominant and impede effective competition within the common market.”⁶⁸

2.1. “Technical and economic progress”

The final version of the 1989 Merger Regulation was a result of a political compromise and thus it did not include any explicit provision on efficiency defense but instead it only opened a window to considerations of efficiencies in the overall appraisal of a merger.

Art 2 (1) (b), which was taken over in its entirety by the 2004 Merger Regulation, provides that in making the appraisal the Commission will take into account, *inter alia*, “the development of technical and economic progress provided that it is to consumers’ advantage and does not form an obstacle to

IN PERSPECTIVE: CASES, CONCEPTS, AND PROBLEMS IN COMPETITION POLICY, Thomson West, 2002.

⁶⁶ Proposal for a Regulation, [1989] O.J. C22/14, Recital 16.

⁶⁷ Hawk, B., *The EEC Merger Regulation: The First Step Toward One-Stop Merger Control*, *Antitrust Law Journal*, 1990, 59 ANTITRLJ 195 at 213.

⁶⁸ Jones, A., Sufirin B., *EC COMPETITION LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS*, Oxford University Press, 2002, p. 798.

competition.”⁶⁹ Moreover, considering that the Merger Regulation excludes from its wording a more general reference to improvements in production and distribution, it may be understood to cover only efficiencies resulting from innovation, which is rather limited in scope.⁷⁰ Finally, the difference between the two provisions arises out of the wording referring to the passing-on requirement. While the Art. 81 (3) requires only a “fair share” of benefit to be passed on to consumers, the Merger Regulation Art 2 (1) (b) does not set to what extent the consumers have to benefit from the technological and economic development achieved by the merging parties. Therefore, according to the regulatory solution put forward in the Merger Regulation, the efficiencies are limited to the technological and economic development and may be taken into account as long as they: a) are to consumer advantage; and b) do not form the obstacle to competition.

Requirement of consumer advantage relates to the choice of welfare standard applied in merger analysis. As already pointed out, the choice of welfare standard is the most important and debated issue in the context of efficiencies as it defines the ultimate goal of competition law. As pointed out earlier there are two basic approaches to the welfare standard: to consider those efficiencies that are passed on to consumers, i.e. the consumer welfare standard⁷¹, or to take in consideration efficiencies that maximize social welfare irrespectively of whether or not they are passed on to consumers, i.e. total welfare standard which is thus the sum of consumer and producer surplus⁷². The difference between the two standards rests on the allocation of welfare within a society.⁷³ Unlike US, The

⁶⁹ 1989 Merger Regulation Art 2 (1) (b), *supra* note 5.

The explanatory notes of the Merger Regulation indicated that “the concept of technical and economic development progress must be understood in light of the principles enshrined in Article [81(3)] of the Treaty, as interpreted by the case law of the Court of Justice. [1990] 4 CMLR 314 point (d); “The wording of Art 81 (3), however, differs from the [Merger Regulation] in that, under Article 81 (3), the EU Commission may only authorize agreements if they contribute ‘to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of possible benefit’ Thus under Article 81, efficiencies are not a defense but a requirement.” Knable Gotts, I., Calvin S., Goldman S., *The Role of Efficiencies in M&A 2002* in Fordham Corp. L. Inst. 201, 242-61 (Barry Hawk ed., 2003), p. 220; See as well Ilzkovitz & Meiklejohn *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defense?*, Paper prepared for the 5th Annual EUNIP Conference, Vienna, Nov. 29th –Dec 1st, 2001, available at http://www.wifo.ac.at/~luger/ilzkovitz_fmeiklejohn.pdf.

⁷⁰ Knable Gotts, I., Calvin S., Goldman S., *supra* note 69, p. 220.

⁷¹ For consumer welfare approach in a comparative broader context of competition law see e.g. Malinauskaitė J. *The Development of „Consumer Welfare“ and its Application in the Competition Law of the European Community and Lithuania*, International Company and Commercial Law Review 2007, I.C.C.L.R. 2007, 18 (10), 354-364.

⁷² See *id.* p. 250.

⁷³ From the total surplus standard view, it is not important who the beneficiary of created efficiencies is, i.e. whether the efficiency gains are passed on to producers or consumers, since the society as a whole is better off. This approach thus “assigns an equal weight both to the loss in consumer welfare and the corresponding gain to shareholders. In other words, the transfer of wealth on surplus is viewed as ‘neutral’. From the total surplus standard view, it is not important

EU has been much more explicit and straight forward in making this policy choice. In fact, it unequivocally adopted in the Article 2 (1) (b) of the Merger Regulation a view that efficiencies should benefit consumers even if there is no indication to what extent the passing – on requirement has to be achieved in order to satisfy this criterion.⁷⁴ The view that the efficiency gains have to ultimately benefit consumers has been supported in numerous occasions by the Commission.⁷⁵ According to this policy choice, consumer welfare is valued more than producer welfare and thus even when a merger would result in productive efficiency gains, but would raise prices to consumers, it would not be allowed by the EC rules.⁷⁶

The problem in treating efficiencies in the EU arises out of the second criterion put forward in Art 2 (1) (b), i.e. that the efficiencies should not form an obstacle to competition. This criterion forms an obstacle in considering efficiencies at all. Due to this condition, “it was widely believed [...] that the Commission would not treat efficiencies as a defense to a merger that created or strengthened a dominant position, and that it might even view efficiencies as an additional reason for prohibiting a merger on the ground that they would further entrench the merged firm’s dominant position.”⁷⁷

The reason behind this belief is the economic reality of efficiencies. In fact, it is impossible to divide mergers in those that encourage collusion or increase market power and those that create efficiencies. “Many mergers do both at once [...] Horizontal mergers may create substantial efficiencies even as they

who the beneficiary of created efficiencies is, i.e. whether the efficiency gains are passed on to producers or consumers, since the society as a whole is better off. This approach thus “assigns an equal weight both to the loss in consumer welfare and the corresponding gain to shareholders. In other words, the transfer of wealth on surplus is viewed as ‘neutral’.” Conversely, the consumer welfare approach considers the distributive goals to be the most important, and thus only those mergers that create efficiencies directly passed on to consumers in the form of price decrease, improved quality of goods or innovation may be excused by antitrust authorities. *See id.* p. 251; Alistar, L., *THE EC MERGER REGULATION: SUBSTANTIVE ISSUES*, Sweet and Maxwell, London, 2003, p. 428.

⁷⁴ 2004 Merger Regulation Art. 2 (1) (b), *supra* note 6.

⁷⁵ See e.g. Thirty-Second Report, *The Review of the EU Merger Regulation*, July 23, 2002, HL Paper 165 ([...] The commission confirmed that under its proposed efficiencies test the parties would have to show that the efficiencies would be passed on to the consumer); Monti M., *Review of the EC Merger Regulation – the Reform Package*, speech of November 7, 2002, Brussels ([...] Efficiency claims should only be accepted when the Commission is in a position to conclude with sufficient confidence that the efficiencies generated by the merger will enhance the incentive of the merged entity to act pro-competitively for the benefit of consumers[...]).

⁷⁶ Bishop, Walker, *THE ECONOMICS OF EC COMPETITION LAW: CONCEPTS, APPLICATION AND MEASUREMENT*, Sweet and Maxwell 2002., p. 26.

⁷⁷ Kolasky, W., *North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?* speech before BIICL Second Annual International and Comparative Law Conference, London, England, May 17, 2002 at 3, citing, Frederick Jenny, *Competition and Efficiency, in Antitrust in a Global Economy*, 1993 Corporate Law Institute, Fordham U. School of Law (B.Hawk, ed.1994).

facilitate collusion or enlarge market power.”⁷⁸ Consequently, it is unlikely that a merger claiming efficiencies would at the same time be found not to create a dominant position as the two outcomes are almost mutually exclusive. Accordingly, the requirement that a technical and economic progress should not form an obstacle to competition makes it unlikely that the dominant firm will be able to assert efficiencies as a defense since any improvement in efficiency may enhance its market power.⁷⁹ The first merger prohibition under the Merger Regulation, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*⁸⁰ stressed out that point. The Commission examined a variety of efficiencies – cost savings to be achieved through rationalization of parts procurement, marketing and product support, one-stop shopping, improved management and protection against currency fluctuations – only to find these efficiencies to enhance the merged firms’ market power, i.e. power to behave independently of its competitors. The Commission did not set any explicit principle for treating efficiencies but its finding seems to imply that “most efficiency arguments will be unavailing in the case of finding dominance”⁸¹.

Furthermore, technical and economic progress achieved by the merged parties may give them the possibility to outrun their competitors which contributes to the creation or strengthening of dominance.⁸² This has been an important consideration in cases *DuPont/ICI*⁸³ and *Shell/Montecatini*⁸⁴. In both cases the Commission required the undertakings concerned that sought to provide comparable or shared efficiency benefits for competitors before allowing the transaction to proceed. DuPont involved a merger between two top ranking R&C facilities in the field of nylon fiber business which was not viewed by the Commission as an efficiency that would ultimately benefit consumers, but quite the contrary, it was viewed as a key factor which would give the merging firms a dominant position in the relevant market because it would outdistance the remaining competitors. Therefore, in order to clear the merger, the Commission required the firms to transfer to a third party a freestanding research and development facility of comparative quality to those operated by DuPont and ICI.⁸⁵ Likewise, in *Shell*, before the EC allowed the concentration to

⁷⁸ Hovenkamp, H., *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE*, West Publishing Co, 1994, p. 446.

⁷⁹ See, Ilzkovitz F., Meiklejohn, *supra* note 69, at 13; Goldman, C.S, Knable Gotts, I., Piasloski, M.E., *The Role of Efficiencies in Telecommunications Merger Review*, Federal Communications Law Journal, 2003, 56 FCLJ 87 at 114.

⁸⁰ Case IV/M. 53, *Aerospatiale – Alenia / de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, at 65-69.

⁸¹ Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should Not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*”, Saint Louis University Law Journal, 2000, 444 STLULJ 871, at 890.

⁸² Cook C.J., Kerse, C.S., *E.C. MERGER CONTROL*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 177.

⁸³ Case IV/M 214, *DuPont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993.

⁸⁴ Case IV/M 269 *Shell/ Montecatini* O.J. L 332/48, 22/12/1994.

⁸⁵ Case IV/M 214, *DuPont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993, at 33-34.

proceed, the parties were required to proffer undertakings that would preserve a second independent source of polypropylene technology licensing.

The false hopes raised by the “technological and economic development” provision were observed in joint venture context as well. In the joint venture case *MGS/Media Service*⁸⁶, the Commission stated that even though the new joint venture established to operate in the digital TV-pay would indeed contribute to the development of the digital television, such efficiency would hinder competition because of the dominant position that the new joint venture would establish in the relevant market. In assessing the impact of the technological development of the joint venture the Commission stated that “the reference to [the] criterion in Article 2 (1) (b) of the Merger Regulation [contribution to technical and economic development] is subject to the reservation that no obstacle is formed to competition [...] [T]he foreseeable effects of the proposed concentration suggest that it will lead to a sealing-off and early creation of a dominant position on the future markets for technical and administrative services and to a substantial hindering of effective competition on the future market for pay-TV.”⁸⁷ Accordingly, the Commission prohibited the proposed joint venture to proceed. There has been a sequence of cases where the Commission used the same reasoning for prohibiting mergers that would have achieved some form of efficiencies. In *Nordic Satellite Distribution*⁸⁸ the Commission prohibited a merger on the grounds that conditions set out in Art 2 (1) (b) had not been met since the proposed merger would have created obstacles to competition as well as creating efficiencies. Similarly in the case *Gencor/Lonrho*⁸⁹ the Commission found that the merged entities would have an increased market power which would form an obstacle to competition and even if some efficiency would be achieved it would not benefit the consumers.

Even though the Commission did not take over the explicit efficiency defense in cases where the proposed merger was likely to result in a dominant position, in a number of cases it seemed to take efficiencies into account implicitly when deciding on whether or not the merging parties would give raise to dominance at all.⁹⁰ “Quite instructive for the Commission’s willingness to take efficiencies into account implicitly while shaping its decision is the principle formulated in *Cyanamid/Shell*,⁹¹ where a finding of dominance was avoided as ‘an analysis

⁸⁶ Case IV/M.469, *MGS/Media Service*, O.J. L364/1, 31/12/1994.

⁸⁷ *See id.* at 100.

⁸⁸ Case IV/M 490, *Nordic Satellite Distribution*, O.J. L 53/20, 02/03/1996.

⁸⁹ Case IV/M.619, *Gencor /Lonrho*, O.J. L 11/30, 14/01/1997, at 214 (decision upheld on appeal in Case T-102/96 *Gencor v. Commission* [1999] E.C.R. II –753).

⁹⁰ Case IV/M 042 *Alcatel/Teletra* O.J. L 122/48,17/05/1991; Case IV/M 354 *American Cyanamid/Shell* O.J. C 273, 09/10/1993; Case IV/M 477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer* O.J. L 211/1, 06/09/1995; Case IV/M 580 *ABB/Daimler-Benz* O.J. L 11/29, 14/01/1997 ; Case IV/M 315 *Mannesmann/Valourec/Ilva* O.J. L102/15, 21/04/1994; Case IV/M 986 *Agfa-Gevaert/DuPont* O.J. L 211/22, 29/07/1998.

⁹¹ Case IV/M 354 *American Cyanamid/Shell* O.J. C 273, 09/10/1993.

focusing on market share alone is not particularly probative in a dynamic R&D-intensive industry'. As a result, the Commission has been prepared to approve a very high market shares, especially in innovative markets."⁹²This implicit consideration of efficiencies in the merger appraisal, however, has never been formally recognized and thus the lack of transparency made such considerations unreliable and unpredictable.

More recent good example was GE/Honeywell merger case. In 2000, the US-based industrial conglomerate General Electric (GE), a leading producer of jet engines for large commercial aircraft and large regional jets, entered into negotiations for a takeover of Honeywell, as well a US-based company specialized in manufacturing systems for small regional and corporate jets and of avionics and non- avionics systems. In October, the deal was signed by which GE was to acquire the entire share capital of Honeywell for a \$42 billion price, thereby making Honeywell its wholly owned subsidiary. According to the requirements of the Hart-Scott-Rodino Act the parties immediately notified their deal to the American Department of Justice (DOJ), and four months later, to the European Union Commission on the grounds of the EC Merger Regulation. On May 2001, the DOJ approved the merger with some minor concessions while the Commission, on July 3, concluded that the merger is incompatible with the common market on the grounds of conglomerate, vertical and horizontal effects, and thereby blocked the deal.⁹³ Although a number of aspects of Commission's reasoning were criticized by the Court of First Instance as not sufficiently substantiated, most notably its analysis of conglomerate and vertical effects, the prohibition to merge was upheld on the grounds of horizontal effects to competition.⁹⁴ While criticizing the Commission, the Court of First instance did confirm that in some cases conglomerate mergers may have anticompetitive effects. This view appears to be uncommon on the other side of Atlantic, considering that already by 1992, US Merger Guidelines omitted completely horizontal effects of non-horizontal mergers thereby making the 1984 Guidelines the official source of non-horizontal mergers. The reasoning underlining this view was the belief that conglomerate mergers do not pose a threat to effective competition.⁹⁵

Following the GE/Honeywell case the international community reacted fiercely to the Commission's decision. The debate overgrew the issue of efficiencies and shifted in a more fundamental area posing the question whether the two jurisdictions diverge significantly in their substantive analysis and even more importantly, in their values, philosophy and goals of antitrust in general.

⁹² Camesasca, P. D., *The Explicit Defense in Merger Control: Does it Make the Difference*, European Competition Law Review, 1999, ECRL 1999, 20 (1), 14-28 at 25.

⁹³ Case COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell* OJ L 48/1, 18/02/2004.

⁹⁴ Case T-210/01 *General Electric Company v. Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-5575, 14 December 2005.

⁹⁵ See e.g. Antitrust Division Submission For *OECD Roundtable On Portfolio Effects In Conglomerate Mergers Range Effects: The United States Perspective* Date Discussed: 10/19/01; available at http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11709.htm#N_2_.

Different treatment of efficiencies: mere divergence in substantive analysis or a fundamental divergence in competition policies?

The theory of bundling, as applied by the Commission, was identified to be the main area of divergence in substantive analysis between the two jurisdictions.⁹⁶ This inevitably led the public discussion towards a more substantive concern, “namely, that the Commission had failed to recognize that antitrust policy was supposed to protect competition, not competitors”⁹⁷. This opinion has been voiced by many⁹⁸, including the US Assistant Attorney General Charles James who, in his comments on the divergent outcome in GE/Honeywell case, declared that while “clear and longstanding US antitrust policy holds that antitrust laws protect competition, not competitors, the EU’s decision reflects a significant point of divergence”⁹⁹. Charles James concluded that “what led the United States to clear the transaction – the prospect that it would make the combined firm a more effective competitor- was the very reason the EU opposed it.”¹⁰⁰ The analysis of GE/Honeywell case may indeed be interpreted in such a way. The EU Commission considered “the effects of near-term lower prices resulting from mixed bundling as part of one of its theories of competitive harm, [while] the DOJ disagreed strongly with this approach, expressing the view that any such price discounts would be beneficial to customers (and akin to the passing on of the traditional types of efficiencies that may arise in a merger).”¹⁰¹ This approach of the DOJ reflects what is a well established principle under the

⁹⁶ The Commission identified the relevant markets to be the market for jet aircraft engines, avionics and non-avionics systems and engine starters. One of the main Commission’s concerns was that the merged firm would have the possibility to engage in “bundling”. Bundling would enable strengthening of GE’s already dominant position in the market for aircraft engines (for large commercial aircraft) forcing rivals out of business and consequently raising prices. Moreover, bundling would enable GE to create a dominant position in small engines, avionics and other aircraft systems. Court of First instance held that The Commission, as far as conglomerate effects based on bundling practices are concerned, is required to prove the ability and interest to engage in mixed bundling which it failed to do. In the absence of such proof the Commission erred in concluding that the mere fact of having a wider range of products is enough proof that dominant position will be created. The findings of CFI were incorporated in Non-horizontal Guidelines.

⁹⁷ Swaine.E.T., *Competition, not Competitors, nor Canards: Ways of Criticizing the Commission*, University of Pennsylvania Journal of international Economic Law, 2002, 23 UPAJIEL 597 at 599.

⁹⁸ See e.g. Kolasky, W.J., *supra* note 1; Holland, E.E., *Using Merger Review to Cure Prior Conduct: The European Commission’s GE/Honeywell Decision*, Columbia Law Review, 2003; 103 CLMLR 74; Kauper T.E., *Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations*, Saint John’s Review, 2000, 74 STJLR 305; Hochstadt, Eric, S., *The Brown Shoe of the European Union Competition Law*, Cardozo Law Review, 2002, 24 CDZLR 287; Knable Gotts, Ilene; Goldman, Calvin S. *supra* note 1.

⁹⁹ Press release No. 01-303, US department of Justice, Statement by Assistant Attorney General Charles, A. James on the EU’s Decision regarding the GE/Honeywell Acquisition (July 3, 2001) available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2001/8510.htm>.

¹⁰⁰ James, C. A., *Reconciling Divergent Enforcement Policies: Where do We go From Here?* Fordham Corporate Law Institute, 2002, 2001 Fordham Corp. L. Inst. 1, 3 (2002).

¹⁰¹ Knable Gotts I., Calvin S., Goldman, S., Goldman, *supra* note 69, p. 225.

US law, i.e. that the antitrust laws “do not protect competitors from mergers that will make the merged firm more efficient, even if they fear they may as a result be forced from the market”¹⁰², because “the goal is efficiency, not competition”.¹⁰³

On the other hand Commission’s analysis focused on the prediction that rivals would be forced to exit the market, re-entry or new entry being unlikely because of high barriers to entry and very long industrial cycle.¹⁰⁴ This finding indicated that the Commission is “primarily concerned with the exclusionary effects a merger could create, which in turn could diminish the ability of competitors to compete”.¹⁰⁵ In defending its decision, the EU Commission denied that it blocked the merger because of the efficiencies it would create, contending that the parties

¹⁰² Kolasky, W., *supra* note 1, p.5 referring to the case *Monford of Colorado, Inc. v. Cragill, Inc.*, 479 US 104, 114-117 (1986) in which the court concluded that “Competition for increased market share is not activity forbidden by the antitrust laws. It is simply vigorous competition. To hold that the antitrust laws protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share. The antitrust laws require no such perverse result for it is in the interest of competition to permit dominant firms to engage in vigorous competition, including price competition.”

¹⁰³ Summers, L. H., *Competition Policy in the New Economy*, *Antitrust Law Journal*, 69 *Antitrust L.J.* 353, 358 (2001).

¹⁰⁴ Drauz, G., *Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law*”, 25 *Fordham Int’l L.J.* 885, at 903.

¹⁰⁵ Kauper E.T., *supra* note 97, at 322.

Critical to this concern was the Commission’s assessment of long-term consequences of bundling, i.e. its predicament as to what is likely to happen in the long run on the market. Long-term analysis is not an essential predictive element in the US merger review because it is believed that such analysis is too speculative. Besides the belief that such long-term predictions cannot be scientifically proven to a sufficient degree, and therefore should not be crucial in making the final decision, in the US there is much more confidence in the self-correcting nature of markets. This confidence is especially strong when, as it was belied to be the case in GE/Honeywell, the market is “populated by strong rivals and strong buyers, who will usually find ways to protect themselves from an aspiring monopolist. See Kolasky W., *supra* note 1 p. 7; *see generally*, Hovenkamp, H., *Post-Chicago Antitrust: a Review and Critique*, 2001, *Columbia Business Law Review*, *Colum. Bus. L. Rev.* 257 at 259.

As Hochstadt put it, the US reasoning goes along the following lines: “Short-term benefits of the merger are necessarily more certain than the potential long-term harms. If efficiencies are not realized, there is no benefit, but there is also no harm. If the efficiencies are realized, the harms may still not be. Rivals may find ways to respond and, even if they don’t, customers may behave strategically so as to preserve competition. Finally, even if the rivals exit, the prices charged by a more efficient monopolist may be lower than the prices charged by a small group of less efficient competitors.” Conversely, the EU Commission reasons that creation of efficiencies through bundling enable merging firms to strengthen the dominant position, forcing other participants from the market which would in long run harm consumers because the dominant firm would abuse its position by increasing prices and lowering the quality of goods”. [Hochstadt, Eric, S., *supra* note 97, at 372]; Shapiro, an economic expert for GE in GE/Honeywell case and a professor in business strategy, expressed the same opinion by stating that the “GE/Honeywell case exposed very deep and fundamental differences of approach on doctrine between the United States and the European Union [...] In the EU, [there is] hostility towards large firms that are perceived as powerful becoming more efficient, whereas in the United States efficiencies are welcomed, even if they

did not “provide a clearly articulated and quantified defense in terms of efficiency”¹⁰⁶ and maintaining that price cuts that would result from mixed bundling were not “real” efficiencies, but were just a type of “strategic pricing” on the side of the merged firm.¹⁰⁷ In addition, the somewhat skeptical view towards efficiencies in general, results from a legitimate concern that even those mergers that are likely to produce efficiencies may fail to do so.¹⁰⁸

Considerations for competitors rather than the process of competition is not uncommon to the European legal and economic thought which strongly influenced the EC competition law. Such considerations can be traced back to the influence of the Freiburg School of ordoliberalism¹⁰⁹ on the interpretation of EC competition rules. Ordoliberalist were concerned that anti democratic tendencies and excessive concentration of economic power were in a causal relationship, and thus large enterprises were distrusted. “Ordoliberal values did not rely on long term process of self –healing of the overall society. Instead they protect the individual economic freedom of action as a value in itself against any impairment of excessive economic power.”¹¹⁰ Beneficiaries of such thinking were small and medium sized enterprises.. Focus was “primarily humanistic rather than being rooted in efficiency or economic values”¹¹¹, a view somewhat still traceable in EC policies. It is difficult to make a clear cut answer whether it

mean strengthening a company that is already a leader. That’s a fundamental difference.” Shapiro, *Antitrust: Convergence or Divergence* - Roundtable discussion, Antitrust 18 (Fall 2001) at 7.

¹⁰⁶ Monti, M., *Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence*, Speech of November 14, 2001 Speech /01/540.

¹⁰⁷ Assertions that the EU policy treats efficiencies as offence more then defence led González-Díaz, head of the Unit of the EU Merger Task Force and the lead EC attorney on the GE/Honeywell to oppose strongly such assertions. Gonzalez – diaz stated: “the Commission opposed the GE/Honeywell deal because [...] it was likely to lead to foreclosure effects and ultimately to damage consumer welfare. The Commission has nothing against efficiencies, and has never prohibited or interfered with a deal that was shown to be likely to lead to significant efficiencies. We do not have an efficiency offence doctrine in Europe, and I completely disagree with anyone who claims that the heart or the core of our concerns in GE/Honeywell or in any other case was that the transaction was going to be procompetitive, in the sense that consumers were going to be better off.” González-Díaz, *Antitrust: Convergence or Divergence* – Roundtable discussion, Antitrust 18 (Fall 2001) at 8.

¹⁰⁸ This opinion has been expressed by the former EU Commissioner Mario Monti, who said that “contrary to the impression that is sometimes created, mergers do not always generate efficiencies. Indeed, many transactions fail to deliver the efficiencies they are billed as likely to achieve.” Monti., M., *Review of the EC Merger Regulation- Roadmap for the Reform Project*”, Speech of June 4, 2002, Speech 02/252.

¹⁰⁹ Whish R., *supra* note 9, p. 19; More on Ordoliberalism in Gerber, David J., *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS*, Oxford, 1998 chapter VII; also Gerber David J., *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition law and the new Europe* (1994) 42 American Journal of Comparative Law 25.

¹¹⁰ Venit James S., *Cooperation, Initiative and Regulation – a Cross Cultural Inquiry*, available at [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Venit.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Venit.pdf) p. 8.

¹¹¹ *Id.* citing Gerber, David J., *supra* note 108 at 36.

was the traditional socio-ethical attitude towards competition that underpinned the EC Commission decision or a different application of economic theories. Either way there is nothing shameful in a tradition rooted in fairness, and it should not be so easily denied.

Some commentators believe that a skeptical view towards efficiencies results from “a more static tradition that places greater confidence in the utility of governmental intervention in markets.”¹¹², and more importantly that it is a reflection of non-economic goals pursued by the Commission. It is suggested that while the US’ only antitrust goal is the protection of consumers’ welfare by ensuring the economic efficiency of the market, the EU pursues a number of goals, which besides the shared goal of protecting consumers’ welfare and ensuring the efficient functioning of the market, include as well, political and social goals.¹¹³ Historically, this was indeed the case.

The original goal of the European Union was uniting the Member States’ national economies into one, common, market. In the words one of the most eminent legal authorities, “market integration has been elevated in competition cases to an end in itself”¹¹⁴. At that time the merger control appeared to be very instrumental in achieving this goal, since it “seek[ed] to ensure that private companies do not erect private barriers to trade while governmental actors and institutions seek[ed], for political and economic motivations, to raze national barriers to trade.”¹¹⁵ For that reason, originally the EU adopted a more lenient policy towards business reorganizations, thereby stimulating the merging activity which in turn, facilitated the integration of the market. Once however, the market was considered to be integrated, steps towards the preservation of this market took place. Starting at that time and ever since, the EU has a tendency of protecting small and medium sized business believing that the participation of smaller businesses would ensure a competitive market and such competitive market would benefit consumers¹¹⁶ and would safeguard the pluralistic democracy. In the words of the former EC Competition Commissioner Karel Van Miert: “The aims of European Community’s competition policy are economic, political and social. The policy is concerned not only with promoting efficient production but also achieving the aims of the European treaties [...] To this must be added the need to safeguard a pluralistic democracy, which could not survive a strong concentration of economic power.”¹¹⁷

¹¹² *Id.* p. 27, referring to Tyson, L., *The New Laws of Nations*, N.Y.Times, July 14, 2001, at A 29.

¹¹³ See e.g. Ruffner, T. L., *The Failed GE/Honeywell Merger: The Return to Portfolio Effects Theory?*, DePaul Law Review, 2003, 52 DPLLR 1285 at 1302.

¹¹⁴ Ireland, D., Discussion Paper, *Interactions Between Competition and Trade Policies: Challenges and Opportunities*, Canadian Bureau of Competition Policy, Nov, 1992, 1-2.

¹¹⁵ Hochstadt E.S., *supra* note 97, at 319.

¹¹⁶ Schmitz S., *The EU Decision in GE/Honeywell*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2002, 23 UPAJIEL 539 at 543.

¹¹⁷ See Ruffner, T.L., *supra* note 112, fn. 117.

The fear of such concentration can be interfered from the statutory language of the 1989 Merger Regulation and its adoption of the “dominance test” for the assessment of mergers which was meant to keep market leaders from becoming even more dominant and prevent new mergers from creating such dominance. The idea of dominance was preserved in 2004 reform being the threshold of the newly introduced *substantial lessening of competition* test (SLC test).¹¹⁸ Even though the policy to promote small and medium sized businesses¹¹⁹ was rather consistent, on occasions concerns over the competitiveness of the European market with the American and Japanese markets influenced the merger review process. It was believed that the merger control system had the potential of being used to create Euro-champions which would be able to compete more effectively on the global market. Former Commissioner, Karel Van Miert expressly said that the EC industry “must be able to compete on the world stage” and competition policy must facilitate a “realignment and restructuring of industry”¹²⁰, which raised a legitimate concern that the Commission “may use its discretion in defining market dominance to encourage the development of large European corporations with the ability to match the large corporations in the US and Japan”.¹²¹ Moreover, considering the constant concerns of the Member States over their own national markets, on occasions political pressures were exercised to create national champions which would benefit particularly an individual country within the EU.

Looking at the past practice of the EU Commission, cases can be identified where these concerns transpired and consequently considerable balancing between competition policy goals and others such as industrial and social goals took place. The case *Aerospatiale – Alenia/de Haviland*¹²² from 1991 caused significant political controversy as it was believed to have been subject of political balancing between industrial and competition policy concerns. It was believed that the proposed merger would lead to the creation of a powerful Franco-Italian global competitor which would positively affect those states. Accordingly, the merger was supported by the French and Italian governments, that is, at that time the Commissioner for Industry and the President of the

¹¹⁸ Article 2 (2) and (3) of the 2004 Merger Regulation provide that a concentration which would not significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared compatible with the common market.

¹¹⁹ On protection of small and medium sized businesses see for e.g. Craig, Paul; De-Burca Grainne, *EU Law*, Oxford University Press, p. 891; Fox, E., M., *Toward World Antitrust and Market Access*, American Journal of International Law, 1997, 91 AM.J.Int'l L.2, at 2.

¹²⁰ See Davies J.; Lavoie C., *EEC Merger Control: A Half-Term Report Before the 1993 Review?* World Competition Law and Economics Review 1993, 16 WORLD COMPETITION L.& ECON. REV. 27, at 28.

¹²¹ See O'Toole T., P., *The Long Arm of Law' – European Merger Regulation and Its Application to the Merger of Boeing & McDonnell Douglas*, Transnational Lawyer, spring 1998, 11 TRNATLAW 203 at 221.

¹²² Case IV/M 53 *Aerospatiale – Alenia/de Haviland* [1991] O.J. L 334/42, [1992] 4 CMLR M2

Commission. They exercised considerable pressure to clear the deal even though it was found that it would lead to the creation of the dominant position which would operate as a significant impediment to competition.¹²³ The consideration of industrial policy goals and the political balancing arising thereof, is facilitated by the fact, that following the second phase of investigation, the final decision is made within a College of Commissioners, i.e. not only the Commissioner for Competition but all Commissioners responsible for other policy areas within the community. On this occasion the, Sir Leon Brittan, the Former Commissioner for Competition managed to push through a solely competition based decision and the merger was prohibited. Some years later however, in *Mannessmann/Vallourec/Ilva*¹²⁴, the Commissioner for Industry was more successful in promoting his views. In that case the Merger Task Force wanted to prohibit the merger on the grounds of collective dominance that would arise as a result, but the deal was strongly supported by the Commissioners responsible for industry and the result was a deadlock within the College of Commissioners. "Since the Commission had not voted to prohibit the merger, the decision was rewritten to avoid clearance by default (which would have occurred had the Commission failed to deliver a formal decision in time)."¹²⁵ The Commission denied such allegations claiming that what led to the deadlock, was the Commissioners' disagreement over the relevant market. This strong denial of industrial policy concerns in the case is, however, rather odd considering that just one year prior to this decision the Commission declared that "it is inconceivable that competition policy could be applied without reference to the priorities fixed by the Community" which include industrial policy and the environment and that "far from being the direct opposite of industrial policy, competition policy is an essential instrument, with clear complementarity between the two policies."¹²⁶

Besides cases in which industrial policy concerns were predominant, it is possible to observe cases where social considerations played an important role. In *Perrier*¹²⁷ case the Court of First Instance stated that in assessing whether a concentration is compatible with the common market, social effects of that operation has to be taken into consideration, referring to the thirteenth recital of the 1989 Merger Regulation which required that the Commission must place its appraisal within the general framework of the achievement of the fundamental objectives referred to in Article 2 of the Treaty, including that of strengthening the Community's economic and social cohesion, referred to in article 130a.¹²⁸ Similar considerations took place in the case *Kali und Salz*¹²⁹ where the

¹²³ Jones, A., Sufrin B., *supra* note 68, p. 799, fn. 353.

¹²⁴ Case IV/M 315 *Mannessman/Vallourec/Ilva*, O.J.L 102/15, 21/04/1994.

¹²⁵ Jones, A., Sufrin B., *supra* note 68, p. 800.

¹²⁶ Twenty-third Report on Competition Policy, 1993, 13, 14, 90-1.

¹²⁷ Case T-12/93, *Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel and Others v. Commission* [1995] ECR II-1247.

¹²⁸ *See id.* at 38- 39.

¹²⁹ Case IV/M 308, *Kali Salz/MdK/Treuhand*, OJ C 275/3, 03/09/1998.

Commission in the review process took into consideration the fundamental objective of strengthening the Community's social and economic cohesion. In this case, the Commission observed that the concentration would lead to a de facto monopoly, however it decided to clear the mergers on the grounds of the failing firm defense. It concluded that absent the merger one of the parties (MdK) would be forced to close its operation. The Commission, *inter alia*, observed that a foreclosure was likely to lead to serious consequences for the structurally weak regions of East Germany. On this ground the Commission rather approved the deal which would otherwise be considered detrimental for competition. On appeal, the European Court of Justice, however, stated that "while the objective of economic and social cohesion mentioned in Articles 2 and 3(j) [...] must be taken into account in assessing concentrations, it cannot in any case justify an authorization which frustrates the essential aim of Community control of concentrations, namely the protection of competition. Ultimately, the Commission could authorize the concentration by reference to the objective of economic and social cohesion only if the notifying undertakings had entered into precise and adequate commitments to open the relevant market to competition."¹³⁰ Even though the court with this decision gave precedence to competition policy goals, it nevertheless, accepted the consideration of social and economic cohesion in the assessment procedure.

Finally, a concentration that distorts competition by creation or strengthening of dominance may, under Article 21 (3) of the 1989 Merger Regulation, be precluded by an individual member State. Under Article 21 (3) Member States may take steps to protect legitimate interests which are not taken into consideration under the Merger Regulation. Legitimate concerns include public security, the plurality of media and supervision over financial and investment institutions, notwithstanding the Commission's exclusive jurisdiction to assess mergers with the Community dimension. Under the legitimate interests principle, a member state may prohibit or take other enforcement action against a merger that has been approved by the Commission under the Merger Regulation, but it cannot approve a merger already prohibited by the Commission not it can in any other way preempt enforcement action imposed by the Commission on competition grounds.¹³¹ Although rarely, this right was exercised on several occasions. For example, a legitimate interests involving public security was invoked the case *IBM France/ CGI* where the French authorities notified to Commission that it had taken measures in respect of two subsidiaries of CGI that worked for the French Ministry of Defense and were involved in a merger, previously cleared by the Commission.¹³²

¹³⁰ Joined cases C – 68/94 and C- 30/95, *French Republic v. Commission*, at 99.

¹³¹ Hawk, Huser, EUROPEAN COMMUNITY MERGER CONTROL: PRACTITIONER GUIDE, Kluwer Law International, 1996, p. 113; *See also*, Jones, C.; González-Díaz, E., THE EEC MERGER REGULATION, C. Overbury ed., 1992, p. 49.

¹³² Twenty- third Report on Competition Policy from 1993, para 321.

It is quite clear that even though the economic analysis did play a crucial role in the assessment of mergers, on occasions, other considerations and goals were considered and balanced against the pure competition goals.¹³³

The early development of the antitrust laws in the US was not very different. Originally, the main concern was the raising power of trust - giant company combinations – in response to which Sherman act was enacted. “After the enactment of the Sherman Act, there was considerable opinion in the United States that the interests of small businesses should play an important role and that it was Congress’ intention to protect those interests from too-mighty market players.”¹³⁴ This approach, which was promoted in the 1960’s, very soon became highly criticized by the so called Chicago School which quite the contrary promoted an antitrust policy whose exclusive goal would be maximization of consumer welfare equated with economic efficiency, and which should not be weighted against any other policy. According to the Chicago School, the determination of economic efficiency should arise from an economic analysis. Soon this view was supported by the American courts and incorporated in their assessment of mergers. Chicago School was supplemented by what is termed a Post-Chicago teaching, which recognized the risk of protecting competitors in the name of protecting competition, and elaborated an even more detailed economic assessment of mergers based on the game theory. A clean distinction was made, between harm to competitors that is harmful to competition and harm to competitors that is the result of competition. These new findings were implemented in the American antitrust assessment making US merger policy deeply rooted in the modern economic theory recognizing market efficiency as its only policy goal.

2.2. Shift in efficiency treatment in 2004.

It was the debate resulting from the outcome of the case *GE/Honeywell*¹³⁵ that induced the Commission to reconsider its treatment of efficiencies in the merger control. Even though in the aftermath of the public debate on *GE/Honeywell*, the Commission explicitly denied that it treats efficiencies as an

¹³³ The summarised case law indicating plurality of goals nicely fit the categorization of EC competition law goals recently offered by A. Jorge Padilla: Fairness goals (which include fairness, the protection of economic freedom, the protection of rivalry and the competitive process and the protection of small and medium-size firms); welfare and efficiency goals (which cover both of the principally discussed welfare objectives, i.e., the goal of consumer welfare and that of total welfare) and market integration goals (which deal with the goal of a single European market and the reduction of obstacles to cross-border trade). The author argues that EC should shift from fairness to welfare standard in its competition policy as US did in the past. See A. Jorge Padilla, *From Fairness To Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law*, available at [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Padilla-Ahlborn.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Padilla-Ahlborn.pdf).

¹³⁴ Schmitz S., *supra* note 115, at 546.

¹³⁵ Case COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell*, OJ L 48/1, 18/02/2004.

offence¹³⁶ it still decided to open a debate on the proper role of efficiencies in the EC Merger control. In the Green Paper published in 2001, the Commission stated that it is “aware of and supports the ongoing debate on how, and the extent to which, efficiencies should be taken into account in competition analysis” and accordingly it invited views as to the proper role and scope of efficiency consideration in the field of merger control.¹³⁷ There was a substantive amount of replies to the invitation of the Commission. Most of the respondents considered that the Commission “should, as part of a sound economics-based merger control policy, take efficiencies into account in conducting its analysis of the overall effects likely to be produced by a proposed merger”¹³⁸. The respondents agreed that the Commission lacked clarity about the precise consideration that should be given to efficiencies and stressed out that it had raised the issue of efficiencies on a very limited number of decisions. For that reason, it was advanced that the Commission should clearly articulate its views in the Guidelines.¹³⁹ As far as the role and scope of efficiency considerations are concerned, different views had been expressed. Some of the commentators felt that efficiency considerations ought to be taken into account only as an element in the overall assessment procedure, while others felt that they ought to be taken into account as a factor mitigating the finding dominance, i.e. they favored the articulation of an “efficiency defense” and explicitly ruling out the existence of the “efficiency offence”.¹⁴⁰ The latter group proposed efficiencies to be merger specific, i.e. efficiencies which can only be achieved via the merger and not by other means; to be passed on to consumers; and not to arise out of standard cost-savings synergies but such as to give raise to the reduction in the marginal cost of production which usually takes place with mergers whose efficiencies result

¹³⁶ The former EU Commissioner for Competition Policy, Mario Monti said: “ I would like to [...] refute the assertion that the European Commission, when dealing with conglomerate mergers, is in fact applying what was been dubbed an ‘efficiency offence’. Indeed, we distinguish clearly between – on one hand – mergers leading to price reductions that are the result of strategic behavior on the part of the dominant firm, the purpose of which is to eliminate or marginalize competitors with a view of exploiting consumers in the medium term, and – on the other – mergers which will objectively lead to significant and durable efficiency gains that are likely to be passed on to the consumer. [...] When the merging parties do not provide a clearly articulated and quantified defense in terms of efficiencies [...] it is much harder for an antitrust authority to clear the transaction that is likely to lead to foreclosure effects, because if foreclosure takes place and competitors are marginalized, there is no guarantee that the prices are going to be maintained at least over the medium and longer term, at the low level that the merged entity might strategically set them at in order to foreclose competition.”; Monti, M., *Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence*, *supra* note 105.; See as well Monti, M. *Review to the EC Merger Regulation – road map for the reform project*, *supra* note 107.

¹³⁷ Green Paper on the Review of the Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM (2001) 745/6 final, (hereinafter Green Paper), para 172.

¹³⁸ Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 (“Merger review”) – Summary of the replies received, European Commission, Competition DG (hereinafter Green Paper Summary of replies).

¹³⁹ *See id.* para 114-115.

¹⁴⁰ *See id.* para 119, 121, 125.

from technological development and innovation.¹⁴¹ Moreover, most of the respondents felt that the burden of proof should rest with the parties.¹⁴²

The Commission took many of the forwarded comments into consideration and adopted most of them. To begin with, the Commission introduced an entire section on efficiencies in the Merger Guidelines attempting to clarify its approach towards efficiencies and made explicit reference to efficiencies in the Recitals of the 2004 Merger Regulation. In the Recital 4 of the 2004 Merger Regulation, the Commission recognized that mergers may be in line with the requirements of dynamic competition and are capable of increasing the competitiveness of industry, thereby improving the growth and the living standard in the Community.¹⁴³ Moreover, in recital 29 it explicitly expressed that “in order to determine the impact of a concentration on competition in the common market, it is appropriate to take account any of substantiated and likely efficiencies put forward by the undertakings concerned”¹⁴⁴. The Commission recognized that it is possible that the efficiencies brought about by the concentration counteract the effects on competition that it might otherwise have, in particular the potential harm to consumers and in such a situation the Commission would find the concentration not to impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position.¹⁴⁵ This view is a dramatic change from its previous attitude towards efficiencies, as the Commission appears to be willing to balance the benefits of claimed efficiencies against their potential harm, allowing the possibility that the balance might be on the side of efficiency gains even in cases of finding dominance which was out ruled in its previous case law.¹⁴⁶ This general approach to efficiencies has been developed in the Merger Guidelines of 2004.

According to the Guidelines, in order to assess whether a merger would significantly impede competition, in particular through the creation or strengthening of dominance, the Commission will perform an overall analysis of competitive harm of the merger including the development of technical and economic progress provided that it is to consumers’ advantage and does not form an obstacle to competition.¹⁴⁷ The Commission thus took over the language of the 1989 Merger Regulation which indicates that it views the wording “technical and economic development” to be a sufficiently effective legal tool for properly addressing efficiencies in the merger context.

¹⁴¹ *See id.* para 120.

¹⁴² *See id.* para 122.

¹⁴³ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 76.

¹⁴⁴ 2004 Merger Regulation, *supra* note 6, recital 29.

¹⁴⁵ *See id.*

¹⁴⁶ On the appropriateness of existing theoretical foundations of the economic approach to efficiencies see more in Schmidt I.L.O. *The suitability of the more economic approach for competition policy: Dynamic vs. Static efficiency*, European Competition Law review 2007, E.C.L.R. 2007, 28 (7), 408-411.

¹⁴⁷ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 76, referring to Art. 2 (1) of the 2004 Merger Regulation taken over in its entirety from the 1989 Merger Regulation.

For the Commission to take account of efficiency claims and be in a position to decide that as a consequence of efficiencies there are no grounds for declaring the concentration under investigation to be incompatible with the common market, such efficiencies cumulatively have to benefit consumers, be substantial, timely, be merger specific, and verifiable.¹⁴⁸

As to the benefit to consumers, the Guidelines stress out that the relevant benchmark is that “consumers will not be worse off as a result of the merger” and for that purpose, efficiencies should be “substantial and timely and should, in principle, benefit consumers in those relevant markets where it is otherwise likely that competition concerns would occur”¹⁴⁹.

It is very interesting to note that this language does not seem to require a strict pass-on requirement as one would have expected. A condition in which the consumers are not any “worse off as a result of a merger” may indicate that the Commission will in the future be willing to consider those efficiencies which will be shared between consumers and producers as such an allocation of efficiency gains resulting from a potentially dominant position may be reflected on consumers in such a way as not to make them any worse off, but not necessarily any better off either. The wording introduced may open the door for developments in the area of efficiencies if the need may occur. In the context of international convergence that may be very well the case, because, as it has been stressed out in the comments to the Green paper, it seems that currently there is “no international consensus regarding how this public policy choice should be made”. Today there already are jurisdictions which allow a trade – off to be made between consumer and producer benefits, such as Canada and Australia¹⁵⁰, while others, such as EU, only allow efficiencies providing consumers benefits to be taken into account. The influence of the developments in the economic theory is crucial in the potential switch of view and as it stands, economists favor allowing a producer-consumer trade-off.¹⁵¹ For the time being, however, it is reasonable to expect that the Commission will in its analysis place considerably much more weight to efficiencies which will directly benefit consumers. This conclusion can be deducted from numerous statements made by the EU Commission¹⁵² and from the following interpretative paragraphs of the Merger Guidelines which emphasize that the direct benefit to consumers is a crucial factor in the positive consideration of efficiencies.¹⁵³

¹⁴⁸ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 78.

¹⁴⁹ *See id.* para 79.

¹⁵⁰ *See*, Green Paper summary of replies, *supra* note 137, para 124; *see also* Knable Gotts I., Calvin S., Goldman S., *supra* note 69, at 230-242.

¹⁵¹ *See*, Green Paper summary of replies, *supra* note 137, para 124.

¹⁵² *See e.g.* Monti, M., *supra* note 135; Commission Paper at the OECD Roundtable, *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OECD/GD (96) 65, p. 53.

¹⁵³ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 80 stress out that there is the “need to ascertain whether efficiencies will lead to a net benefit to consumers”; and para 84 stress out that the efficiencies have to be “passed on, to a sufficient degree, to the consumer”.

The Guidelines contemplate different kind of efficiencies that a proposed merger may generate. Among those that are likely to be positively assessed by the Commission, are cost savings in production or distribution that give the merged entity the ability and incentive to lower prices following the merger.¹⁵⁴ In this context, cost efficiencies that lead to reduction in variable or marginal costs are more likely to be relevant in the assessment of efficiencies than those which lead to a reduction in fixed costs, as the former ones are more likely to result in lower prices for consumers.¹⁵⁵ Besides the efficiencies originating from cost savings, the Commission considers as well those efficiencies that result from R&D and innovation, as the consumers may benefit from new or improved products and services.¹⁵⁶

As a general principle, the Commission will place emphasis only to efficiencies which are substantial. "This is consistent with Areeda, Hovenkamp & Solow's recommendation to ignore minor efficiencies on the basis that 'ordinary' efficiencies are already taken into account in that antitrust treats mergers more benignly than cartels, notwithstanding that both eliminate competition between previously independent companies."¹⁵⁷ To that extent, the Guidelines stress out that "greater the possible negative effects on competition, the more the Commission has to be sure that the claimed efficiencies are substantial, likely to be realized, and to be passed on, to a sufficient degree, to the consumer."¹⁵⁸ For that reason it is very unlikely that the Commission will positively assess efficiencies in the cases of mergers creating or strengthening a monopoly or near monopoly position in the relevant market.¹⁵⁹

Moreover, the efficiencies have to be timely, which means that the Commission will assign less weight to efficiencies that are expected to materialize later in the future.¹⁶⁰

Finally, in the context of benefit to consumers, the Guidelines state that the efficiencies should, in principle, benefit consumers in those relevant markets where it is otherwise likely that competition concerns would occur.¹⁶¹ In other words the Guidelines contemplate that "it will not be possible to trade off gains to consumers in one market against losses in a second market".¹⁶² This approach seems to be correct in principle, as allowing such a trade off would discriminate between two categories of consumers.¹⁶³ However, there may be occasions in

¹⁵⁴ See *id.* para 80.

¹⁵⁵ See *id.*

¹⁵⁶ See *id.* para 81.

¹⁵⁷ Alistar, L., *THE EC MERGER REGULATION: SUBSTANTIVE ISSUES*, Sweet and Maxwell, London, 2003, p. 441.

¹⁵⁸ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 84.

¹⁵⁹ See *id.*

¹⁶⁰ See *id.* para 83.

¹⁶¹ See *id.* para 79.

¹⁶² Alistar L., *supra* note 155, p. 447.

¹⁶³ See *id.* p. 447, fn. 5.

which such a trade off would be reasonable and more efficient, and those are situations when the merger gives raise to competition concerns in a small market and achieves gains in a much larger market.¹⁶⁴

The latter seems to be the approach taken by the US agencies and thus represents a point of divergence in treating efficiencies even after the EU merger control reform of 2004. The US Horizontal Merger Guidelines provide that: “the agency normally assesses competition in each relevant market affected by a merger independently and normally will challenge the merger if it is likely to be anticompetitive in any relevant market. In some cases, however, the Agency in its prosecutorial discretion will consider efficiencies not strictly in the relevant market but so inextricably linked with it that a partial divestiture or other remedy could not feasibly eliminate the anticompetitive effect in the relevant market without sacrificing the efficiencies in other markets. Inextricably linked efficiencies rarely are a significant factor in the Agency’s determination not to challenge a merger. They are most likely to make a difference when they are great and the likely anticompetitive effect in the relevant markets is small.”¹⁶⁵

Besides benefiting consumers, being substantial and timely, the efficiencies must as well be merger-specific and verifiable. Merger-specific efficiencies are those that are “a direct consequence of a notified merger and cannot be achieved to a similar extent by less anticompetitive alternatives”¹⁶⁶. The Commission will only consider alternatives which are reasonably practical, and not merely theoretical, taking in particular into account the established business practices in the industry concerned.¹⁶⁷ This approach is aligned with the US provisions, which similarly state that the “agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects [...] Only alternatives that are practical in the business situation faced by the merging firms will be considered.”¹⁶⁸

Finally, the efficiencies have to be verifiable “such that the Commission can be reasonably certain that the efficiencies are likely to materialize, and be substantial enough to counteract a merger’s potential harm to consumers”¹⁶⁹. The requirement is essential in the context of evaluating efficiencies as the efficiency claims are prospective and, as predictions, are inherently uncertain and often fail to materialize.¹⁷⁰ To that extent, where possible the information on the efficiencies and benefit to consumers should be quantified. “A quantitative analysis seeks to identify the *minimum required efficiencies* necessary to ensure (in case of a price standard) that the merger will not result in an increase in

¹⁶⁴ *See id.*

¹⁶⁵ US Merger Guidelines, *supra* note 123, section 4, fn. 36.

¹⁶⁶ EU Merger Guidelines, *supra* note 501, para 85.

¹⁶⁷ *See id.*

¹⁶⁸ US Merger Guidelines, *supra* note 47, section 4.

¹⁶⁹ EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 86.

¹⁷⁰ Alistar L., *supra* note 155, p. 442.

prices relative to the likely prices in the absence of a merger, and quantifies the *qualifying efficiencies* to determine whether the latter outweigh the former.”¹⁷¹ However, there are many occasions in which the necessary data are not available and in such cases “it must be possible to foresee a clearly identifiable positive impact on consumers, not a marginal one. In general, the longer the start of the efficiencies is projected in the future, the less probability the Commission may be able to assign to efficiencies actually being brought about.”¹⁷² It is upon the merging parties to provide all information necessary to demonstrate that the claimed efficiencies are merger-specific and likely to be realized.¹⁷³ The relevant evidence include in particular, “internal documents that were used by the management to decide on the merger, statements from the management to the owners and financial markets about expected efficiencies, historical examples of efficiencies and consumer benefit, and pre-merger external experts’ studies on the type and size of efficiency gains, and on the extent to which consumers are likely to benefit.”¹⁷⁴

In 2007 the treatment of efficiencies was once again addressed, this time in the Guidelines on non-horizontal mergers¹⁷⁵ which encompass judicial findings of relatively recent case law criticizing Commission’s assessment on conglomerate mergers and thus provides very useful information on the assessment criteria to be applied by the Commission. Guidelines recognize that non-horizontal mergers are generally less likely to distort competition¹⁷⁶ and that they provide substantial scope for efficiencies which is a big step in direction of convergence with the US standards of efficiencies to conglomerate mergers. The differences still persist. Namely, while the US almost does not prosecute conglomerate mergers as they are considered not to a threat to competition at all and thus were completely omitted from the Merger Guidelines which consequently in 1992 became Horizontal merger guidelines alone, the EU approached conglomerate mergers with much more caution. Non-horizontal Guidelines make cross-references to Horizontal Guidelines when it comes to efficiencies and thus it is to be concluded no special treatment in terms of efficiencies is granted for non-horizontal mergers. Rules appear to be complementary to those contained in Horizontal guidelines.¹⁷⁷

¹⁷¹ See *id.* p. 442-443; See also Dalkir and Warren- Boulton, *PRICES, Prices, Market Definition, and the Effects of merger Staples- Office depot (1997)*, published in Kwoka & White eds., *THE ANTITRUST REVOLUTION* (3rd ed. Oxford UP, 1999) p. 143.

0EU Merger Guidelines, *supra* note 7, para 86.

¹⁷³ See *id.* para 87.

¹⁷⁴ See *id.* para 88.

¹⁷⁵ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

¹⁷⁶ On that point see Bishop. S., Lofaro A., Rosati F., *Turning the Tables: Why vertical and conglomerate mergers are Different*, *European Competition Law Review*, 2006., E.C.L.R. 2006, 27 (7), 403-406.

¹⁷⁷ For a more comprehensive review of Non- horizontal merger guidelines see for e.g. Wija M., *EC Merger Control: Does more Economics Bring Increased Legal Certainty in the Assessment*

2.3. Policy differences might persist

It is a fact Commission did decide to devote an entire section on efficiencies in the newly introduced Horizontal Merger Guidelines, made explicit reference to efficiencies in the recitals of the new Merger Regulation and issued Non-horizontal guidelines addressing efficiencies and thereby aligned impressively its treatment with the US approach. Reading the numerous statements of the former EU Commissioner Mario Monti, one would assume that the EU indeed overtook the same purely efficiency driven approach, without interference of any other consideration.¹⁷⁸ However, legal convergence between jurisdictions always bares the risk of false appearances due to different meaning and values attributed to the same wording and more importantly due to differing historical context, policy considerations and differing economical and juridical assumptions¹⁷⁹ all of which rest at the bottom EU - USA differences.

To begin with, to the best of my knowledge there was no merger case excused on the grounds of efficiencies following the 2004 reform, which is alone an indicative fact. Furthermore, in the Horizontal Guidelines the Commission did not go as far as to adopt the US assumption that the main purpose of mergers is to create efficiencies. In the Recital 4 of the 2004 Merger Regulation, the Commission only recognized that mergers may be in line with the requirements of dynamic

of Conglomerate Mergers, International Trade Law & Regulation 2008, Int.T.L.R. 2008, 14 (3), 61-74; Svetlicinii A., *Assessment of the Non-horizontal Mergers: is There a Chance for Efficiency Defence in EC Merger Control*, European Competition Law Review 2007, E.C.L.R. 2007, 28 (10), 529-538; Bishop, S., *(Fore) closing the Gap: The Commission's Draft Non-horizontal Merger Guidelines*, European Competition Law Review 2008, E.C.L.R. 2008, 29 (1), 1-4; Alese F., *(Fore) closing the Gap: The Commission's Draft Non-horizontal Merger Guidelines- a Response to Simon Bishop*, European Competition Law Review 2008, E.C.L.R. 2008, 29(3), 196-200, Petrasincu A., *The European Commission's New Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers- Great Expectations Disappointed*, European Competition Law Review 2008, E.C.L.R. 2008, 29 (4), 221-228.

¹⁷⁸ The former Commissioner said that “[...]in substantive terms, our analysis is clearly grounded in sound economics and there is little to distinguish the approach we set out to that of our US counterpart agencies, including the possibility of taking efficiencies into account.” On another occasion the Commissioner said that much of the convergence between EU and US has been “the result of an organic process: we are both grappling with the same evolving economic realities and are both exposed to the same evolution in economic thinking.” Monti, M., *Antitrust in the US and Europe: a History of Convergence*, *supra* note 105.

¹⁷⁹ The elements of differentiation were drawn by Hawk in the context of article 82 to my mind equally applicable in the context of efficiency treatment in merger control. Hawk stated: “Differing historical contexts such as the greater role of public companies and state-created monopolies in the EU, differing policy considerations such as the EU’s traditional embrace of fairness, and differing underlying economic and juridical assumptions about, among others, market erosion and the capability of authorities and courts to identify and remedy anticompetitive conduct all explain the traditionally broader scope of Article 82 compared with Section 2.” Barry E. Hawk, “Article 82 and Section 2: Abuse and Monopolizing Conduct”, in Wayne D. Collins, ed., *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, forthcoming 2007. cited in Venit James S., “Cooperation, Initiative and Regulation – a Cross Cultural Inquiry”, available at [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Venit.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Venit.pdf) p. 12 fn 47.

competition and are capable of increasing the competitiveness of industry, thereby improving the growth and the living standard in the community.¹⁸⁰ Even though this view is a dramatic change from its previous attitude towards efficiencies - as the Commission appears to be more willing to balance efficiencies against their potential harm - some shade of doubt still lingers on considering that the former EU Commissioner Mario Monti, stated that “it is appropriate to maintain a touch of ‘healthy skepticism’ with regard to efficiency claims, particularly in relation to transactions which appear to present competition problems.”¹⁸¹ Moreover, some believe that the “explicit recognition of efficiencies as a mitigating factor of affirmative defense, would probably result in more harm than good. If seen as an affirmative defense, competition authorities will initially take a hostile position to an otherwise procompetitive transaction, and issues of proof might become overwhelming. Instead, the overall competitive assessment of a transaction should not be rigid, solely quantitative analysis, but a dynamic, quantitative and qualitative review. In order for this reform to take place, there must be a philosophical change in economic thinking.”¹⁸² Whether such predictions will indeed materialize and whether philosophical change in economic thinking, if necessary, will indeed take place is difficult to predict. This reservation is emphasized by the fact that the main point of concern, i.e. the diverging policy objectives, may still be a legitimate area of concern. Reading the recitals of the new Merger Regulation, it can be concluded that other policies may on occasions continue to play an important consideration in the merger analysis. Recital 2 of the Merger Regulation restates the Art. 4 (1) of the Treaty establishing the European Community, which provides that the activities of the Member States and the Community are to be conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition which is thus the main principle underlining the merger control system.¹⁸³ Within this broad principle, however, the Commission must place its appraisal within the general framework of the achievement of the fundamental objectives referred to in Article 2 of the Treaty establishing the European Community and Article 2 of the Treaty establishing the European Union.¹⁸⁴ Respectively these articles read: “The Community shall have as its task [...] to promote throughout the Community [...] a high level of employment and social protection, [...] a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States.” Similarly Article 2 of the Treaty establishing the European Union provides that it set itself, *inter alia*, the objective “to promote economic and social progress and a

¹⁸⁰ 2004 Merger Regulation, *supra* note 6, Recital 4.

¹⁸¹ Monti M., *Review of the EC Merger Regulation- Roadmap for the Reform Project*, *supra* note 107.

¹⁸² Hochstadt, E.S., *supra* note 97, at 386.

¹⁸³ 2004 Merger Regulation, *supra* note 6, Recital 2.

¹⁸⁴ *See id.* Recital 23.

high level of employment, and to achieve balanced and sustainable development, in particular through the creation of an area without internal frontiers, through the strengthening of economic and social cohesion [...].” Furthermore, recital 19 restates that the Merger Regulation is without prejudice to Article 296 of the Treaty, and does not prevent the Member States from taking appropriate measures to protect legitimate interests other than those pursued by the Merger Regulation, provided that such measures are compatible with the general principles and other provisions of Community law.¹⁸⁵ It is quite obvious that achieving the main goals of the Treaty is after all the most important aim and thus may override any other policy within the Union. “It would be a mistake, [therefore], to explain these differences with the assertion that the [EU] Merger Regulation reflects simply an arbitrary set of compromises. Rather it reflects a coherent set of policy choices drawn from the traditions of the EC.”¹⁸⁶

Conclusion

In this paper I have tried to give an answer to a question whether full convergence in treatment of efficiencies between EU and USA has been achieved through the developments in EC merger control rules. In order to approach this issue comprehensively, I made a comparative analysis of legislative history, judicial practice and more importantly of policy objectives underpinning the normative aspect of competition, with a view of encouraging the preservation of a typically European legal perspective.

Traditionally, the difference between the two jurisdictions has been quite substantive. While the US relatively early abandoned the pursuit of any other goal but pure economic efficiency, the EU traditionally pursued a number of economic, political and social goals in order to achieve the aims of the European Treaties. EU shifted quite substantively from the multiplicity of goals as well as its ordoliberalistic ideas visible in the early development.

Today the two set of rules seem to be in perfect alignment and yet the EU context surrounding the rules indicates some caution and reservation. It is unlikely the same rules will have the same epilogue in practice as there is a lot of room for different application of the same rules. The expected differences arise out of different significance and ideals attributed to the same words, differing historical context, policy considerations as well as legal and economical assumptions. Europe is unlikely to depart completely from its fairness based tradition, and rightly so as this is a worthy legal legacy.

I would like to conclude by invoking a nice analogy brought forward by Jams Venit in a broader context of competition law convergence: “Linguistically, we are in a situation analogous to the one described by Abraham Lincoln in his second inaugural address near the end of the north American Civil War when he

¹⁸⁵ *See id.*, Recital 19.

¹⁸⁶ Kauper, T., *supra* note 97 at 358.

noted of the two opposing sides that “both read the same Bible and pray to the same God; and each invokes His aid against the other....”¹⁸⁷

Summary

THE ROLE OF EFFICIENCIES IN MERGER CONTROL: COMPARATIVE EU-USA PERSPECTIVE

In more than one occasion a proposed transatlantic merger was cleared in one jurisdiction and prohibited in another. Opposing decisions may rest, *inter alia*, on different approaches towards efficiencies in merger appraisal. Essentially, the issue is whether potential efficiencies generated by a proposed merger should be treated as an offsetting factor in finding of anticompetitive concerns.

The author analyses the EU and USA approach towards efficiencies in merger appraisal, trying to answer the question whether full convergence on this issue has been achieved by the 2004 and 2007 reform of merger control rules in the EU. Although it can be observed that today the two approaches appear to be strikingly similar, the author argues that discrepancies may still persist, as the rules that have been formally aligned are most likely to be interpreted and applied differently in the two jurisdictions. To substantiate the argument the author performs an in depth analysis of respective legislative histories, policy objectives underpinning legal rules, and the existent legal practices likely to be applied to new rules.

Key words: *competition, merger control, efficiencies.*

Zusammenfassung

DIE ROLLE DER WIRKSAMKEIT BEI DER KONZENTRATIONS-KONTROLLE VON UNTERNEHMERN – KOMPARATIVE PERSPEKTIVEN DER EU UND USA

Mehrere Male begegnet man der Situation, dass transatlantische Konzentrationen in einer Jurisdiktion zugelassen wurden und in einer anderen verboten. Die widersprüchlichen Entscheidungen können u.a. auf der unterschiedlichen Rolle der Wirksamkeit bei der Beurteilung der Konzentration beruhen. Der Kern dieses Problems besteht in der Frage ob es zugelassen werden sollte, dass die potentielle Wirksamkeit der Konzentration deren möglichen antikompetiven Effekt überwindet.

¹⁸⁷ Venit James S. *supra* note 109 p. 13.

Die Autorin analysiert die Auffassung der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten von Amerika über die Wirksamkeit im Kontext der Konzentrationskontrolle indem sie versucht die Frage zu beantworten, ob mit der Reform der europäischen Regeln zur Konzentrationskontrolle von 2004 und 2007 eine völlige Konvergenz zwischen der EU und den USA erreicht wurde. Obwohl zu bemerken ist, dass deren Regeln heute sehr ähnlich sind, meint die Autorin, dass Unterschiede weiter bestehen könnten, da zu erwarten ist, dass die formal vereinheitlichten Regeln in beiden Jurisdiktionen unterschiedlich interpretiert und angewandt werden. Dieser Schluss wird aus der Analyse der Geschichte beider Gesetzgebungen gezogen, sowie der politischen Ziele, die die relevanten Rechtsregeln durchdringen und der bestehenden Praxis, die wahrscheinlich auf die neuen Regeln angewandt wird

Schlüsselwörter: *Marktwettbewerb, Konzentrationskontrolle, Wirksamkeit.*

Sommario

IL RUOLO DELLE EFFICIENZE NEL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI FRA IMPRENDITORI – PROSPETTIVA COMPARATA FRA UE E USA

In diverse occasioni ci siamo trovati dinnanzi a situazioni nelle quali una concentrazione di oltreoceano era consentita in una giurisdizione, mentre era vietata in un'altra. Del resto, decisioni contrastanti possono fondarsi sul differente ruolo delle efficienze in occasione della determinazione della concentrazione. Il nocciolo di questa questione consiste nel domandarsi se si debba permettere che le potenziali efficienze della concentrazione prevalgano sul suo possibile effetto anticompetitivo.

L'autrice esamina l'approccio dell'Unione Europea e degli Stati Uniti alle efficienze nel contesto del controllo delle concentrazioni, cercando di dare una risposta alla domanda se attraverso la riforma delle regole del controllo delle concentrazioni del 2004 e del 2007 sia stata raggiunta appieno una convergenza tra l'UE e gli USA. Sebbene si possa osservare che oggi le loro regole sono molto simili, l'autrice ritiene che le diversità potrebbero perdurare, giacché è prevedibile che le regole formalmente uniformate vengano interpretate ed applicate diversamente in queste due giurisdizioni. Si giunge a detta conclusione attraverso l'analisi delle storie legislative di queste due giurisdizioni, degli scopi politici che permeano regole giuridiche rilevanti, come pure dall'esame della prassi esistente, la quale verosimilmente verrà applicata alle nuove regole.

Parole chiave: *competizione di mercato, controllo delle concentrazioni, efficienza.*

SURADNJA DRŽAVA S MEĐUNARODNIM KAZNENIM SUDOM

Dr. sc. Marissabell Škorić, viša asistentica
Dr. sc. Sandra Fabijanić Gagro,
viša asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.492.2
Ur.: 16. lipnja 2008.
Pr.: 15. listopada 2008.
Izvorni znanstveni članak

Godine 1998., u cilju okončanja “kulture nekažnjavanja” počinitelja najtežih međunarodnih zločina te kao izraz dugogodišnjih težnji ostvarenju tog cilja i napora na njegovoj izradi, usvojen je Statut Međunarodnog kaznenog suda. Njegovim izglasavanjem započinje novo razdoblje u razvoju međunarodnog kaznenog prava. U osiguranju učinkovitog rada Suda značajnu ulogu ima upravo suradnja država s njime, kao temeljni predmet ovog rada. Ta se suradnja može promatrati dvojako – kao suradnja država stranaka Rimskog statuta, ali i kao nužnost i obveza suradnje država koje nisu njegove stranke. U radu će autori nastojati analizirati pravne osnove i sadržaj obveze suradnje sa Sudom, kako stranaka, tako i država koje nisu stranke Rimskog statuta te pravne posljedice nesuradnje. Osobita pozornost posvećena je i slučaju upućivanja predmeta Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, u svjetlu praktičnog primjera (ne)suradnje Sudana sa Sudom.

Ključne riječi: *Međunarodni kazneni sud, Rimski statut, suradnja, države stranke Rimskog statuta, države koje nisu stranke Rimskog statuta.*

I. Uvod

Nakon desetljeća pregovora, konačno je krajem 90-ih godina prošlog stoljeća postignuta suglasnost oko stvaranja stalnog međunarodnog kaznenog suda, što možemo smatrati početkom novog razdoblja u razvoju međunarodnog kaznenog prava.¹ S obzirom na svijest da su “tijekom dvadesetog stoljeća milijuni djece,

¹ Nakon Drugog svjetskog rata i prestanka rada vojnih tribunala u Nürnbergu i Tokiju, intenzivniji rad na osnivanju međunarodnog kaznenog suda odvijao se u okviru Ujedinjenih naroda. Već je u Povelji Ujedinjenih naroda (v. članak 1. stavak 1. Povelje UN) istaknuta važna uloga koju međunarodno pravo ima u očuvanju međunarodnog mira i sigurnosti. Svojim radom na kodifikaciji postojećih i progresivnim razvojem novih međunarodnih pravila Ujedinjeni narodi su dali čvrste temelje za uspostavu Međunarodnog kaznenog suda. O svim aktivnostima koje su

žena i muškaraca bili žrtvama nezamislivih okrutnosti koje su duboko potresale savjest čovječanstva”,² ustanovljen je sustav kaznene pravde usmjeren na sprječavanje, odvracanje i kažnjavanje najtežih kaznenih djela koja se tiču međunarodne zajednice. Središte je tog sustava Međunarodni kazneni sud, stalna sudska institucija čija je primarna zadaća borba protiv kulture nekažnjavanja zločina na međunarodnoj razini. Projekt stvaranja Međunarodnog kaznenog suda po nekim je autorima projekt tisućljeća – u enormnosti vizije, energije i napora, veličini ambicije i širini djelokruga.³ Taj Sud predstavlja prvi međunarodni kazneni sud koji bi bio univerzalan i nadležan za najteže zločine predviđene međunarodnim pravom, stoga je njegovo osnivanje svakako jedan od najznačajnijih događaja u suvremenom međunarodnom pravu.

Stupanjem Rimskog statuta na snagu, 1. srpnja 2002. godine, Sud je mogao formalno započeti s radom, čime se pozornost javnosti okreće praktičnim pitanjima njegova funkcioniranja. Ono što je bitno naglasiti s gledišta ovog rada jest činjenica da u osiguravanju normalnog i učinkovitog djelovanja Suda (osim popunjavanja organizacijske strukture i rješavanja pitanja proračuna), ključnu ulogu ima suradnja i pomoć država. Iskustva međunarodnih kaznenih *ad hoc* tribunala pokazuju kako veoma moćan oblik nadzora država nad sudom proizlazi iz njihova međusobna odnosa u pogledu međunarodne suradnje i pomoći.⁴ Međunarodni kazneni sud ovisan je o suradnji država u pogledu ostvarenja svojih primarnih funkcija. Za razliku od kaznenih sudova u nacionalnim pravnim porecima koji se oslanjaju na prinudne mjere, čije im provođenje osigurava domaće pravo, Međunarodni kazneni sud nema policiju i ne može izravno provoditi prinudne mjere nad pojedincima. Tako ne može sam provoditi istrage, uhićenja i premještanja osoba u sjedište Suda, kao ni utjecati na svjedoke u davanju iskaza pred Sudom. U ovakvim situacijama, Sud u potpunosti ovisi o suradnji država. Osim toga, za razliku od slučajeva, koji se vode pred nacionalnim sudovima, gdje se svi dokazi nalaze unutar područja određene države, a samo iznimno izvan njenog područja, u slučaju Međunarodnog

prethodile njegovu osnivanju detaljnije v. u: Josipović, Ivo, Rimski statut i njegova implementacija u: Josipović, I. et. al, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb, 2001., str. 28 – 73.

² Preambula Statuta Međunarodnog kaznenog suda (u daljnjem tekstu: Rimski statut), stavak 2.

³ Goldstone, J. Richard & Fritz, Nicole, “In the Interests of Justice” and Independent Referral: The ICC Prosecutor’s Unprecedented Powers, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000., str. 666.

⁴ Bivša tužiteljica *ad hoc* tribunala, Louise Arbour izjavila je “*the taxing experience of my Office suggests that it is more likely that the Prosecutor of the permanent Court could be chronically enfeebled by inadequate enforcement powers combined with a persistent and widespread unwillingness of States Parties to cooperate*”. Louise M. Arbour, Statement to the Preparatory Commission on the Establishment of an International Criminal Court, December 8, 1997., *ICTY Yearbook*, 1997., str. 230. Predsjednica McDonald predviđa da “*the issue that will make or break the (ICC) relates to State cooperation/compliance*”, Gabrielle Kirk McDonald, An Effective International Criminal Court: The Principal Legal Concerns, Remarks Made at the Aspen Institute Justice and Society Programme, March 8, 1998., *ICTY Yearbook* 1998., str. 403.

kaznenog suda svi se dokazi nalaze negdje “vani”. Bez pomoći država u prikupljanju i osiguravanju dokaza, uhićenjima osumnjičenika i izvršenju presuda, (a koje aktivnosti su ključne za pravedno i efikasno ostvarivanje pravde), Sud ne može učinkovito djelovati. Stoga moramo naglasiti kako izvršenje njegove zadaće u velikoj mjeri ovisi o djelokrugu i stupnju suradnje s državama. Spremnost država na suradnju i udovoljavanje zahtjevima Suda, ključ je i osnova za njegovo učinkovito funkcioniranje.

U radu će se analizirati pravna osnova i sadržaj obveze suradnje država sa Sudom te pravne posljedice nesuradnje. Pri tomu će se imati u vidu, kako je Međunarodni kazneni sud nastao temeljem međunarodnog ugovora, koji predstavlja pravnu osnovu obveze država suradnje suradnje s njime. Temeljno pravilo prava ugovora je stvaranje prava i obveze iz ugovora isključivo za države stranke.⁵ Kao rezultat tog pravila, za zaključiti je da Rimski statut ne može stvarati obveze bez izričitog pristanka države koje nisu njegove stranke. Ipak, stvaratelji Rimskog statuta bili su svjesni važnosti suradnje svih država sa Sudom te su predvidjeli mogućnost da i države koje nisu stranke Rimskog statuta sa Sudom surađuju. Tako države mogu naknadno prihvatiti nadležnost Suda za pojedini slučaj ili, pak sklopiti poseban *ad hoc* sporazum sa Sudom. Osim ovih, na dobrovoljnom pristanku država zasnovanih obveza suradnje sa Sudom, zasebno će se raspraviti i posebna pitanja stvaranja obveze suradnje za sve države svijeta, dakle i one koje prethodno ni na koji način nisu izrazile svoju spremnost i suglasnost da surađuju sa Sudom. U tom će se kontekstu razmotriti okolnost upućivanja pojedinog slučaja Sudu od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, ali i pozivanje na pravila općeg običajnog međunarodnog prava, kao valjanih temelja obveze država za suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom.

II. Obveza država stranaka na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom

Međunarodni kazneni sud ustanovljen je temeljem ugovora koji predstavlja pravnu osnovu obvezi država na suradnju sa Sudom. S obzirom na temeljno pravilo prava ugovora, *pacta sunt servanda*, podrazumijeva se da su nakon stupanja na snagu Rimskog ugovora, države ugovornice obvezne surađivati sa Sudom u dobroj vjeri na način i pod uvjetima izloženim u Statutu.⁶ To znači da Međunarodni kazneni sud može tražiti suradnju države samo ukoliko je ona pristupila Statutu i prihvatila nadležnost Suda. To je temeljni preduvjet za udovoljavanje zahtjeva Suda, u skladu s odredbama njegova Statuta.⁷ Zahtjev

⁵ U skladu s člankom 34. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, kao i načelom *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 16/1993.).

⁶ Države stranke moraju svaki ugovor koji je na snazi izvršavati u dobroj vjeri (članak 26. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora).

⁷ Do lipnja 2008. godine sveukupno 106 zemalja pristupilo je i ratificiralo Rimski Statut. Posljednja zemlja koja je to učinila bio je Madagaskar. Više podataka o strankama Rimskog statuta

državama strankama upućuje Ured tužitelja ili Tajnik, ovisno o tomu radi li se o slučajevima kada tužitelj traži suradnju s državom ili je takav zahtjev uputilo pojedino Vijeće suda (žalbeno, sudsko ili predraspravno). Zahtjev za suradnjom može se uputiti državama strankama diplomatskim ili drugim odgovarajućim putem, kojeg će svaka država stranka odrediti nakon ratifikacije, prihvata, odobrenja ili pristupa Statutu,⁸ ili Međunarodnom organizacijom kriminalističke policije ili neke druge odgovarajuće regionalne organizacije.⁹

Do danas su tri države stranke (Uganda, Kongo i Srednjoafrička Republika) uputile predmete Sudu. Ti su predmeti trenutno u različitim fazama postupka.¹⁰

2.1. Pregled sadržaja obveze države na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom

U pogledu sadržaja obveze država na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom središnje mjesto zauzimaju odredbe Dijela 9. Rimskog statuta, koji nosi naziv *Međunarodna suradnja i sudska pomoć*. Dio 9. Statuta sadrži tri kategorije odredbi: opće odredbe u odnosu na svaki zahtjev za pomoć, odredbe koje se odnose na zahtjeve za predaju i odredbe u odnosu na ostale oblike suradnje.¹¹

dostupno na: <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>.

⁸ Pitanje alternativnih putova uz diplomatske bilo je predmetom diskusija u PrepComu (engl. *Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*). Pojedine su se države zalagale za isključivo tradicionalne komunikacijske kanale uobičajene u odnosima između država, dok su druge zahtijevale uključivanje i drugih načina koji se već mogu naći u novijim ugovorima o pravnoj pomoći i ekstradiciji. Usvojeno rješenje predstavlja kompromis koji je dao primat diplomatskim putovima, ali i dopustio državama predviditi i druge načine komunikacije.

⁹ Interpol, koji se koristi za prijenos zahtjeva za izručenje, posebice hitnih zahtjeva za uhićenje, prepoznat je kao važna alternativa za Sud, posebice u hitnim okolnostima. Neke države (većina koja je bila protiv uvođenja alternativnih putova komunikacije) nisu bile za uključivanje Interpola u Statut. Ponovno je usvojeno kompromisno rješenje. Države stranke mogu, kada je to svrhovito i ne proturječi odredbi članka 87. stavka 1. točke (a), uputiti zahtjev za suradnju preko Interpola ili neke druge regionalne organizacije.

¹⁰ Primjerice, slučaj koji je trenutno u raspravnoj fazi (*trial phase*) je *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06. Slučajevi koji su u predraspravnoj fazi (*pre-trial phase*) pred Sudom: *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06; *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07; *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05. U predraspravnoj fazi je i predmet *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* ("Ali Kushayb"), ICC-02/05-01/07, kojeg ćemo posebno spomenuti u nastavku, v. više u poglavlju 3.2.

¹¹ Sve odredbe nisu uvijek raspoređene po nekom logičnom redoslijedu, pa tako opće odredbe nalazimo ne samo na početku Dijela 9. u člancima 86. i 88., nego također i na kraju tog dijela – u člancima 97., 98. stavku 1. i 100. Odredbe koje se odnose na predaju također su raspoređene niz cijelog Dijela 9. (članci 89. – 92., 98. stavak 2., 101.-102.). Kreß, Claus; Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika; Wilkitzki Peter, *International Cooperation and Judicial Assistance, Preliminary Remarks*, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1049 – 1050.

Međutim, različite obveze država u odnosu na Međunarodni kazneni sud mogu se naći i u ostalim odredbama Statuta.¹²

Opća obveza na suradnju sadržana je u odredbi članka 86. Rimskog statuta koja državama strankama nameće obvezu da u potpunosti surađuju sa Sudom u istragama i kaznenom progonu za kaznena djela iz njegove nadležnosti. Ova opća odredba precizirana je ostalim odredbama Statuta iz kojih proizlazi kako Međunarodni kazneni sud može tražiti od država različite oblike pomoći koji su podijeljeni u dvije grupe. Prvu čini samo jedan oblik suradnje – predaja osobe Sudu, dok su u drugoj grupi svi ostali oblici suradnje.

Predaja osobe Sudu, jedna je od ključnih obveza država stranaka za uspješno funkcioniranje Suda.¹³ Članak 89. stavak 1. sadrži glavnu obvezu država stranaka da udovolje zahtjevu Suda za uhićenjem i predajom osobe.¹⁴ Tijekom pregovora glavno je pitanje bilo trebaju li se predvidjeti osnove za odbijanje zahtjeva za predajom osobe.¹⁵ Prijedlog Nacrta statuta kojeg je izradio *PrepCom*, sadržavao je prilično dugu listu osnova za odbijanje i svaka od njih bila je predmetom intenzivne diskusije.¹⁶ Na kraju ni jedna takva osnova nije zadržana *stricto sensu*, što obvezu na predaju čini jednom od najstrožih. Ipak, dane su neke mogućnosti za slučajeve kada neki drugi interesi mogu biti u sukobu s obvezom na predaju osobe sudu.¹⁷ Stoga, da bismo dobili precizan okvir obveze na predaju moramo uz članak 89. stavak 1. imati u vidu i ostale odredbe Rimskog statuta. Tako je dopušteno zamoljenoj državi odgoditi izvršenje zahtjeva u slučaju da je u tijeku postupak donošenja odluke Suda o dopuštenosti pokretanja ili vođenja postupka.¹⁸ Rimski statut predviđa i različite mogućnosti za zamoljenu državu u slučaju (stvarnog ili prividnog) sukoba obveza.¹⁹

¹² Tako, primjerice u skladu s člankom 55., države imaju obvezu zaštititi različita prava osoba pod istragom. Članak 59. sadrži niz obveza države u odnosu na postupak uhićenja unutar njihove nadležnosti. Članak 70. obvezuje države stranke na kažnjavanje kaznenih djela protiv pravosuđa Suda. Dio 10. Statuta sadrži niz obveza država u vezi s izvršavanjem presuda.

¹³ Praksa Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju pokazala je kako je pitanje uhićenja osumnjičenika i njihovo izručenje jedno od najspornijih obveza država. Upravo je pitanje izručenja osumnjičenika bio glavni problem za početak uspješnog funkcioniranja Tribunala, na što je upozorila i Luise Arbour, jedna od glavnih tužiteljica tog tribunala.

¹⁴ Sud može dostaviti zahtjev svakoj državi na čijem bi se području mogla naći osoba na koju se zahtjev odnosi – i državama strankama i onima koje to nisu.

¹⁵ Hrvatska delegacija je na Rimskoj konferenciji predložila odredbu kojom bi države bile obvezne izručiti okrivljenike bez obzira na eventualne zapreke u domaćem zakonodavstvu. V. dokument A/CONF.183/C.1/WGIC/L.9 od 29. srpnja 1998.

¹⁶ V. U.N.Doc.A/CONF.183/2/Add.1, u: Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Court: Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference*, 1998., str. 100 – 101.

¹⁷ O rješenjima usvojenim u implementacijskom zakonodavstvu Kanade, Velike Britanije i Švicarske v. u: Oosterveld, Valerie, Perry Mike, McManus John, *The Cooperation of States with the International Criminal Court*, *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001. – 2002., str. 775 – 786.

¹⁸ Detaljnije o osnovama za odgodu pomoći v. Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, *Article 94; Article 95*. u: Triffiterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1119 – 1124.

¹⁹ V. članke 90. i 98.

Članak 93. stavak 1. Rimskog statuta, predviđa detaljnu i široku listu oblika pravne pomoći koju su države stranke dužne pružiti tužitelju, odnosno Sudu na njihov zahtjev. Ova odredba upućuje da države moraju izvršavati zahtjev Međunarodnog kaznenog suda za pružanjem sljedećih oblika pomoći: utvrđivanje istovjetnosti te pronalaženje osoba i predmeta; izvođenje dokaza, uključujući i svjedočenje pod prisegom, pribavljanje dokaza uključujući vještačenja i mišljenja vještaka potrebna Sudu; ispitivanje bilo koje osobe pod istragom ili kaznenim progonom; pribavljanje isprava, uključujući sudske isprave; omogućavanje dragovoljnog dolaska pred Sud osoba u svojstvu svjedoka ili vještaka; privremeni smještaj pritvorenih osoba; očevid mjesta ili lokacija, uključujući ekshumaciju i očevide grobišta; izvršenje pretrage i zapljene; pribavljanje zapisnika i isprava, uključujući službene zapisnike i isprave; zaštitu žrtava kaznenih djela i svjedoka te osiguranje dokaza; identifikaciju, praćenje, zadržavanje te zapljenu imovinske koristi, vlasništva te sredstava pribavljenih kaznenim djelom radi mogućeg oduzimanja, bez učinka na prava trećih osoba stečenih u dobro vjeri. Osim toga, prepoznata je i nužnost korištenja drugih oblika pomoći koji nisu eksplicite nabrojani u katalogu. Naime, odredba članka 93. stavka 1., sadrži i obvezu država da Sudu pruže sve ostale oblike pomoći, koji nisu zabranjeni u pravu zamoljene države a kojima se omogućuje istraga i kazneni progon djela iz nadležnosti Suda. Ovom se odredbom željelo obuhvatiti različite oblike pomoći koji mogu biti traženi u pojedinom slučaju. Međutim, kako priroda obveze nije određena, ne bi bilo prikladno postaviti opću obvezu državi da udovolji takvom zahtjevu. Zato je država dužna udovoljiti zahtjevu samo ako ono što se traži nije zabranjeno njezinim nacionalnim pravom.

Predviđeni oblici pomoći mogu se tražiti ukoliko su u vezi s istragom ili kaznenim progonom. Naime, iako Sud može tražiti pomoć na širokoj osnovi i tražiti udovoljenje zahtjevima, koji se ne odnose na istragu i kazneni progon, (primjerice, zaštita svjedoka) i država je temeljem članka 86. obvezna udovoljiti zahtjevu, specifične obveze iz ove odredbe ograničene su na istragu i kazneni progon. Nameće se pitanje kako istragu i kazneni progon treba tumačiti i kako to može utjecati na obvezu suradnje? Razmatrajući članke 86. i 93. Rimskog statuta, možemo zaključiti da ne predviđaju ni jednu obvezu u pogledu izvršenja presude. Članak 109. Statuta, nameće obvezu državama strankama davati učinak novčanim kaznama i mjerama oduzimanja imovine koje je izrekao Sud. Ta je obveza s jedne strane prekrivena člankom 86., koji se odnosi na Statut u cjelini, ali s druge prelazi djelokrug te odredbe, jer je izvan "istrage i kaznenog progona". Ovo nije sretno stilizirana odredba. U praksi, problem će vjerojatno biti riješen davanjem šireg tumačenja "kaznenog progona", praktično uključujući svaki aspekt djelovanja Suda.²⁰

²⁰ Moramo zabilježiti da je postojala namjera većine delegacija u Rimu stvaranje obveze suradnje u pogledu svakog stadija kaznenog postupka. Mochochoko, Phakiso, International Cooperation and Judicial Assistance, u: Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, 1999., str. 307.

Zanimljivo je promotriti odnos opće odredbe (članak 86.) i posebnih odredbi (članci 89. i 93.) u odnosu na pitanje može li opća obveza iz članka 86. imati prednost pred određenim obvezama iz članka 89. i 93.? Statut Međunarodnog kaznenog suda ima za cilj urediti sva pitanja (uključujući i ona koja se odnose na suradnju), što je moguće detaljnije. Stoga je odnos između ovih odredaba pravilnije gledati kao *lex specialis derogat legi generali*, što bi značilo da određene obveze predviđene drugim odredbama ne mogu biti mijenjane pozivanjem na opću obvezu na suradnju u članku 86.²¹

U međudržavnoj suradnji, postoje dva osnovna načina osiguravanja suradnje i pomoći u kaznenim stvarima. U skladu s prvim, nadležna tijela zamoljene države provode istrage, prikupljaju dokaze, saslušavaju svjedoke i izvode ostale radnje u cilju udovoljavanja zahtjevu za druge države. Drugi način ostvarivanja suradnje je dopuštanje zamoljene države nadležnim tijelima druge države da na njenom području provode određene radnje, primjerice, ispitivanje svjedoka ili istraga na licu mjesta. Iako drugi način suradnje značajno i ubrzano dobiva na važnosti, posebice u okvirima regionalne suradnje, ipak je bitno naglasiti da u praksi većine država još uvijek preteže prvi način ostvarivanja i pružanja međunarodnopravne pomoći u kaznenim stvarima. Nacionalna zakonodavstva pojedinih država malim brojem odredbi uređuju pružanje takve vrste pomoći. Analizom članka 93. Rimskog statuta, možemo doći do zaključka da o nacionalnim zakonodavstvima zamoljenih država ovisi koji će se način suradnje dopustiti Međunarodnom kaznenom sudu.²²

2.2. Osnove za odbijanje zahtjeva tužitelja

Kompleksnost određivanja sadržaja obveze na suradnju prema Statutu Međunarodnog kaznenog suda leži u postojanju niza osnova u Statutu, temeljem kojih države stranke mogu odbiti izvršenje određene radnje pravne pomoći predviđene u članku 93. stavku 1.²³ Iz okolnosti da Statut Međunarodnog kaznenog suda predviđa osnove za odbijanje, možemo zaključiti da izvan tih osnova države ne mogu odbiti pomoć. *Kress i Prost* drže da vrlo pažljivo određenje djelokruga obveza na suradnju tijekom rimskih pregovora jasno ide u tom pravcu.²⁴ *Sluiter*, s druge strane, drži da to gledište nije u skladu sa sustavnim tumačenjem Statuta. Obveza konzultacija, kako je izražena u članku 97. Rimskog statuta, nije nužno ograničena na probleme u pogledu izvršavanja

²¹ Sluiter, Göran, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Antwerpen, Oxford, New York, 2002., str. 156.

²² Swart, Bert, *International Cooperation and Judicial Assistance* u: Cassese, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, vol. II, str. 1597.

²³ Nacrt statuta PrepComa sadržavao je čak 11 osnova za odbijanje suradnje.

²⁴ Do takvog zaključka došli su promatrajući Rimski statut, poglavito njegov 9. dio, kao autonoman sustav pravila (engl. *self-contained regime*). Kreß, Claus; Prost, Kimberly, *Article 87: Requests for cooperation: general provisions*, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1066.

zahtjeva u odnosu na osnove za odbijanje izražene u Statutu.²⁵ Oni koji su izrađivali Statut nisu mogli predvidjeti sve probleme koji se mogu javiti u praktičnoj primjeni režima pravne pomoći Međunarodnog kaznenog suda. Države mogu, temeljem članka 97., podnositi prigovore na izvršavanje zahtjeva, a Sud treba ustanoviti legitimnost tih prigovora. Pri tomu može biti primijenjen isti onaj test koji je bio primijenjen i od Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju.²⁶

Sudski nadzor nad odbijanjem suradnje jamči članak 119. Rimskog statuta, a osnove odbijanja su predmet sudskog preispitivanja. Pri tomu Sud mora tumačiti odredbe Statuta u skladu s njihovim uobičajenim značenjem i u svjetlu njihovog cilja i svrhe.

2.2.1. Protivnost zahtjeva postojećem temeljnom pravnom načelu opće primjene

Odredba članka 93. stavka 3., dopušta državama odbijanje pomoći, osim predaje, ako je izvršenje zahtjeva zabranjeno pravom te države zbog “*postojećeg temeljnog pravnog načela opće primjene*”. Prije odbijanja pomoći država je obvezna konzultirati se sa Sudom i zajedno s njime pokušati pronaći prihvatljivo rješenje. U tom smislu kao rješenje se nudi i modificiranje zahtjeva Suda kako bi udovoljio zahtjevima temeljnih pravnih načela zamoljene države.

Glavno pitanje na koje moramo dati odgovor jest što se podrazumijeva pod “*postojećim temeljnim pravnim načelom opće primjene*”.²⁷ “*Postojeći*” znači da

²⁵ U skladu s odredbom članka 97. Rimskog statuta, ako država stranka primi zahtjev za pomoć ili suradnju i utvrdi postojanje problema koji bi mogli otežati ili spriječiti njegovo izvršenje, ona neće odbiti zahtjev. U tom slučaju država stranka ima dužnost savjetovati se sa Sudom bez odlaganja u cilju rješavanja stvari. Vrste problema koji se mogu pojaviti u odnosu na zahtjev uključuju: a) nedostatak obavijesti potrebnih za izvršenje zahtjeva, b) nemogućnost pronalaženja tražene osobe ili c) okolnosti da izvršenje zahtjeva u njegovom trenutnom obliku iziskuje od zamoljene države kršenje ranije ugovorene obveze prema nekoj drugoj državi.

²⁶ Tako je Raspravno vijeće u slučaju *Blaškić* zaključilo sljedeće: “*U procjeni vrijednosti prigovora, Tribunal mora razmotriti dva temeljna interesa: interes u podržavanju interesa nacionalne sigurnosti država i interes dobivanja pristupa dokaza ključnih za kazneni progon ili obranu u slučaju koji se odnosi na teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.*” Decision on the Objection of the Republic of Croatia to Issuance of *Subpoenae Duces Tecum*, Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-T, 18 July 1997 (u daljnjem tekstu: *Blaškić subpoena decision*, T. Ch.), stavak 149. Ovaj se slučaj odnosi na pribavljanje dokaza, ali procjenjivanje interesa može se primijeniti na svaki zahtjev za pomoći. Sluiter, Göran, op. cit., str. 160.

²⁷ Sluiter navodi da francuski termin *ordre public* ne treba prevoditi kao javni poredak, već kao upućivanje na temeljna pravna načela. U određivanju može li *ordre public* značiti legitimnu osnovu za odbijanje pomoći, analizira njegov sadržaj na način da posebno obrađuje različite dimenzije *ordre public* kao osnove za odbijanje. Prva je dimenzija čisto nacionalna. Ona podrazumijeva odbijanje pomoći jer bi izvršenje zahtjeva moglo kršiti isključivo domaća pravna načela. Druga je dimenzija odbijanje pomoći jer bi izvršenje zahtjeva kršilo temeljna pravna načela koja imaju izvor u međunarodno zaštićenim ljudskim pravima. Konačno, *ordre public* također može biti korišten kao osnova odbijanja pomoći jer kazneni postupak u čiju korist se traži pomoć nije u skladu sa standardima pravičnosti zamoljene države ili onima nametnutim instrumentima o ljudskim pravima. Međunarodni kazneni sud je temeljem članka 93. stavka 3. prihvatio isključivo nacionalni *ordre public* kao osnovu odbijanja. Sluiter, Göran, op. cit., str. 180 – 187.

načelo mora već postojati prije nego država zaprimi zahtjev Suda, tj. ono se ne može uvesti retroaktivno. Kada ne bi bilo ovog ograničenja, zamoljena država mogla bi donijeti novo zakonodavstvo s ciljem zabrane određene istražne radnje u odnosu na Sud. Načelo mora biti “*temeljno*”; ne smije se raditi o odredbi pretežitog tehničkog karaktera. U temeljna načela ulazile bi odredbe kojima se zaštićuju osobna prava ili prava obrane građana u kaznenom postupku. “*Opća primjena*” znači da pozivanje na nacionalna načela kao osnove za odbijanje ne smije biti ograničeno samo u pitanju Suda, odnosno da se to načelo primjenjuje u domaćoj praksi, a ne samo u kontekstu odnosa države i Suda.²⁸

Temeljna pravna načela u većini će se nadležnosti podudarati s normama o ljudskim pravima i općim načelima prava. U skladu s člankom 21. Rimskog statuta, Sud je obvezan poštivati ljudska prava i opće načela prava. Stoga, ukoliko bi država primila zahtjev Suda čije bi izvršavanje kršilo temeljna ljudska prava ili opća načela prava, može se pozvati na članak 21. Statuta, bez potrebe pribjegavanja članku 93. stavku 3. Ako, pak temeljna pravna načela dobiju šire tumačenje, uključujući načela svojstvena jednom ili samo nekim pravnim sustavima, nameće se pitanje je li poželjno da je država ovlaštena odbiti zahtjev za pomoći na temelju karakteristika svog vlastitog pravnog sustava?²⁹ Kako ne postoji jedinstveno gledište o tomu što se može smatrati temeljnim pravnim načelima, *Sluiter* takvu mogućnost različitih interpretacija drži jednom od osnovnih slabosti članka 93. stavka 3.

2.2.2. *Zaštita podataka nacionalne sigurnosti*

Jedini eksplicitni razlog za odbijanje zahtjeva za pružanjem pomoći naveden je u odredbi članka 93. stavka 4. Rimskog statuta, temeljem kojeg država stranka može sukladno članku 72. odbiti zahtjev za pružanjem pomoći samo ako se on odnosi na podnošenje isprava ili dokaza koji se odnose na njezinu nacionalnu sigurnost. Temeljem ove odredbe, a u skladu s člankom 72., države mogu odbiti zahtjev za pomoć ako se odnosi na podnošenje isprava ili dokaza vezanih uz njihovu nacionalnu sigurnost. U ovom se slučaju može očekivati da će Međunarodni kazneni sud prilikom razmatranja pozivanja države na nacionalnu sigurnost uzeti u obzir je li država općenito surađivala s Međunarodnim kaznenim sudom u dobroj vjeri. Članak 72., vrlo je opsežan i pokriva zaštitu nacionalnih interesa kroz sve stadije postupka te u odnosu na posebne mjere zaštite zastupnika Suda, kao i u pogledu suradnje država. Ova je odredba značajna iz dva razloga. Prvo, njome je izričito priznata zakonitost interesa države da ne otkrije osjetljive informacije vezane uz njezinu nacionalnu

²⁸ Krapac, Davor, *Procesnopravne odredbe Rimskog statuta u svjetlu hrvatskog kaznenopravnog sustava* u: Josipović, Ivo et. al, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb, 2001., str. 146; Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, *Article 93: Other forms of cooperation*, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1112.

²⁹ *Sluiter*, Göran, op. cit., str. 162.

sigurnost,³⁰ i drugo, predviđa postupak rješavanja sporova koji se temelje na nacionalnoj sigurnosti kao osnovi odbijanja.

Ako država ustraje u svom neodobranju otkrivanja, usprkos koracima predloženim od Suda, Sud ima dvije važne ovlasti. Ukoliko smatra da su sporne obavijesti i dokazi bitni i nužni za odluku o krivnji ili nedužnosti optuženika, Sud može: a) nakon provedenih dodatnih bezuspješnih konzultacija, utvrditi činjenicu kršenja obveza prema Statutu od zamoljene države i prijaviti Skupštini država stranaka ili b) naložiti iznošenje obavijesti i isprava u situaciji gdje su te informacije već u posjedu Suda ili ih Sud može pribaviti na drugi način, izvan zahtjeva za suradnjom temeljem Dijela 9. Rimskog statuta.³¹

2.2.3. Konkurentne obveze prema međunarodnom pravu

Tijekom izrade Statuta postojala je svijest da određeni zahtjevi za pomoć Suda mogu izazvati sukob s ostalim obvezama države prema međunarodnom pravu. Pitanje je kome dati primat, zahtjevu Suda ili postojećim obvezama države? Cassese drži da obveze, koje proizlaze iz Statuta, moraju imati primat u odnosu na one koje proizlaze iz ostalih ugovora. To obrazlaže primatom i svrhom Statuta Međunarodnog kaznenog suda, kao osnove ustanovljenja univerzalnog kaznenog Suda, nad dvostranim (ili višestranim) ugovorima.³² Sluiter, s druge strane, smatra da Međunarodni kazneni sud, kao novo međunarodno tijelo mora biti svjestan i poštovati postojeće obveze država prema međunarodnom pravu. Razumljivo je i legitimno da se državama strankama dopusti odbiti izvršavanje zahtjeva ako ih konkurentne obveze prema međunarodnom pravu na to prisile. U protivnom države neće ratificirati Statut.³³

Osnovno pravilo u pogledu svakog sukoba obveza je da, koliko god je to moguće, prednost treba biti dana obvezama prema Statutu, a u slučaju konkurentne obveze prema drugoj državi stranci, obveza prema Sudu u pravilu treba prevagnuti. Statut predviđa nekoliko kategorija konkurentnih obveza koje prema međunarodnom pravu mogu predstavljati valjanu osnovu za odbijanje. Svrstavamo ih kako slijedi:

a) Obveza povjerljivosti

Obveza povjerljivosti predviđena je odredbom članka 73., koji uređuje odnos između zamoljene države stranke i izvora informacija kojima ona raspolaže.

³⁰ Odredba članka 72. velikim je dijelom inspirirana pravilima postavljenim u predmetu Blaškić pred Međunarodnim kaznenim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Tribunal je u tom slučaju kao "legitiman interes" prepoznao interes nacionalne sigurnosti. V. Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision on Trial Chamber II of 18 July 1997, Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-AR198bis, 29 October 1997 (u daljnjem tekstu: *Blaškić subpoena decision*, A. Ch.), stavak 67. V. i u: Swart, Bert, op. cit., str. 1597.

³¹ Članak 72. stavak 7. Rimskog statuta.

³² Cassese, A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, vol. 10, str. 166.

³³ Sluiter, Göran, op. cit., str. 167.

Temeljno polazište je da informacije, kojima raspolaže ne pripadaju njoj, već trećoj strani. Konkurentna obveza je raznije preuzeta obveza povjerljivosti.³⁴ Konačno rješenje ovisi o izvoru i prirodi obveze. Ukoliko je izvor obavijesti ili isprava država stranka, a obavijesti i isprave su takve prirode da ne ugrožavaju njezinu nacionalnu sigurnost, država je obvezna dopustiti njihovu dostavu Sudu. Ukoliko se radi o ispravama i obavijestima, čije otkrivanje može ugroziti njezinu nacionalnu sigurnost, primjenjuje se postupak iz članka 72. Dakle, obveza povjerljivosti ne pruža apsolutnu zaštitu izvornoj državi od objavljivanja informacija, već joj daje mogućnost usprotiviti se objavljivanju obavijesti i riješiti pitanje neposredno sa Sudom. Ako izvor obavijesti nije država stranka i ukoliko ne pristane otkriti podatke, zamoljena država nije obvezna udovoljiti zahtjevu.

b) Konkurentni zahtjevi

Drugačija situacija nameće se kada je država suočena s konkurentnim zahtjevima za pravnom pomoći izdanim od Suda i druge države. U pogledu takvih zahtjeva, za sve oblike pomoći, osim predaje ili izručenja, primjenjuje se odredba članka 93. stavka 9. – država koja primi konkurentne zahtjeve nastojat će, u konzultacijama sa Sudom, ispuniti oba zahtjeva, pri tom odlažući ili uvjetujući jedan od njih, ako se to nameće nužnim. U većini slučajeva (primjerice, kod uzimanja iskaza svjedoka) to ne bi trebalo biti problematično. Međutim, ako država ne može udovoljiti zahtjevima (jer se primjerice odnose na zapljenu predmeta), u članku 90. se nude različiti modaliteti rješenja ovog pitanja. Država mora obavijestiti Sud i drugu državu o konkurentnom zahtjevu. Ako konkurentni zahtjev dolazi od države koja je stranka i slučaj je određen kao dopustiv, prioritet ima zahtjev Suda. Ako zahtjev dolazi od države koja nije stranka, zamoljena država mora dati prioritet zahtjevu Suda samo ako su ispunjeni sljedeći uvjeti:

- 1) zamoljena država nema obvezu prema međunarodnom pravu udovoljiti konkurentnom zahtjevu i
- 2) slučaj je određen kao dopustiv.

Ukoliko postoji obveza zamoljene države prema međunarodnom pravu udovoljiti konkurentnom zahtjevu, članak 90. ostavlja mogućnost zamoljenoj državi da sama izabere kojem će zahtjevu udovoljiti. U donošenju odluke zamoljena država je obvezna uzeti u obzir sve relevantne faktore, primjerice, datumi zaprimanja zahtjeva, interesi države moliteljice i okolnosti da je djelo počinjeno na njezinom području, ili su osumnjičeni i/ili žrtve njeni državljani itd.

³⁴ Povjerljivost neke informacije ili obavijesti procjenjuje se u odnosu na vrijeme otkrivanja zamoljenoj državi. Na taj način isključena je mogućnost zloporaba, odnosno da neka obavijest “postane” povjerljiva nakon što je Sud zatraži. Tvrdnja države da ima “obvezu povjerljivosti” nužno mora biti predmet sudskog preispitivanja radi sprječavanja zloporabe te odredbe. Duffy, Helen, Article 73: Third-party information or documents, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 950 – 951.

c) *Obveze temeljem međunarodnog prava glede državnog ili diplomatskog imuniteta i obveze temeljem međunarodnih ugovora koji se odnose na predaju osoba*

Za razliku od gore navedenih osnova za odbijanje pomoći, u odredbi članka 98. nametnuta je obveza Sudu da ne smije postaviti zahtjev za predajom ili za pružanjem pomoći pod određenim okolnostima.³⁵ U slučaju da Sud prekrši tu obvezu, zamoljena država, bez ikakve sumnje, smije odbiti pomoć.³⁶ Namjera je ovog članka očuvanje stanovite zaštite od gonjenja pred Međunarodnim kaznenim sudom, u slučajevima koji bi bili protivni obvezama države temeljem međunarodnog prava glede državnog ili diplomatskog imuniteta osobe ili temeljem međunarodnih ugovora koji predaju osobe uvjetuju prethodnom suglasnošću države. Kako bi osigurao pomoć u ovom slučaju, Međunarodni kazneni sud mora prethodno uspostaviti suradnju s trećom državom i ishoditi njezino odricanje od imuniteta, odnosno njezinu suglasnost za predaju osobe. Naime, Sud ne može izdati zahtjev za predajom ili pomoći čije bi izvršenje zahtijevalo od zamoljene države postupanje suprotno njezinim obvezama na temelju međunarodnog prava prema trećim državama u području državnog ili diplomatskog imuniteta, odnosno suprotno njezinim obvezama temeljem međunarodnih ugovora kojima je stranka. Važno je naglasiti da se odredba članka 98. ne primjenjuje na imunitete i povlastice koje neka osoba ima na temelju nacionalnog prava, već da se mora raditi o kršenju obveza iz međunarodnog prava.³⁷ Osim toga, ovom odredbom ne pruža se imunitet od progona pojedincima koje Sud može progoniti temeljem članka 27. On propisuje da su osobe, koje temeljem međunarodnog prava, uživaju imunitet i druge povlastice, bez obzira na svoje službeno svojstvo, odgovorne kao i sve druge za kaznena djela iz nadležnosti Suda.³⁸ Sud glede tih osoba jedino, temeljem

³⁵ Ova je odredba rezultat zalaganja niza delegacija koje su držale da je koncepcija po kojoj Sud može staviti državu u poziciju sukoba s postojećim obvezama takve prirode neprihvatljiva. Sličnost s odredbama članka 70. i 93. je u tomu što zabranjuje da se državi nameću obveze postupanja na način kršenja ranije preuzete obveze prema međunarodnom pravu. V. Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1132.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ Ova se odredba ne odnosi ni na imunitete koje uživaju međunarodne organizacije. U svezi s obvezama Suda prema međunarodnim organizacijama v. članak 93. stavak 9. točka (b) Rimskog statuta.

³⁸ U odluci Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju u slučaju Milošević, Raspravno vijeće je izričito potvrdilo da je dio međunarodnog običajnog prava pravilo po kojem nijedna osoba, bez obzira na službeni položaj, ne uživa imunitet kada je optužena za najozbiljnije međunarodne zločine. Polaznicu takvog stava nalazimo u razvoju teorije individualne kaznene odgovornosti nakon II. svjetskog rata, posebice u članku 6. Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nürnbergu i članku 6. Povelje tokijskog suda. V. više u: *Decision on Preliminary Motions, Prosecutor v. Milosević*, IT-99-37-PT, 8 November 2001., stavci 26–34. Dom lordova je u predmetu *Pinochet* utvrdio da senator Pinochet nema pravo na imunitet za djela mučenja i udruživanja radi činjenja takvih djela, koja je počinio u svojstvu šefa države. Lord Millett je posebno zaključio:

odredbe članka 98., ne može od države stranke tražiti primjenu neke prisilne mjere, ili radnje kojima bi se povrijedila norma međunarodnog prava o njihovom imunitetu, ili povlastici, dok ih uživaju.³⁹

Temeljem odredbe članka 98. Sud ne može, primjerice izdati zahtjev za pomoć koji se odnosi na pretragu ambasade radi pronalaženja dokaza i uputiti ga državi u kojoj se nalazi ta ambasada, odnosno ako to učini, država će odbiti takav zahtjev. U ovom slučaju, da bi Sud došao do potrebnog dokaza, mora surađivati s trećom državom (onom čija je ambasada) i od nje zatražiti odricanje od imuniteta.⁴⁰ Jednako tako, ukoliko se na području države stranke Rimskog statuta, zatekne osoba koja je državljanin druge države i koja uživa diplomatski imunitet po međunarodnom pravu, a Sud je protiv nje izdao uhidbeni nalog, država stranka ne može tu osobu predati Sudu. Međutim, može tu osobu proglasiti *persona non grata* i deportirati u državu čiji je državljanin. Ukoliko je to država stranka Rimskog statuta, ona će biti obvezna osobu izručiti Međunarodnom kaznenom sudu (ili pokrenuti postupak pred domaćim sudom). U svakom slučaju, ta osoba neće ostati nekažnjena ukoliko se dokaže da je počinila zločine iz nadležnosti Suda. Ako se, međutim, radi o državljaninu države koja nije stranka Rimskog statuta, velika je vjerojatnost da osumnjičeniku nikada neće biti suđeno pred Međunarodnim kaznenim sudom.⁴¹

U stavku 2. istog članka, uređena je obveza države o neizručenju osumnjičenika Međunarodnog kaznenog suda bez obzira što ta osoba ne uživa državni ni diplomatski imunitet. Radi se o situaciji kada bi izvršenje zahtjeva za predajom za sobom povlačilo takvo postupanje zamoljene države, koje bi bilo protivno njenim obvezama temeljem međunarodnih ugovora. U takvim slučajevima predaja će biti moguća samo ako prije toga Sud uspostavi suradnju s državom, koja tu osobu šalje te ishodi njenu suglasnost za predajom osobe Međunarodnom kaznenom sudu. Ta se odredba odnosi isključivo na međunarodne obveze država koje proizlaze iz sporazuma, pri čemu ne sadrži nikakva ograničenja u pogledu vrste međunarodnih ugovora kojima se može zabraniti izručenje određenih osoba Sudu. Tako ovdje može biti riječ o bilateralnim sporazumima koji se zaključuju sa svrhom da državljanini određenih država ne budu predani Međunarodnom kaznenom

“Oni koji ubuduće budu činili zvjerstva protiv civilnog stanovništva moraju očekivati pozivanje na odgovornost, s obzirom na to da je nužno na pravi način zaštititi osnovna ljudska prava. U tom kontekstu, visoki položaj optuženog ne može biti argument u njegovu obranu.” (Odluka Gornjeg doma od 24. ožujka 1999., Kraljica protiv Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte, (2000) 1 AC147, (1999.) 2 A11 ER 97, (1999.) 2 WLR 827, (1999.) 1 LRC na str. 588 – 589).

³⁹ Krapac, Davor, op. cit., str. 333.

⁴⁰ Pitanje hoće li se treća država odreći imuniteta ili ne vjerojatno će se riješiti primjenom dijela 9. Statuta. Ukoliko se radi o državama strankama, zahtjev za odricanjem imuniteta moglo bi se izjednačiti sa zahtjevom za predajom osobe Sudu ili zahtjevom za drugim oblicima suradnje te se na tu situaciju mogu primijeniti odredbe članaka 86., 89. i 93. Statuta.

⁴¹ Scheffer, David, Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005., str. 337.

(ili nekom drugom stranom) sudu, osim ako se njihova država s time ne suglasi,⁴² ili o Sporazumima o statusu snaga (engl. *Status of Forces agreements*), koji mogu osigurati isključivu nadležnost države šiljateljice nad vojskom koja se nalazi u drugoj državi.⁴³ Ako postoji međunarodni ugovor između zamoljene države (države u kojoj se osumnjičenik nalazi) i države šiljateljica (države čiji je osumnjičenik državljanin),⁴⁴ a obje države su stranke Rimskog statuta, taj ugovor nužno neće uskratiti nadležnost Međunarodnog kaznenog suda. Naime, temeljem članka 97., zamoljena država, dužna je bez odgode posavjetovati se sa Sudom u cilju rješavanja stvari. To može za posljedicu imati pritisak Međunarodnog kaznenog suda na zamoljenu državu da deportira osumnjičenika državi šiljateljici. Budući da je potonja stranka Rimskog statuta, obvezna je udovoljiti zahtjevu Suda i izručiti mu osumnjičenika. Međutim, moguća je i situacija da je zamoljena država stranka Rimskog statuta, dok država šiljateljica to nije. U tom slučaju postoji obveza zamoljene države konzultacija sa Sudom (članak 97.) o mjerama koje se mogu poduzeti (primjerice, poduzimanje istrage i kaznenog progona u toj državi).⁴⁵

2.2.4. *Zahtjev koji se odnosi na oblik suradnje koji nije predviđen člankom 93. i zabranjen je pravom zamoljene države*

Članak 93. stavak 1. Rimskog statuta u točkama (a) - (k) predviđa oblike pomoći kojima je država stranka dužna udovoljiti temeljem zahtjeva Suda, a sukladno odredbama Statuta i postupcima propisanim svojim nacionalnim pravom. Isti članak u točki (l) navodi da je država obvezna udovoljiti ostalim oblicima pomoći ukoliko oni nisu zabranjeni pravom zamoljene države, čime ova lista dobiva značaj otvorene liste. Ovom se odredbom željelo predvidjeti izvršavanje i ostalih oblika pomoći koji nisu izričito navedeni u ovom članku. Međutim, da se država na neki način zaštiti, ako oblik pomoći nije predviđen, ne bi bilo prikladno državu obvezati da mu bezuvjetno udovolji. Zato je njezina obveza ograničena time da izvršenje zahtjeva nije zabranjeno njezinim unutarnjim pravom.

Ukoliko se radi o zahtjevu, koji se odnosi na oblik pomoći, koji nije izričito naveden u točkama (a) - (k) i zabranjen je pravom zamoljene države, država može odbiti udovoljiti zahtjevu Suda. Valja napomenuti da ova dva uvjeta moraju biti ispunjena kumulativno.⁴⁶

⁴² Ibid., str. 336.

⁴³ Tako su *SAD "sending state of about 550,000 military personnel and dependants, deployed globally outside US territory as of November 2004."* O pojmu države šiljateljice detaljno v. u: Scheffer, David, op. cit., str. 338 – 341.

⁴⁴ Ovisno o vrsti sporazuma o kojem se radi, država šiljateljica može biti i država koja je poslala vojsku na područje druge države.

⁴⁵ Scheffer, David, op. cit., str. 338.

⁴⁶ Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, Article 93, op. cit., str. 1110.

2.3. Pravne posljedice nesuradnje

Prema odredbi članka 87. stavka 7. – ako država stranka ne postupi u skladu sa zahtjevom za suradnjom, Sud može utvrditi tu činjenicu i o tomu izvijestiti Vijeće sigurnosti ili Skupštinu država stranaka, već ovisno tko je uputio predmet Sudu.

Ukoliko je predmet uputilo Vijeće sigurnosti, Sud će ga obavijestiti o kršenju obveze države na suradnju. Pri tomu, Sud ne smije davati nikakve preporuke ili sugestije Vijeću sigurnosti o mjerama koje bi se mogle poduzeti.⁴⁷ Skupština država stranaka imala bi mogućnost poduzimanja akcija i u ovom slučaju, sve dok one nisu u sukobu s odlukom Vijeća sigurnosti.⁴⁸ Praksa međunarodnih kaznenih *ad hoc* tribunala pokazala je da su na suradnju država s tribunalima puno više utjecali bilateralni i multilateralni politički pritisci. Prijave, barem na razini odluka Vijeća sigurnosti, nisu imale poseban učinak.⁴⁹

Kada slučaj tužitelju nije uputilo Vijeće sigurnosti, Sud će o činjenici nesuradnje države stranke obavijestiti samo Skupštinu država stranaka. U pogledu mjera koje Skupštini država stranaka stoje na raspolaganju, Statut šuti.⁵⁰ U pomanjkanju izričitih odredbi o tomu, *Kreß* i *Prost* pozivaju se na opće međunarodno običajno pravo o odgovornosti država.⁵¹ Obveze iz Dijela 9. Rimskog statuta svrstavaju se u kategoriju ugovornih obveza. Kršenje takvih obveza, koje djeluju *erga omnes partes*, šteti svim državama strankama. Kao posljedica toga, Skupština država stranaka ovlaštena je tražiti od države da odmah prestane s kršenjem obveza na suradnju i udovolji zahtjevu Suda.⁵² Možemo ići i izvan ovoga i razmatrati prikladnost kolektivnih mjera, primjerice ekonomskih sankcija protiv države koja nije udovoljila zahtjevu.⁵³

Sada se postavlja pitanje, budući da se u Skupštini odluke donose većinom glasova, što ako se ne postigne nužna većina glasova koja će preporučiti adekvatnu kolektivnu mjeru? Mogu li u tom slučaju države članice pojedinačno djelovati? Jedno mišljenje je da država stranka ne može poduzimati pojedinačne

⁴⁷ Djelujući prema Glavi VII, a temeljem članka 41. Povelje Ujedinjenih naroda, Vijeće sigurnosti može izreći kaznene mjere (sankcije) koje mogu obuhvatiti “*potpuni ili djelomičan prekid ekonomskih odnosa te željezničkih, pomorskih, zračnih, poštanskih, telegrafskih, radio i drugih sredstava veze, kao i prekid diplomatskih odnosa*” s tom državom. Sankcije se izriču rezolucijama Vijeća sigurnosti na temelju kojih se može uspostaviti Odbor za sankcije Vijeća sigurnosti (*Sanctions Committee*). Zadaća mu je, na zatvorenim sastancima, analizirati informacije vezane uz provedbu dotične rezolucije, davati preporuke Vijeću sigurnosti radi povećanja učinkovitosti poduzetih mjera, predlagati poduzimanje akcija u slučaju kršenja rezolucije te davati savjete u svezi s provedbom rezolucije. Svaka država članica Ujedinjenih naroda obvezna je obavijestiti dotični Odbor o poštivanju odredaba rezolucija kojima su sankcije izrečene.

⁴⁸ *Kreß*, Claus; *Prost*, Kimberly, op. cit., str. 1067 – 1068.

⁴⁹ *Josipović*, Ivo, op. cit., str. 54.

⁵⁰ V. članak 87. stavka 5. i članak 112. stavak 2. točka (f) Rimskog statuta.

⁵¹ V. Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Official Records of the General Assembly, 56th session, Supplement No.10 (A/56/19), chp.IV.E.1.

⁵² *Kreß*, Claus; *Prost*, Kimberly, op. cit., str. 1068.

⁵³ V. *Blaškić subpoena decision*, A. Ch., stavak 36. (ii).

mjere bez preporuke Skupštine. Dio 9. Statuta shvaća se kao autonoman režim koji sadrži pravila nužna za funkcioniranje Suda u pogledu pitanja suradnje s državama i predviđa lijekove u slučaju kršenja obveze na suradnju. Temeljem članka 112., jedino je Skupština država stranaka ovlaštena razmatrati pitanja uskraćivanja suradnje. Ovakvo tumačenje, međutim, nije jedino. Moguće je i tumačenje da se zbog izostanka kolektivnog odgovora kroz Skupštinu država stranka može primijeniti opće običajno međunarodno pravo, što bi onda uključivalo i primjenu pojedinačnih mjera.

Statut predviđa posljedice u slučaju neispunjenja obveze države koja nije stranka samo ukoliko se ta suradnja temelji na *ad hoc* dogovoru ili ugovoru, dakle ukoliko je država jasno pokazala namjeru suradnje sa Sudom. Posljedica neispunjenja obveze je izvještavanje Skupštine država stranaka, odnosno Vijeća sigurnosti ako je ono uputilo predmet Sudu. Statut eksplicitno ne predviđa posljedice ukoliko međuvladine organizacije ne surađuju sa Sudom.⁵⁴ To je iznenađujuće, jer i međuvladina organizacija može biti obvezana na suradnju sa Sudom u skladu s postignutim sporazumom između organizacije i Suda. Takav sporazum može povlačiti međunarodnu odgovornost u slučaju nesuradnje.

III. Pravna osnova suradnje država koje nisu stranke Rimskog statuta s Međunarodnim kaznenim sudom

Međunarodni kazneni sud nastao je temeljem ugovora, a temeljno načelo ugovornih odnosa određuje da ugovori obvezuju samo države stranke. Za ostale države oni ne stvaraju, ni prava, ni obveze (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); takav je ugovor za treće države *res inter alios acta*,⁵⁵ osim u iznimnim slučajevima previđenim Bečkom konvencijom.⁵⁶

Kao rezultat tog pravila Statut Međunarodnog kaznenog suda ne može stvarati obveze državama koje mu nisu stranke bez njihova izričitog pristanka. To može biti od velikog značaja za istrage i kaznene progone i ključno za učinkovito djelovanje Suda. "Stvaratelji" Međunarodnog kaznenog suda bili su toga svjesni te su u Statutu predvidjeli mogućnost da i države, koje nisu ratificirale Rimski statut, surađuju sa Sudom. Članak 12. stavak 3. omogućuje uspostavu nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda i u odnosu na državu koja nije stranka njegova Statuta, ali uz njen izričiti pristanak, temeljem izjave podnijete Tajništvu Suda, u odnosu na kazneno djelo u pitanju, što je svakako sukladno međunarodnopravnim pravilima.⁵⁷ Na taj odnos suradnje primjenjuju

⁵⁴ Čak ni odredba članka 112. stavka 2. točka (f) Rimskog statuta ne predviđa mogućnost razmatranja uskraćivanja suradnje međuvladinih organizacija sa Sudom.

⁵⁵ Degan, Vladimir Đuro, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka, 2006., str. 159.

⁵⁶ V. članke 35. – 38. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine.

⁵⁷ Stvaranje prava i obveza za treće države koje nisu stranke ugovora, ali samo uz njihov izričiti pristanak u pismenom obliku predviđa članak 34. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.

se odredbe Dijela 9. Rimskog statuta. Pristanak države da na taj način bude vezana odredbama Rimskog statuta izražava se *ad hoc* dogovorom, dvostranim ugovorom sa Sudom, odnosno nekom drugom prikladnom osnovom.⁵⁸ Dakle, države tako mogu naknadno prihvatiti nadležnost Suda za pojedini slučaj ili pak sklopiti poseban *ad hoc* sporazum sa Sudom. Bitno je naglasiti da bi se u oba slučaja suradnja između Suda i države temeljila na njezinom dobrovoljnom pristanku.

Uz ove slučajeve dobrovoljnog pristanka na suradnju sa Sudom država koje nisu stranke Rimskog statuta, u nastavku ćemo ukratko proanalizirati još dva slučaja koja otvaraju pitanje stvaranja obveze na suradnju sa Sudom, iako se država prethodno ni na koji način nije obvezala na suradnju. Prvi se odnosi na upućivanje slučaja Sudu od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, a drugi na vezanost država pravilima općeg običajnog međunarodnog prava, temeljem kojih su sve države obvezne surađivati u cilju osiguranja poštivanja odredbi međunarodnog humanitarnog prava.

Dosadašnje izlaganje ukazalo je na činjenicu da efektivno djelovanje Međunarodnog kaznenog suda i ostvarenje njegove "misijske" najvećim dijelom ovisi o stupnju i modalitetima suradnje s državama. Suradnja se, kao što vidimo, ne odnosi samo na države članice, jer i sam Rimski statut predviđa suradnju s državama koje nisu njegove stranke. Ipak, s pozicije samih država, pružanje pomoći i spremnost na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom u odnosu na države, koje nisu stranke Rimskog statuta, treba svakako promatrati u svjetlu zaštite nacionalnih interesa i proklamacija državne suverenosti. Razloge nepristupanja država Rimskom statutu možemo sagledati i razumijeti upravo s tih temelja. S druge strane, zahtjev za suradnju sa Sudom država, koje nisu stranke Rimskog statuta, mogao bi se vrlo jednostavno objasniti humano – političkim razlozima. "Nelogičnost" vezivanja Rimskim statutom države koja nije njegova stranka, možemo opravdano promatrati kao ustupak zahtjevima pravde i pravičnosti u kažnjavanju počinitelja najtežih zločina koje poznaje međunarodno pravo, odnosno zahtjevima koje postavljaju ljudska prava i međunarodno humanitarno pravo u cjelini.

3.1. Ad hoc dogovori, dvostrani sporazumi i druge prikladne osnove suradnje

Kao što je već spomenuto, temeljem članka 12. stavka 3. Rimskog statuta, države koje nisu njegove stranke mogu prihvatiti nadležnost Međunarodnog kaznenog suda na *ad hoc* osnovi. To ima za nužnu posljedicu obvezu suradnje države s Međunarodnim kaznenim sudom u skladu s Dijelom 9. Statuta, u odnosu na pojedinačan slučaj u pogledu kojeg država prihvaća obvezu suradnje, bez odugovlačenja i iznimki, kao i država stranka. Prihvaćanje obveze na suradnju sa Sudom od strane države, koja nije stranka Statuta, predviđen je i u članku 87. stavku 5. Rimskog statuta. Osnova suradnje sukladno tom članku

⁵⁸ V. članak 87. stavak 5. Rimskog statuta.

temelji se na *ad hoc* dogovoru, ugovoru s odnosnom državom, odnosno bilo kojoj drugoj prikladnoj osnovi. Sadržaj obveze države u cijelosti ovisi o odredbama tog sporazuma ili dogovora.⁵⁹

Zaključenjem *ad hoc* sporazuma u odnosu na istragu ili kazneni progon iz nadležnosti Suda ili dvostranih sporazuma za suradnju sa Sudom, država, koja nije stranka Rimskog statuta, preuzima međunarodnu obvezu surađivati s njime u odnosu na sve države stranke Rimskog statuta. Takvim sporazumom država zadržava slobodu sama odrediti granice i opseg suradnje sa Sudom. U tom smislu Ciampi, primjerice zaključuje da je malo vjerojatno da će se država, koja nije stranka Rimskog statuta, obvezati na suradnju koja bi bila šira od one predviđene samim Statutom za države stranke. Za pretpostaviti je da će treća država, nastojeći zaštititi vlastite interese pristati na ograničeniju suradnju, no što je ona predviđa Dijelom 9. Rimskog statuta.⁶⁰ U vezi s ovim oblikom suradnje, valja zaključiti da je država stranka uglavnom u dobrom položaju u pogledu nametanja uvjeta pod kojima će surađivati sa Sudom.

3.2. Rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda

Praksa međunarodnih odnosa u okviru suradnje unutar Ujedinjenih naroda iskristalizirala je jedan specifičan oblik nametanja suradnje sa Sudom državi koja jest članica Ujedinjenih naroda, ali nije stranka Rimskog statuta. Temeljem odredbi članaka 13. – 15. Rimskog statuta, postupak pred Sudom može (pored tužitelja i država stranaka) inicirati i Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda. Ono svojim djelovanjem temeljem Glave VII Povelje Ujedinjenih naroda može uputiti Tužitelju Suda slučaj u kojem je počinjeno kazneno djelo iz nadležnosti Suda te na taj način uspostaviti njegovu nadležnost u konkretnom predmetu. Kako se aktivnost Vijeća sigurnosti na polju održanja međunarodnog mira i sigurnosti odnosi na sve članice Ujedinjenih naroda, tako je i moguće da ono predloži upućivanje Međunarodnom kaznenom sudu i predmeta u kojem je stranka država, koja je članica Ujedinjenih naroda, ali istodobno nije i potpisnica Rimskog statuta. Temeljem toga i sve države koje nisu stranke Statuta, ali jesu članice Ujedinjenih naroda, bile bi obvezne surađivati sa Sudom.⁶¹

Ovlasti Vijeća sigurnosti izvode se iz Povelje Ujedinjenih naroda. Tako je u odredbi članka 25. Povelje propisano kako su odluke Vijeća sigurnosti obvezne za sve države članice Ujedinjenih naroda. One su suglasne prihvatiti i izvršavati sve odluke Vijeća u skladu s Poveljom. Temeljem toga, Vijeće sigurnosti može, kada uputi slučaj Međunarodnom kaznenom sudu, zatražiti od svih država

⁵⁹ U članku 87. stavku 6. predviđena je mogućnost sklapanja sporazuma s međunarodnim organizacijama.

⁶⁰ Ciampi, Annalisa, *The Obligation to Cooperate* u: Cassese, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, vol. II, str. 1617.

⁶¹ Ciampi, Annalisa, op. cit., str. 1709; Wenqui, Uhu, *On co-operation by States Non-party to the International Criminal Court*, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, br. 861, 2006, str. 108.

članica Ujedinjenih naroda (pa i onih koje nisu stranke Rimskog statuta) suradnju sa Sudom.

Jedini slučaj koji je zasad na toj osnovi upućen Međunarodnom kaznenom sudu jest onaj vezan uz situaciju u Sudanu, koji je članica Ujedinjenih naroda, ali nije stranka Rimskog statuta. Iako je postojala određena sumnja u mogućnost upućivanja slučajeva od strane Vijeća sigurnosti zbog činjenice da dvije njegove stalne članice, Kina i SAD, nisu podržale osnivanje Međunarodnog kaznenog suda, povjeravanjem Sudu istrage situacije u Darfuru (Sudan) te su sumnje otklonjene. Međunarodna istražna komisija (*International Commission of Inquiry on Darfur*) u svom je Izvješću u siječnju 2005. godine, predložila Vijeću sigurnosti upućivanje predmeta koji se odnosi na stanje u Sudanu Međunarodnom kaznenom sudu iz osnovnog razloga što je “... *the Sudanese judicial system incapable and the Sudanese government is unwilling to try the crimes that occurred in the Darfur region and to require the perpetrators to assume the accountability for their crimes*”. *The international community cannot stand idle by, while human life and human dignity are attacked daily and on so large a scale in Darfur. The international community must take on the responsibility to protect the civilians of Darfur and end the rampant impunity currently prevailing there.*⁶² U kratkom vremenu nakon podnošenja Izvješća, u ožujku 2005., Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda prihvatilo je Rezoluciju 1593(2005) o ustupanju situacije u Darfuru Međunarodnom kaznenom sudu, i to nakon što su SAD promijenile pristup tom pitanju i odustale od veta, ostajući suzdržane prilikom glasovanja o Rezoluciji.⁶³ Ovaj je slučaj specifičan upravo zbog položaja Sudana pred Međunarodnim kaznenim sudom. Naime, Sudan je članica Ujedinjenih naroda i u skladu s time je dužan izvršavati rezolucije Vijeća sigurnosti, ali s druge strane, nije stranka Rimskog statuta i nije sa Sudom sklopio dvostrani ili *ad hoc* sporazum, kojim bi dobrovoljno pristao surađivati s njime.

⁶² Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Geneva, 25 February 2005, par. 569. O Izvješću Komisije v. više u: Byron, Christine, Comment on the Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, *Human Rights Law Review*, 2005., str. 351 – 360.

⁶³ Uz SAD, još su 3 države bile suzdržane (Alžir, Brazil i Kina), dok je 11 članica Vijeća sigurnosti podržalo rezoluciju. S obzirom na to da međunarodna javnost nije očekivala da će SAD podržati ovu rezoluciju, objašnjenje za njeno izglasavanje u konačnici te suzdržanost SAD-a po tom pitanju nalazimo u izjavi predstavnice SAD-a Anne Wood Patterson, koja je izjavila da su SAD “... *decided not to oppose the resolution because of the need for the international community to work together in order to end the climate of impunity in the Sudan, and because the resolution provided protection from investigation or prosecution of nationals on non-party States...*”. Naime, i sama rezolucija u preambuli se poziva na postojanje sporazuma iz članka 98. stavka 2. Rimskog statuta. Za detaljnije informacije o glasovanju v. u: Security Council Refers Situation in Darfur, Sudan to Prosecutor of International Criminal Court, od 31. ožujka 2005.

Usvajanje ove rezolucije predstavljalo je prvu praktičnu primjenu članka 13(b) Rimskog statuta. U skladu s tom odredbom, Vijeće sigurnosti temeljem Glave VII Povelje Ujedinjenih naroda može uputiti slučaj Tužitelju Međunarodnog kaznenog suda, ako smatra da je taj slučaj vezan uz počinjenje jednog ili više kaznenih djela iz nadležnosti Suda. Nesporno je, da se u konkretnom slučaju radilo o situaciji koja je zahtijevala angažman u skladu s Glavom VII Povelje Ujedinjenih naroda. Kako je naglašeno, već u preambuli rezolucije 1556(2004), od 29. srpnja 2004. godine – “situacija u Sudanu predstavljala je prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti”, kako je to određeno člankom 39. Povelje Ujedinjenih naroda. Zločini dokumentirani u Izvješću Istražne komisije bili su rašireni i sustavni te kao takvi u skladu s odrednicama različitih zločina koji potpadaju pod stvarnu nadležnost Međunarodnog kaznenog suda.⁶⁴ Pravosudni sustav Sudana pokazao je nesposobnost i nevoljkost istrage i gonjenja počinitelja tih zločina.⁶⁵ Nedvojbeno je, dakle da istraga i gonjenje počinjenih zločina od strane nepristranog i neovisnog suda može predstavljati put prema nacionalnoj pomirbi i uspostavi mira u Darfuru, što bi posljedično rezultiralo i mirom i sigurnošću u regiji i šire. Rezolucija 1593(2005) nameće vladi Sudana i svim ostalim stranama uključenim u taj sukob, potpunu suradnju i pružanje sve potrebne pomoći Sudu i Tužitelju te, iako priznaje neobveznost Rimskog statuta spram država koje nisu njegove stranke, traži od svih država, regionalnih i međunarodnih organizacija punu suradnju sa Sudom.⁶⁶ Ta izjava jasno svjedoči u prilog gledištu Vijeća sigurnosti da sve države temeljem odnosne rezolucije, uključujući tu i Sudan, (ali i ostale države koje nisu stranke Rimskog statuta), moraju surađivati i pomagati Međunarodnom kaznenom sudu.

Na čemu možemo temeljiti opravdanost takvog stava, ako pri tom imamo u vidu da je Rimski statut međunarodni ugovor na koji se primjenjuju pravila međunarodnog ugovornog prava. Možemo samo ukratko ponoviti – ugovor vezuje samo stranke ugovornice, osim ako treća strana naknadno izričitim pristankom u pismenom obliku prihvati obvezu iz predmetnog ugovora. Dakle, za sve države, koje nisu potpisnice Rimskog statuta i nisu naknadno zaključile dvostrane sporazume temeljem članka 87. stavka 5. – možemo zaključiti da ne postoji vezanost odredbama Statuta, kao ni obveza na suradnju. Međutim, predmetni članak predviđa pružanje pomoći od države koja nije stranka Statuta temeljem “bilo koje druge prikladne osnove” (*any other appropriate basis*). Postavlja se pitanje: možemo li osnovu za vezanost države koja nije stranka Rimskog statuta, temeljem rezolucije Vijeća sigurnosti pronaći (i) u toj odredbi, kao što tvrde *Ciampi* i *Condorelli*?⁶⁷ U tom bi se

⁶⁴ V. članke 5. – 8. Rimskog statuta.

⁶⁵ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, par. 647.

⁶⁶ Resolution 1593(2005), Adopted by the Security Council at its 5158th meeting, on 31 March 2005, par. 2.

⁶⁷ Condorelli, Luigi, Ciampi, Annalisa, Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC, *Journal of Interational Criminal Justice*, 3, 2005, str. 593.

slučaju sama rezolucija Vijeća mogla smatrati “drugom prikladnom osnovom” koja nameće suradnju sa Sudom državi nestranci Rimskog statuta, ali članici Ujedinjenih naroda. Ipak, skloniji smo prikloniti se mišljenju da obveza na suradnju (u konkretnom slučaju Sudana koji nije stranka Rimskog statuta) proizlazi ne iz odredbi Rimskog statuta, već iz same Povelje Ujedinjenih naroda, odnosno rezolucije 1593(2005). Sama rezolucija “*determining that the situation in Sudan continues to constitute a threat to international peace and security, Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations*” i “*...urges all States... to cooperate fully.*” Posljednji izraz možemo tumačiti u smislu da svi međunarodni subjekti imaju obvezu prihvatiti i primijeniti “volju” Vijeća sigurnosti u provedbi odredbi Glave VII Povelje Ujedinjenih naroda.

U cilju provedbe predmetne rezolucije, u svibnju 2007. godine, Predraspravno vijeće Međunarodnog kaznenog suda izdalo je uhiđbeni nalog za *Ali Kushayba*⁶⁸ i *Ahmada Haruna*⁶⁹, optuženih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti počinjene u Darfuru. Sudan je odbio nadležnost Međunarodnog kaznenog suda i jasno dao do znanja da nema namjeru izručiti optužene temeljem činjenice da Sudan nije stranka Rimskog statuta. Takvo je ponašanje u Vijeću sigurnosti ocijenjeno kao “nepoštivanje međunarodnih obveza države, Vijeća sigurnosti te povreda Povelje Ujedinjenih naroda.”⁷⁰ Do lipnja 2008. godine, oba optužena su još uvijek na slobodi, a Vlada Sudana i dalje odbija suradnju po tom pitanju. Zaključak je *Luis Moreno Ocampo*, tužitelja Međunarodnog kaznenog suda da “Vijeće sigurnosti mora osigurati poštivanje rezolucije 1593(2005), kao i uspostaviti potpunu suradnju Sudana sa Sudom, uhićenjem i predajom *Haruna* i *Kushayba*. Međunarodno pravosuđe mora pridonijeti okončanju zločina u Darfuru. Po njegovu mišljenju – žrtve ne zaslužuju ništa manje od toga.”⁷¹

Možemo zaključiti da je u okvirima međunarodne zajednice posve razumljiva mogućnost da Vijeće sigurnosti, u provođenju odredbi iz Glave VII Povelje, donese rezoluciju takvog sadržaja i nametne svim državama članicama Ujedinjenih naroda obvezu suradnje sa Sudom. Razumljivo je da se nametanje suradnje tog tipa uvrsti u rezoluciju kojom Vijeće sigurnosti djeluje u skladu s odredbom članka 13. Rimskog statuta. U tom smislu možemo zatvoriti krug tvrdnjom da implikacija takvog upućivanja Međunarodnom kaznenom sudu rezolucijom donijetom temeljem Glave VII Povelje jest međunarodna obveza

⁶⁸ Protiv *Ali Kushayba* provedena je istraga sudanskih vlasti i predmet je obustavljen zbog nedostatka dokaza.

⁶⁹ Protiv *Ahmad Haruna* nikad nije proveden bio kakav nacionalni postupak. I ne samo da je *Harun* i dalje ostao ministar za humanitarna pitanja, već je krajem 2007. godine imenovan za člana promatračke misije *African Union – United Nations Hybrid Operation in Darfur* (UNAMID).

⁷⁰ V. izjavu *Ricarda Alberta Ariasa* u: “International Criminal Suport Prosecutor to Security Council (Sudan’s Government Not Cooperating in Darfur Investigation, Massive Crimes Continue),” SC/9186, 5 December 2007.

⁷¹ V. također i Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593(2005), 5 December 2007, par. 87.

svih država na udovoljenje tom zahtjevu za suradnju sa Sudom. Naravno, takav zaključak očito zamagljuje razliku između država stranaka i nestranaka Rimskog statuta.⁷² No, ako pri tomu imamo u vidu kako glasovi stalnih država članica Vijeća sigurnosti imaju ključnu ulogu u pitanju hoće li Vijeće sigurnosti uputiti slučaj tužitelju Međunarodnog kaznenog suda,⁷³ možemo zaključiti kako postoje veliki izgledi da će Međunarodni kazneni sud suditi za zločine počinjene u svim državama članicama Ujedinjenih naroda, bez obzira jesu li ratificirale Rimski statut ili ne, kada je ugrožen međunarodni mir i sigurnost, osim u slučajevima kada bi to moglo ugroziti državljane država stalnih članica Vijeća sigurnosti, koje nisu ratificirale Rimski statut.⁷⁴ U potonjem slučaju za očekivati je da će one uložiti veto pri usvajanju rezolucije o eventualnom upućivanju slučaja Međunarodnom kaznenom sudu i time onemogućiti njegovu nadležnost.

U svakom slučaju, a kao što je i *Roach* zaključio – suradnja između Međunarodnog kaznenog suda i Vijeća sigurnosti još je u povojima i u cilju rješavanja humanitarnih pitanja bit će vrlo zanimljivo promatrati daljnji razvoj.⁷⁵

3.3. *Pravila općeg običajnog međunarodnog prava*

Kao poseban vid obveze na suradnju država koje nisu članke Rimskog statuta s Međunarodnim kaznenim sudom u teoriji se sagledava i vezanost država pravilima međunarodnog običajnog prava. Transformacija pojedinih normi u novo običajno pravo, kako bi na taj način postale izvor prava i obveza za sve subjekte međunarodnog prava, ponegdje se uzima kao opravdanje ideje da su i države nepotpisnice Rimskog statuta vezane njegovim odredbama.⁷⁶ Primjerice, Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine i Dopunski protokol o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba⁷⁷ predviđaju obvezu država na poštivanje i osiguranje poštivanja tih odredbi “u svim okolnostima” (*in all circumstances*).⁷⁸ Danas se smatra da su odredbe Ženevskih konvencija prerasle u međunarodno običajno pravo, čime vezuju sve države (i one koje nisu

⁷² Condorelli, Luigi, Ciampi, Annalisa, loc. cit.

⁷³ Veto samo jedne stalne članice Vijeća sigurnosti bio bi dovoljan spriječiti ili zaustaviti djelovanje Međunarodnog kaznenog suda.

⁷⁴ Ovdje se prvenstveno misli na SAD i Kinu, jedine dvije stalne članice Vijeća sigurnosti koje nisu ratificirale Rimski statut.

⁷⁵ Roach, Steven C., *Humanitarian Emergencies and the International Criminal Court (ICC): Toward a Cooperative Arrangement between the ICC and UN Security Council*, *International Studies Perspectives*, vol. 6, 2005., str. 440.

⁷⁶ Vezanost treće države pravilom iz ugovora po običajnoj osnovi predviđeno je člankom 38. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.

⁷⁷ Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/1994.

⁷⁸ Članak 1. zajednički svim Ženevskim konvencijama i članak 1. stavak 1. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba. U skladu s člankom 89. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba države imaju i dodatnu obvezu pojedinačnog ili zajedničkog djelovanja u suradnji s Ujedinjenim narodima, sukladno Povelji.

stranke tih Konvencija), što je gledište potvrđeno od međunarodne zajednice i Međunarodnog suda. Primjerice, Izvješće Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda prilikom ustanovljavanja Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju ograničilo je nadležnost Tribunala na međunarodno kazneno pravo koje je "izvan svake sumnje... dio međunarodnog običajnog prava",⁷⁹ navodeći u nabrojavanju tih izvora, između ostalih i Ženevske konvencije iz 1949. godine.⁸⁰ I Međunarodni sud pravde je u predmetu *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon*, pozivajući se na spomenuto Izvješće Glavnog tajnika, izrazio suglasnost s takvim stavom i zaključio sljedeće: "The extensive codification of humanitarian law and the extent of the accession to the resultant treaties, as well as the fact that the denunciation clauses that existed in the codification instruments have never been used, have provided the international community with a corpus of treaty rules the great majority of which had already become customary and which reflected the most universally recognized humanitarian principles. These rules indicate the normal conduct and behaviour expected of States."⁸¹

U skladu s tim odredbama postavlja se pitanje proizlazi li otuda i obveza država udovoljit zahtjevu Međunarodnog kaznenog suda? Drugim riječima, može li takvo opće pravilo nametnuti obvezu državi da udovolji zahtjevu Suda ukoliko ta država nije stranka ugovora? Vrlo širokom interpretacijom moglo bi se zaključiti da temeljem općeg običajnog prava postoji obveza svih država svijeta na međunarodnu suradnju, barem u odnosu na zločine koji su u nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda. To povlači i zaključak da za suradnju država čak nije potreban ni dobrovoljan karakter, već se suradnja zasniva na obvezi prema običajnom međunarodnom pravu.⁸² Na taj način bi se radi ispunjenja posebnih obveza, koje proizlaze iz međunarodnog običajnog prava, moglo smatrati da u takvim okolnostima postoji obveza na suradnju sa Sudom, iako se ne radi o stranci Rimskog statuta.

Međutim, s obzirom na to da odredbe Ženevskih konvencija naglašavaju posebnu prirodu sustava međunarodnog humanitarnog prava, kojemu je potpuno strano načelo reciprociteta, gornju tvrdnju ipak treba uzeti s rezervom u odnosu na države koje nisu stranke Rimskog statuta. *Ciampi* također smatra da je dvojbena nametanje obveze na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom državama, koje nisu stranke Rimskog statuta, temeljem odredbi međunarodnog humanitarnog

⁷⁹ Bilo je značajno da nadležnost Tribunala bude ograničena na pravila međunarodnog humanitarnog prava "koja su izvan svake sumnje dio običajnog prava" (*which has beyond doubt become part of international customary law*), s obzirom na načelo *nullum crimen sine lege*. V. Izvješće Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda, S/257074, od 3. svibnja 1993., par. 34 (dodatno naglašavanje).

⁸⁰ Osim Ženevskih konvencija, Izvješće izričito navodi kao dio međunarodnog običajnog prava i Hašku konvenciju (IV) o poštivanju zakona i običaja rata na kopnu i njoj priključeni propisi, od 18. kolovoza 1907. godine; Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, od 9. prosinca 1948. godine te Statut Međunarodnog vojnog suda, od 8. kolovoza 1945. godine. *Ibid.*, par. 35.

⁸¹ Gledište Međunarodnog suda u predmetu *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon*, uz pozivanje na Izvješće Glavnog tajnika, od 8. srpnja 1996. godine, par. 81 i 82.

⁸² Kreß, Claus; Prost, Kimberly, op. cit., str. 1061 – 1062.

prava.⁸³ To pokazuje i praksa međunarodnih kaznenih *ad hoc* tribunala. Tako je Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju u slučaju *Blaškić* zaključio da “po običajnom međunarodnom pravu, državama iz principijelnih razloga ne mogu ništa “nalagati” ni druge države ni međunarodna tijela”.⁸⁴

U skladu s izloženim možemo zaključiti da pozivanje na običajno pravo kao temelj vezanosti države određenim odredbama nema osnova i ne može služiti kao nametanje obveza na suradnju državama koje nisu stranke Rimskog statuta.

3.4. *Pravne posljedice nesuradnje*

Postavlja se sljedeće pitanje: kada država nepotpisnica Rimskog statuta odbije surađivati, ima li Međunarodni kazneni sud ovlast urediti to pitanje, na koji način i preko kojeg svog tijela, odnosno kojem bi se drugom tijelu to pitanje moglo proslijediti? U načelu, ako država koja nije stranka Statuta odbije suradnju sa Sudom, Skupština država stranaka nema ovlasti i mogućnosti ukoriti takvo ponašanje ili pozvati je na odgovornost. Ali, u slučaju kada država naknadno sklopi *ad hoc* ili dvostrani sporazum s Međunarodnim kaznenim sudom situacija je nešto drukčija. *Wenqui* smatra da nakon tako izraženog pristanka, država može promijeniti svoj stav i uskratiti daljnju suradnju kako se konkretan slučaj produbljuje i potreba za suradnjom postaje sve određenija i osjetljivija. Nužno je, dakle utvrditi sadržaj obveze na suradnju.⁸⁵ Na ispunjenje takve obveze na suradnju od strane “treće” države primjenjuju se odredbe članka 87. stavka 5. te Sud o tomu može izvijestiti Skupštinu država stranaka ili Vijeće sigurnosti, ako je ono predmet na postupanje uputilo Sudu. S obzirom na to da su se države u ovom slučaju dobrovoljno obvezale na suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom, u pogledu mjera koje Skupštini država stranaka stoje na raspolaganju, u slučaju da države ne surađuje, vrijedi ranije rečeno o nesuradnji država članica Rimskog statuta.⁸⁶

Posebno je pitanje kakav je položaj države, koja nije stranka Rimskog statuta, u slučaju kada ona ni na koji način nije izrazila svoju spremnost suradnje sa Sudom, ali je ujedno članica Ujedinjenih naroda i dužna je poštivati rezolucije Vijeća sigurnosti, pa i one kojima Vijeće prosljeđuje postupak Međunarodnom kaznenom sudu, sukladno odredbi članka 13(b). U slučaju odbijanja suradnje takve države, Sud može o tomu obavijestiti Vijeće sigurnosti. Osnova za zahtijevanje suradnje je, kao što smo naveli, postupanje Vijeća sukladno Glavi VII Povelje Ujedinjenih naroda, odnosno obveza države članice Ujedinjenih naroda temeljena na članku 25. Povelje Ujedinjenih naroda. Ako Vijeće sigurnosti usvoji rezoluciju temeljem Glave VII, ona je obvezna za sve članice Ujedinjenih naroda i sve se države moraju prikloniti zahtjevu sadržanom u rezoluciji. Ako članica Ujedinjenih naroda dakle odbije suradnju sa Sudom,

⁸³ Ciampi, Annalisa, op. cit., str. 1609.

⁸⁴ *Blaškić subpoena decision*, A. Ch., stavak 26.

⁸⁵ Wenqui, Uhu, op. cit., str. 107.

⁸⁶ V. poglavlje 2.3.

temeljem rezolucije, kojom joj je ista naložena, iako se ne radi o državi stranci Rimskog statuta, Sud može, sukladno odredbi članka 87. stavka 5., slučaj “vratiti” Vijeću sigurnosti, koje je ovlašteno poduzeti nužne mjere protiv odnosne države, u skladu s Poveljom.

Možemo zaključiti da je u svakom slučaju pitanje suradnje Međunarodnog kaznenog suda i države koja nije stranka Rimskog statuta izuzetno osjetljivo, specifično i značajno praktično pitanje, koje se mora prosuđivati u odnosu na svaki pojedinačan slučaj i u skladu s okolnostima. Pronalaženje idealnog rješenja ovog pitanja i njegovo uspješno rješavanje u praksi predstavljat će značajan uspjeh u razvoju Međunarodnog kaznenog suda.

IV. Zaključna razmatranja

Osnovna ideja ustanovljavanja Međunarodnog kaznenog suda bila je okončanje “kulture nekažnjavanja” počinitelja najtežih međunarodnih zločina. Ona je proistekla iz brojnih situacija u kojima su nadležni državni autoriteti bili nevoljni ili nekompetentni procesuirati svoje državne službenike ili nacionalne vođe. Međunarodna je zajednica Suda nametnula ogromnu odgovornost u vršenju nadležnosti u takvim slučajevima, a mišljenje je da bi takvu odgovornost trebala pratiti i odgovarajuća moć Međunarodnog kaznenog suda u okvirima međunarodne zajednice.

Nesporno je da je Međunarodni kazneni sud ovisan o suradnji država u pogledu ostvarenja svojih primarnih funkcija. Možemo zaključiti da je nesporno i prihvaćanje nadležnosti Suda od strane država koje su stranke njegova Statuta. Sadržaj te suradnje detaljno je uređen u Dijelu 9. Rimskog statuta. Statut predviđa i da se u slučaju ako država članica ne surađuje sa Sudom o tomu izvijesti Skupština država stranaka. Međutim, Statut ne propisuje mjere koje bi u tom slučaju mogla primijeniti Skupština. Taj propust čini neizvjesnim uspješno provođenje postupka pred Sudom u slučajevima kada izostane dobrovoljna suradnja država članica Rimskog statuta.

Unatoč velikom broju država, koje su ratificirale Rimski statut, činjenica je i da određeni broj država to nije učinio, a da praksa pokazuje (i vjerojatno će tako biti i u budućnosti) da je nužan određeni vid suradnje Suda i s takvim državama. Sam Statut za ostvarenje takve suradnje propisuje mogućnost zaključenja *ad hoc* sporazuma ili dogovora. Položaj Međunarodnog kaznenog suda u postupku pregovora za zaključenje takvih sporazuma otežan je činjenicom nepostojanja obveze država u osiguravanju pomoći. Zbog tih razloga nužno je pristajanje Suda na stanovite kompromise koji mogu posljedično utjecati na njegovu efikasnost u progonu najtežih zločina.

Konačno, posebno pitanje je suradnja sa Sudom država, koje nisu ratificirale Rimski statut, u slučaju kada Vijeće sigurnosti slučaj uputi Međunarodnom kaznenom sudu. Rezolucija Vijeća sigurnosti temeljem Glave VII Povelje Ujedinjenih naroda, kojom se upućuje slučaj Međunarodnom kaznenom sudu pravna je osnova na kojoj možemo temeljiti obvezu država članica Ujedinjenih

naroda da u konkretnom slučaju surađuju sa Sudom. Drugim riječima, u tom slučaju pravna osnova za suradnju država sa Sudom nije Rimski statut već Povelja Ujedinjenih naroda. Ipak, takav stav u praksi nailazi na stanovite kritike i poteškoće u realizaciji rezolucije, što pokazuju i iskustva s prvim slučajem kojeg je Vijeće sigurnosti uputilo Sudu, a koji se odnosi na zločine počinjene u Sudanu. Sud je u ovom slučaju suočen s odbijanjem suradnje, što u bitnom otežava njegovo funkcioniranje. U konačnici, Sud o nesuradnji obavještava Vijeće sigurnosti koje može posegnuti za sankcijama predviđenim u članku 41. Povelje Ujedinjenih naroda.

Konačno, u odnosu na upućivanje slučaja od strane Vijeća sigurnosti valja naglasiti važnost koju u Vijeću sigurnosti imaju njegove stalne članice. Naime, kako glasovi stalnih članica imaju ključnu ulogu po pitanju upućivanja slučaja Sudu, postoji posebna bojazan od neizglasavanja rezolucija i ulaganja veta u pojedinim slučajevima. To na određeni način dovodi u privilegirani položaj jedine dvije stalne članice Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda koje nisu ratificirale Rimski statut, jer njihovo ulaganje veta u načelu onemogućuje djelovanje Međunarodnog kaznenog suda. Ovo je pitanje prije svega političko pitanje, ali ga nužno moramo promatrati u sklopu rasprava o univerzalnoj učinkovitosti Međunarodnog kaznenog suda.

U konačnici možemo zaključiti da pitanje suradnje Međunarodnog kaznenog suda i država valja riješiti u vidu kompromisa između zaštite interesa svake pojedine države te istodobnog osiguranja podrške Sudu u cilju efikasnog provođenja pravde. Jasno je da u nekim situacijama neće biti moguće zadovoljiti oba interesa i tada treba nastojati, poštujući temeljna načela ugovornih odnosa te imajući u vidu ovlasti Vijeća sigurnosti temeljem Povelje, omogućiti nepristrano rješenje problema koje će biti jednako za sve države.

Literatura

1. Byron, Christine, Comment on the Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, *Human Rights Law Review*, 2005., str. 351 – 360.
2. Cassese, A., The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, *European Journal of International Law*, vol. 10, str. 144 – 171.
3. Ciampi, Annalisa, The Obligation to Cooperate u: Cassese, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, vol. II, str. 1607 – 1638.
4. Condorelli, Luigi, Ciampi, Annalisa, Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 590 – 599.
5. Degan, Vladimir Đuro, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka, 2006.
6. Duffy, Helen, Article 73: Third-party information or documents, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 947 – 951.

7. Goldstone, J. Richard & Fritz, Nicole, "In the Interests of Justice" and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000., str. 655 – 667.
8. Josipović, Ivo, Rimski statut i njegova implementacija u: Josipović, I. et. al, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb, 2001., str. 28 – 73.
9. Krapac, Davor, Procesnopravne odredbe Rimskog statuta u svjetlu hrvatskog kaznenopravnog sustava u: Josipović, Ivo et. al, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb, 2001., str. 127 – 147.
10. Kreß, Claus; Prost, Kimberly, Article 87: Requests for cooperation: general provisions, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1055 – 1068.
11. Kreß, Claus; Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika; Wilkitzki Peter, *International Cooperation and Judicial Assistance*, Preliminary Remarks, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1045 – 1050.
12. Mochochoko, Phakiso, *International Cooperation and Judicial Assistance*, u: Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, 1999., str. 305 – 317.
13. Oosterveld, Valerie, Perry Mike, McManus John, *The Cooperation of States with the International Criminal Court*, *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001 – 2002., str. 767 – 839.
14. Prost, Kimberly; Schlunck Angelika, Article 93: Other forms of cooperation, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1101 – 1118.
15. Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, Article 95: Postponement of execution of a request in respect of an admissibility challenge, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1119 – 1122.
16. Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, u: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999., str. 1131 – 1134.
17. Roach, Steven C., *Humanitarian Emergencies and the International Criminal Court (ICC): Toward a Cooperative Arrangement between the ICC and UN Security Council*, *International Studies Perspectives*, vol. 6, 2005., str. 431 – 446.
18. Scheffer, David, Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005., str. 333 – 353.
19. Sluiter, Göran, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Antwerpen, Oxford, New York, 2002.
20. Swart, Bert, *International Cooperation and Judicial Assistance* u: Cassese, A. et. al (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, vol. II, str. 1589 – 1605.
21. Wenqui, Uhu, *On Co-operation by States Non-party to the International Criminal Court*, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, br. 861, 2006, str. 87 – 110.

Summary

STATE COOPERATION WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL

In 1998 the Statute of the International Criminal Court was enacted with the aim to stop "the culture of non-punishing" the perpetrators of the heaviest international crimes as an outcome of long lasting aspirations to achieve this aim and efforts to carry it out. The new period in development of the International Criminal Law commences with its adoption. In particular a state cooperation with the Court has a significant role to secure its efficient work, which is the main subject under discussion in this article. We can observe this cooperation in two different ways – as a cooperation of State Parties to the Rome Statute and as a necessity and an obligation to cooperate of Non-Party States. In the article the authors will try to analyse legal basis and content of the obligation to cooperate imposed upon State Parties and states which are not the parties to the Statute as well as legal consequences of states' failure to cooperate. Moreover, a special attention has been given to the United Nations Security Council's referring a matter in the light of the practical example of Sudan's (non)cooperation with the Court.

Key words: *International Criminal Court, Rome Statute, cooperation, State Parties to the Rome Statute, Non-Party States to the Rome Statute.*

Zusammenfassung

ZUSAMMENARBEIT DER STAATEN MIT DEM INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF

1998 wurde das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs mit dem Ziel der "Kultur der Nichtbestrafung" von Tätern der schwersten internationalen Verbrechen ein Ende zu setzen verabschiedet, wodurch das jahrelange Streben und die Bemühungen zur Realisierung dieses Ziels zum Ausdruck kamen. Mit seiner Verabschiedung beginnt eine neue Epoche in der Entwicklung des internationalen Strafrechts. Für die Garantie einer wirkungsvollen Arbeit des Gerichtshofs spielte gerade die Zusammenarbeit der Staaten mit ihm eine wichtige Rolle, als Grundgegenstand dieser Arbeit. Diese Zusammenarbeit kann von zwei Standpunkten aus betrachtet werden – als Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten des Rom Statuts, aber auch als Notwendigkeit und Pflicht der Zusammenarbeit der Staaten, die keine Mitglieder sind. In der Arbeit werden sich die Autorinnen bemühen, Rechtsgrundlagen und Inhalt der Zusammenarbeitspflicht mit dem

Gerichtshof sowie auch die Staaten, die keine Mitglieder des Rom Statuts sind und auch Rechtsfolgen fehlender Zusammenarbeit zu analysieren. Besondere Aufmerksamkeit wird dem Fall einer Unterweisung (Sendung) eines Gegenstands seitens des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen geschenkt, am Beispiel der praktischen Anwendung der (fehlenden) Zusammenarbeit des Sudans mit dem Gerichtshof.

Schlüsselwörter: *Internationaler Strafgerichtshof, Rom Statut, Zusammenarbeit, Mitgliedsstaaten des Rom Statuts, Staaten, die keine Mitglieder des Rom Statuts sind.*

Sommario

LA COOPERAZIONE DEGLI STATI CON LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Nel 1998, quale risultato della pluriennale aspirazione alla realizzazione di siffatto traguardo e quale espressione della fatica per la sua concretizzazione, viene adottato lo Statuto della Corte Penale Internazionale, al fine di porre fine alla "cultura dell'impunità" degli autori dei reati internazionali più gravi. Con il suo suffragio inizia una nuova era nello sviluppo del diritto penale internazionale. Ruolo centrale, al fine di garantire un efficiente operato della Corte, è rappresentato proprio dal livello di cooperazione dei singoli stati con la medesima; un tanto, del resto, è anche il tema centrale del presente lavoro. Tale cooperazione può essere osservata in due modi: come cooperazione dei Paesi contraenti lo Statuto di Roma, ma anche come necessità e dovere di cooperazione da parte degli stati che non sono firmatari dello stesso. Nel contributo gli autori cercheranno di esaminare le basi giuridiche ed il contenuto dell'obbligo di cooperazione con la Corte, sia delle parti contraenti, che di quelle non firmatarie dello Statuto di Roma, come pure le conseguenze giuridiche della mancata cooperazione. Particolare attenzione è dedicata al caso in cui una questione sia avanzata da parte del Consiglio di Sicurezza della Nazioni Unite, alla luce del caso pratico della (mancata) cooperazione del Sudan.

Parole chiave: *Corte Penale Internazionale, Statuto di Roma, cooperazione, Stati firmatari dello Statuto di Roma, Stati non firmatari dello Statuto di Roma.*

POJAM PODUZETNIKA U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Mr. sc. Ana Pošćić,
asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 334.71::347.77
Ur.: 26. ožujka 2008.
Pr.: 14. studenog 2008.
Izvorni znanstveni članak

Cilj je rada analizirati pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja. U Ugovoru o Zajednici ne postoji definicija pojma te ono svoje značenje dobiva kroz sudsku praksu. Poduzetnika se određuje kao svaki subjekt uključen u gospodarsku djelatnost bez obzira na pravni status i način financiranja. Primjenjuje se funkcionalno shvaćanje pojma. Iz definicije je moguće izdvojiti određene kriterije: poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu, snositi ekonomski ili financijski rizik poslovanja i imati mogućnost ostvarivanja profita. Promatraju se i analiziraju najvažnije presude i odluke pri čemu se ukazuje na moguće probleme u njihovom razumijevanju. Osobita se pozornost posvećuje javnim tijelima i tijelima koje obavljaju djelatnosti od javnog interesa gdje je naglasak na djelatnosti koju tijelo obavlja, a ne njegovom pravnom statusu. Osobito je zanimljivo vidjeti što je s poduzetnicima koji su dio ekonomskog subjekta u kojem se provodi jednoznačna politika.

Ključne riječi: tržišno natjecanje, europsko pravo, pojam “poduzetnika”, funkcionalna definicija poduzetnika, subjekti javnog prava, koncept ekonomskog jedinstva.

1. Uvod

U suvremenom tržišnom gospodarstvu zabrana ograničavajućih sporazuma i monopola zauzima vrlo bitno mjesto. Njome se ostvaruje i osigurava konkurentno tržište i potiče ekonomski rast.

Ponašanje u kojem sudjeluje nekoliko poduzetnika uvijek je teže prepoznati i spriječiti u odnosu na monopol. Zabranjeni sporazumi vrlo su primamljivi za njihove sudionike jer ukoliko se uspješno primjenjuju ostvareni profit bit će daleko veći od onog kojeg bi poduzetnici samostalno postigli. Predstavljaju najteži oblik povrede pravila tržišnog natjecanja. Člankom 81. Ugovora o

Zajednici,¹ zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koja ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu između država članica. Iako slobodno ugovaranje predstavlja temeljno načelo slobodnih tržišnih odnosa, zabranjeno je sklapati sporazume koji mijenjaju uvjete slobodnog tržišnog natjecanja čime smanjuju broj dostupnih proizvoda i povisuju cijene.²

Na tržištu treba stvoriti takve uvjete na kojima će se poduzetnici slobodno natjecati, a s druge strane zabraniti mogućnost sporazumijevanja čime se umjetno mijenjaju uvjeti na tržištu na štetu konkurencije i interesa potrošača. Članak 81. je postavljen vrlo široko tako da može obuhvatiti sve oblike nedopuštenog sporazumijevanja. Struktura članka 81., može se podijeliti u tri dijela: generalnu zabranu uz indikativnu listu mogućih primjera (stavak 1.), pravnu posljedicu zabranjenog sporazuma ili klauzule ukoliko se može izdvojiti iz sporazuma (stavak 2.) i iznimke od zabrane (stavak 3.).

Najčešće je riječ o tajnim sporazumima, usklađenim djelovanjima ili različitim oblicima koluzije. Pomoću njih, ostale se nastoji isključiti s tržišta čime se sudionicima otvara mogućnost povisivanja cijena i ostvarivanja ekstra profita. Sporazumom se povisuju cijene, smanjuje broj ponuđenih proizvoda i sprječavaju inovacije. U konačnici, potrošači plaćaju više za proizvode i usluge slabije kvalitete.³ Idealna situacija za sudionike sporazuma bila bi ona u kojoj bi

¹ Članak 81. glasi:

1. Kao nespojivi sa zajedničkim tržištem, zabranjeni su svi sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i zajedničko djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu između država članica i koji za cilj ili učinak imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja unutar zajedničkog tržišta, a osobito oni kojima se:

neposredno ili posredno određuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti;

ograničavaju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja;

dijele tržišta ili izvori nabave;

primjenjuju nejednaki uvjeti na iste ili slične poslove s različitim trgovačkim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;

sklapanje ugovora uvjetuje pristankom drugih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

2. Svi sporazumi ili odluke zabranjeni na temelju ovog članka ništavi su.

3. Međutim, odredbe stavka 1. mogu se proglasiti neprimjenjivima u slučaju:

svakog sporazuma ili vrste sporazuma između poduzetnika;

svake odluke ili vrste odluka udruženja poduzetnika;

svakog zajedničkog djelovanja ili vrste zajedničkog djelovanja,

koji pridonose poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka, pri čemu potrošačima omogućavaju pravedan udio u koristi koja iz njih proizlazi, te koji:

tim poduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu neophodna za postizanje ovih ciljeva; i

tim poduzetnicima ne omogućavaju uklanjanje konkurencije u pogledu značajnog dijela proizvoda u pitanju.

Konsolidirana verzija Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europskih zajednica, OJ C 321E od 29. prosinca 2006. (dalje u tekstu Ugovor).

² Van Bael, Ivo, Bellis, Jean - Francois, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, The Hague, 2005., str. 27.

³ Report from the Commission, Report on Competition Policy 2005., Brussels, 15.6.2006., SEC (2006) 761 final, str. 7.

se skupina poduzetnika približila ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju.⁴ Svjesna opasnosti za slobodno tržišno natjecanje Komisija je 2005. godine, osnovala poseban odjel koji se bavi isključivo pitanjima kartela.⁵

Zabranjuju se sporazumi među poduzetnicima koji su najčešće stvarni ili potencijalni konkurenti i to bez obzira djeluju li na istoj razini proizvodnje ili na različitim nivoima.⁶ Obuhvaćeni su horizontalni i vertikalni sporazumi.⁷

Za primjenu članka 81. nužno je utvrditi određene elemente. Dokazuje se postojanje poduzetnika i sporazuma, cilj ili učinak sporazuma kojim se nastoji spriječiti, ograničiti ili ugroziti tržišno natjecanje, kao i znatan utjecaj sporazuma na trgovinu i to posebice trgovinu među državama članicama.⁸ Pojmovi se ne određuju Ugovorom, već sadržaj tumači Europska komisija i sudovi Europskih zajednica. Prema gledištu doktrine odredbi nedostaje preciznost i jasnoća.⁹

Iznimno je teško razlikovati situacije u kojima poduzetnici "inteligentno" odgovaraju na reakcije svojih konkurenata od onih situacija u kojima poduzetnici svjesno djeluju sa znanjem o ponašanju drugog.¹⁰ Zbog toga je bitno utvrditi neke zajedničke karakteristike koje će pomoći u jasnom i uniformnom razumijevanju odredbe. Svaki sporazum s mogućim antikompetitivnim učincima se ispituje i pokušava utvrditi jesu li ispunjeni kriteriji za primjenu članka 81. stavka 1. Ugovora. Ako su svi uvjeti ispunjeni, sporazum će biti ništav, osim ako ne postoje kriteriji za primjenu iznimki iz stavka 3. Prema stavku 3., svaki sporazum se može izuzeti ukoliko pridonosi poboljšanju proizvodnje, ili distribucije robe, ili promicanju tehničkog, ili gospodarskog napretka, pri čemu omogućava potrošačima pravedan udio u nastaloj koristi te koji poduzetnicima ne nameće ograničenja koja nisu neophodna za postizanje prethodnih ciljeva i ne uklanja konkurenciju u pogledu značajnog dijela proizvoda u pitanju. U stavku 3., uspoređuju se i "važu" negativni i pozitivni učinci sporazuma.

Člankom 82.,¹¹ nastoji se sankcionirati zlorababe koje može vršiti poduzetnik u vladajućem položaju. Članice Europskih zajednica ne smiju činiti ništa što bi

⁴ Furse, Mark, *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 135.

⁵ Vidjeti Report from the Commission, op. cit., str. 7.

⁶ Jones, Alison, Suftrin, Brenda, *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 101.

⁷ Detaljnije vidjeti Bishop, Simon, Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet and Maxwell, London, 2002., str. 153., i dalje.

⁸ Jones, A., Suftrin, B., op. cit., str. 102. i 103.

⁹ Za pregled najvažnijih mišljenja vidjeti Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81.*, Oxford University Press, Oxford, 2006., str. 4.

¹⁰ Furse, M., op. cit., str. 147.

¹¹ Članak 82. glasi:

Svaka zlorabota dominantnog položaja od strane jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu ili u njegovom značajnom dijelu, zabranjena je, jer nije u skladu sa zajedničkim tržištem budući da bi mogla utjecati na trgovinu između država-članica.

Takva se zlorabota može naročito očitovati kao:

izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, ili ostalih nepravednih trgovinskih uvjeta;

moglo ugroziti postizanje ciljeva Zajednice. To proizlazi iz tzv. klauzule lojalnosti sadržane u članku 10. Ugovora. Jedan od ciljeva Zajednice je uspostaviti sustav na kojem će se nesmetano odvijati slobodno tržišno natjecanje. Poduzetnik sa snažnim položajem na tržištu može ugroziti prethodni cilj. Odredbom se nastoji kontrolirati tržište i sankcionirati ponašanje poduzetnika neosjetljivog na kompetitivnu strukturu tržišta.

Zabranjeno je postupanje poduzetnika koje zbog svoje moći djeluje neovisno u odnosu na svoju konkurenciju i moguće kompetitivne pritiske. Zahvaljujući svojem vladajućem položaju poduzetnik još više jača ekonomsku moć. Ostalima sprječava pristup tržištu i ostvaruje razne prednosti i dobitke.¹² Zlouporeba vladajućeg položaja ima negativne posljedice na kompetitivnu strukturu tržišta pri čemu se pojedini oblici zlouporabe neposredno ili posredno odražavaju na potrošače. U cilju maksimiziranja dobiti, poduzetnik u vladajućem položaju nameće više cijene. Time dolazi do redistribucije blagostanja s potrošača prema poduzetniku. Kao posljedica visokih cijena, prodaje se manje proizvoda čime dolazi do alokativne neučinkovitosti i gubitka blagostanja općenito.¹³

Struktura članka 82., može se podijeliti u dva dijela.¹⁴ Prvim se stavkom zabranjuje zlouporeba vladajućeg položaja na zajedničkom tržištu, dok se drugim nabrajaju moguće zabrane. Člankom 82., zabranjuje se određeno ponašanje koje se će proglasiti nedopuštenim ako zadovolji propisane kriterije pri čemu postupak i način ispitivanja nisu propisani. Ostavljen je nacionalnim sudovima ili institucijama Europske zajednice.

Pretpostavke su postojanja vladajućeg položaja: jedan ili više poduzetnik, vladajući položaj, poduzetnik mora zauzimati vladajući položaj na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, postojanje zlouporabe i utjecaj na trgovinu među državama članicama.¹⁵ Sve se ove pretpostavke moraju kumulativno ispuniti.

Usporedbom s člankom 81., jasno se može uočiti kako su primjeri zlouporebe identični jer i jedan i drugi članak u konačnici nastoje postići isti cilj što uključuje učinkovitu i slobodnu tržišnu utakmicu. Međutim, postoje i razlike.

ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvitka na štetu potrošača;

primjenjivanje različitih uvjeta na jednaka poslovanja s ostalim trgovačkim strankama, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;

uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom ostalih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkoj praksi, nemaju nikakve veze s predmetom tih ugovora.

¹² Temple, Lang, John, *Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law*, *Fordham International Law Forum*, vol. 3., br. 1/79-80., str. 10.

¹³ Buttigieg, Eugene, *Consumer Interests and the Antitrust Approach to Abusive Practices by Dominant Firms*, *European Business Law Review*, vol. 16., br. 5/05., str. 1191.

¹⁴ Vidjeti Alnors - Llorens, Albertina, *EC Competition Law and Policy*, Willan Publishing, Devon, Portland, 2002., str. 74. i dalje. Vaughan, David i dr., *EU Competition Law: General Principles*, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2006., str. 219. i dalje.

¹⁵ Tako je bilo u slučaju *United Brands* gdje je utvrđeno kako poduzetnik zauzima vladajući položaj bez obzira što je tijekom zadnjih pet godina od ispitivanja trpio gubitke. Vidjeti *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, 27/76 od 14. veljače 1978., ECR 1978, str. 00207.

Najočitija je u tomu što se člankom 82. zabranjuje zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika, dok se članak 81. primjenjuje bez obzira zauzima li jedan ili više poduzetnika vladajući položaj. Članak 82., primjenjuje se bez obzira je li riječ o jednostranom ponašanju ili sporazumu poduzetnika u vladajućem položaju, dok se člankom 81. zabranjuje sporazumijevanje između dva ili više samostalnih poduzetnika. I kao posljednje, za razliku od članka 81., člankom 82. nisu predviđene nikakve iznimke.¹⁶ Polazna točka i ujedno najbitniji element za primjenu oba članka definiranje je pojma poduzetnika.

2. Pojam “poduzetnika”

Pojam se u Ugovoru ne određuje. Definiciju je moguće pronaći u odlukama Komisije i presudama sudova. Opći pravobranitelj Jacobs u svojem mišljenju na slučaj *Albany* raspravlja kako “koncept poduzetnika ostvaruje dvostruku svrhu. S jedne strane, i ta funkcija je uočljivija, omogućuje utvrđivanje kategorije pravnih subjekta na koje se primjenjuju pravila tržišnog natjecanja..... S druge strane, omogućuje definiranje subjekta kojemu se određeno ponašanje može pripisati”.¹⁷ Kao što će se vidjeti, Komisija i sudovi pojam tumače vrlo široko. Primjenjuju, tzv. funkcionalni pristup pri čemu isključivo promatraju djelatnost i funkciju subjekta zanemarujući njegov pravni oblik ili formu. Praksa je iznimno raznolika i zanimljiva. Postoje neki kriterij koji se ponavljaju i koji su manje više konstanta u definiranju. U nastavku će se definirati pojam, raščlaniti i analizirati najbitnije elemente definicije.

2.1. Funkcionalna definicija poduzetnika

U presudi *Höfner* pojam poduzetnika se određuje kao: “svaki subjekt uključen u gospodarsku djelatnost bez obzira na pravni status i način financiranja¹⁸”. Svaka se situacija samostalno procjenjuje s obzirom na činjenice i specifičnosti pojedinog slučaja. Definicija je vrlo široko utvrđena kako bi “pokrila” široki raspon mogućih djelatnosti. Svaki subjekt koji je uključen u gospodarsku djelatnost bez obzira na pravni status, način financiranja i namjeru ili činjenicu ostvarivanja dobiti smatrat će se poduzetnikom. Primjenjuje se tzv. funkcionalni pristup. Gleda se isključivo na djelatnost koju određeni subjekt obavlja pri čemu nisu od značaja pravni elementi definicije, već sveukupnost svih činjenica i gospodarskih okolnosti određenog slučaja.¹⁹ Definicija iz

¹⁶ Van Bael, I., Bellis, J., op. cit, str. 116.

¹⁷ Odudu, O., op. cit., str. 23.

¹⁸ Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, C-41/90 od 23. travnja 1991., ECR 1991 str. I-01979., točka 21. Vidjeti Mancero-Bucheli, Gabriela, *Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47., br.1/98., str. 149-173.

¹⁹ Cerovac, Mladen, *Pojam poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja*, Hrvatska pravna revija, br. 10/05., str. 63.

presude *Höfner*, s neznatnim se razlikama ponavlja u kasnijim odlukama Komisije i presudama sudova. Pozornost i tumačenje je isključivo na djelatnosti subjekta. Prema Odudu bitno je utvrditi što čini gospodarsku djelatnost, a ne što ili tko se smatra poduzetnikom.²⁰ Pravni status ili način financiranja nisu relevantni, već isključivo činjenica sudjeluje li subjekt u prometu robe ili usluga na tržištu.

Subjekti mogu biti aktivni sudionici raznih djelatnosti pri čemu sve ne moraju biti gospodarskog karaktera. Zbog toga se jedan aspekt djelatnosti može smatrati poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja, dok drugi može biti izvan polja primjene.²¹

2.2. Kriteriji za primjenu definicije poduzetnika

Iz definicije je moguće izdvojiti određene kriterije. Poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu, snositi ekonomski ili financijski rizik poslovanja i imati mogućnost ostvarivanja profita.²²

Prvim je kriterijem nužno dokazati da je odnosni subjekt aktivni sudionik u prometu roba ili usluga na tržištu. U tumačenju pojmova roba ili usluge, sud i Komisija se oslanjaju na definicije iz Ugovora i sudsku praksu iz područja slobode kretanja robe. Važno je dokazati kako subjekt sudjeluje samostalno na tržištu pri čemu način na koji je organiziran i oblikovan nije od važnosti. U tom smislu, potrošači i zaposlenici se neće smatrati poduzetnicima. Kada su u pitanju potrošači, nužno je razlikovati dvije situacije. U europskom pravu pod potrošačem se uglavnom smatraju osobe koje nabavljaju robu ili usluge izvan svoje profesionalne djelatnosti. Oni su pasivna stranka na tržištu te se na njih neće primjenjivati pojam poduzetnika. Primjenjuje se šire tumačenje pojma potrošač te u tom smislu mogu biti predmetom definicije poduzetnika. Nužno je utvrditi je li osoba pasivan ili aktivan sudionik na tržištu. Ako sudionik na tržištu kupuje dobra ili usluge za svoje osobne potrebe ili potrebe svoje obitelji tada će biti izvan pravila tržišnog natjecanja. Međutim, ukoliko kupuje dobra ili usluge koje koristi u svojim daljnjim djelatnostima na tržištu, smatrat će se poduzetnikom.

²⁰ Odudu, O., op. cit., str. 25. Mišljenje općeg pravobranitelja Jacobsa od 22. svibnja 2003., na spojene predmete C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, See-Krankenkasse v Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mundipharma GmbH (C-306/01) Gödecke Aktiengesellschaft (C-354/01) Intersan (C-355/01), točka 25.

²¹ Opći pravobranitelj je u mišljenju na predmet *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* (Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, C-475/99 od 25. listopada 2001.) smatrao kako je koncept poduzetnika relativan te se pravni subjekt može smatrati poduzetnikom u smislu određenih djelatnosti, dok ostale mogu biti izvan pravila tržišnog natjecanja. Djelatnosti koje subjekti vrše u okviru javne vlasti izvan su primjene pravila tržišnog natjecanja bez obzira što je riječ o ekonomskim djelatnostima. Vidjeti mišljenje općeg pravobranitelja Jacobsa od 17. svibnja 2001.

²² Odudu, O., op. cit., str. 26.

Bitno je utvrditi daljnju namjenu, ili svrhu kupljene robe, ili pribavljenih usluga.²³ U tom kontekstu zanimljiv je slučaj *Pavlov*. Liječnici specijalisti nudili su svoje usluge na tržištu medicinskih usluga. Za rad su primali naknadu i snosili financijski rizik poslovanja.²⁴ U tom smislu smatraju se poduzetnicima. Međutim, kada, kao što je to bio slučaj, plaćaju doprinose za dodatno mirovinsko osiguranje više se neće smatrati poduzetnicima, već potrošačima. U toj situaciji krajnji su korisnici i samim time su izvan pravila tržišnog natjecanja. Komisija u pojašnjavanju daje primjer osoba koje financijski ulažu na tržištu ili kupuju kuću za odmor.²⁵ Međutim, Europski sud je bio drugačijeg mišljenja. Prema njemu činjenica po kojoj liječnik plaća doprinose u svoj dodatni mirovinski fond usko je vezana uz njegovu profesionalnu djelatnost. Uplatom u dodatni fond, liječnicima je omogućeno ulaganje dijela svojih primanja s ciljem osiguranja svojoj obitelji i sebi dodatnih prihoda nakon prestanka radnog odnosa.²⁶ Sud je u analizi sustava mirovinskog osiguranja pronašao elemente solidarnosti i za razliku od gledišta Komisije zaključio kako se liječnici specijalisti ne mogu smatrati potrošačima.

Pravila tržišnog natjecanja također se ne odnose na zaposlenike. Oni ne obavljaju djelatnosti karakteristične poduzetnicima. Kasnije, dodavanjem ostalih kriterija definiciji, jasno će se pokazati kako zaposlenici ne snose nikakav financijski rizik poslovanja i nemaju namjeru ostvarivanja profita. Za ostvareni rad primaju naknadu. U tom smislu i sindikalne organizacije se neće smatrati poduzetnikom sve dok zastupaju interese svojih zaposlenika.

Poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu. Nije bitno u kojem obliku djeluje i je li dio javne vlasti. U slučaju *AAMS* bez obzira što je bila riječ o javnom poduzetniku, Europski sud je utvrdio da se ipak radi o poduzetniku jer nudi dobra i usluge na tržištu proizvodnje duhanskih proizvoda.²⁷ Naime, Komisija je pokrenula postupak protiv Italije koja je propustila obavijestiti Komisiju o tijelu *Aministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* na što je, prema Direktivi 80/723 od 25. lipnja 1980. godine o transparentnosti financijskih odnosa između država članica i javnih poduzetnika bila obvezna. Prema talijanskom zakonodavstvu tijelo je bilo dio javne vlasti te prema mišljenju Italije nije bilo u obvezi udovoljavati zahtjevima iz direktive.²⁸ Međutim, tijelo je nudilo dobra i usluge na tržištu. Bilo je uključeno u ekonomsku djelatnost i samim time smatrano je poduzetnikom.

²³ Šoljan, Vedran, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja* Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 129.

²⁴ Pavel Pavlov i dr. i *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, spojeni predmeti C-180/98 do C-184/98 od 12. rujna 2000., točka 76.

²⁵ *Ibid.*, točka 78.

²⁶ *Ibid.*, točka 79.

²⁷ *Commission of the European Communities v Italian Republic*, 118/85 od 16. lipnja 1987., ECR 1987, str. 02599., točka 3.

²⁸ *Ibid.*, točka 21.

Drugim kriterijem utvrđuje se snosi li poduzetnik neki oblik ekonomskog ili financijskog rizika. U slučaju *Wouters* postavilo se pitanje je li moguće članove odvjetničke komore smatrati poduzetnicima. Odvjetnici su za svoje poslovanje sami snosili rizik.²⁹ U slučaju neravnoteže između troškova poslovanja i ostvarenih prihoda sami su nadoknađivali nastale gubitke. Ključ je u riziku. Ukoliko subjekt ne snosi nikakav rizik poslovanja, primjerice zaposlenik, neće se smatrati poduzetnikom. Međutim, ukoliko zaposlenik obavlja samostalnu djelatnost tada će se i on smatrati poduzetnikom.³⁰ Tijela koja su upravljala fondovima za socijalno osiguranje nisu se smatrala poduzetnicima upravo zbog činjenice što nisu snosili nikakav rizik mogućih gubitaka.³¹

Ako poduzetnik djeluje na tržištu na kojem nudi dobra i usluge pri čemu snosi financijski rizik, normalno je da očekuje ostvarivanje određenog profita. Dostatno će biti dokazati samu mogućnost postizanja profita, pri čemu neće biti od značaja ostvaruje li doista profit i koji su motivi iza njega.³² Namjera ili sama činjenica ostvarivanja dobiti nije od važnosti. Dovoljna je sama mogućnost. U presudi *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* Europski sud je jasno naveo kako sama činjenica da je određeno tijelo nepofitabilno ne utječe na gospodarski karakter djelatnosti.³³ U tom slučaju, neprofitna organizacija upravljala je sustavom dodatnog mirovinskog osiguranja koje je poslovalo u skladu s principom kapitalizacije. Slično u presudi *Höfner*, bila je riječ o tijelu koje se bavilo posredovanjem pri zapošljavanju. Prema njemačkom zakonodavstvu tu je djelatnost moglo obavljati isključivo javno tijelo. U Njemačkoj je tu uslugu vršio Savezni zavod za zapošljavanje. Njemačka je tvrdila kako Savezni zavod za zapošljavanje nema namjeru ostvarivanja profita. Međutim, prema dostupnim podacima o crnom tržištu za posredovanje pri zapošljavanju i na temelju činjenice da tijelo nije moglo pokriti sve upite vezane uz zapošljavanje, Europski sud je zaključio kako tijelo ima mogućnost postizanja profita i samim time se smatra poduzetnikom.

Sud uopće ne zanima želi li subjekt doista ostvariti profit. Budući da je to vrlo teško utvrditi, opći pravobranitelj Jacobs predlaže primjenu testa koji će odgovoriti na pitanje može li upitnu gospodarsku djelatnost obavljati privatni

²⁹ J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van*, C-309/99 od 19. veljače 2002., točka 48.

³⁰ Odluka Komisije od 26. srpnja 1976. (IV/28.996 - Reuter/BASF), OJ L 254, 17/09/1976., str. 0040-0050. U ovoj odluci zaposlenik je prodao dionice društva kojeg je osnovao i čiji je bio upravitelj s time da je i dalje zadržao određeni oblik nadzora nad njime.

³¹ Vidjeti presudu *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96 od 21. rujna 1999., ECR 1999, str. I-05751.

³² Vidjeti presudu *Heintz van Landewyck SARL i dr. v Commission of the European Communities*, spojeni predmeti 209 do 215 i 218/78 od 29. listopada 1980., ECR 1980, str. 03125. U toj se presudi radilo o zahtjevu za poništenje odluke Komisije koju je donijela protiv neprofitnog belgijskog i nizozemskog udruženja proizvođača duhana.

³³ *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94 od 16. studenog 1995., ECR 1995, str. I-04013., točka 21.

poduzetnik u cilju ostvarenja profita. Ako to nije moguće, tada uopće nema smisla primjenjivati pravila tržišnog natjecanja.³⁴

Rezultat široko primjenjivane definicije pojma poduzetnik uključuje je raznolikih djelatnosti pod tim pojmom. Komisija je u određenim situacijama pojedince smatrala poduzetnikom. Tako je u odluci *RAI*³⁵ proglasila operne pjevače poduzetnicima ili u odluci *Vaessen/Moris*³⁶ osobu koje je komercijalno iskorištavala svoj patent sklapanjem posebnog ugovora s trgovačkim društvom u njegovom većinskom vlasništvu. Poljoprivredna udruženja su također smatrana poduzetnikom.³⁷ Sportska udruženja uključena u gospodarske djelatnosti proglasit će se poduzetnikom bez obzira što u europskom pravu prevladava mišljenje kako na sportske događaje nije primjereno primjenjivati pravila tržišnog natjecanja. U tom kontekstu zanimljiva je odluka *Football World Cup*.³⁸ Ključni kriterij bio je obavljanje gospodarske djelatnosti. Činjenice su bile sljedeće. FIFA je organizaciju Svjetskog nogometnog prvenstva u Italiji 1990. godine, povjerala talijanskom nogometnom udruženju (FIGC). Za logističke potrebe FIFA i FIGC osnovala su lokalno organizacijsko tijelo. Ono je dvjema putničkim agencijama dalo ekskluzivno pravo prodaje ulaznica za utakmice nogometnog prvenstva kao dio paket turističkog aranžmana. Pored njih i druge agencije su dobile pravo na prodaju ulaznica, ali ih nisu smjele prodavati kao dio paket turističkog aranžmana. Smatralo se kako se time krši članak 81. Ugovora. Najprije je trebalo utvrditi jesu li nogometna tijela poduzetnici. Odgovor će ovisiti o tomu jesu li ispunjeni svi kriteriji za primjenu definicije, a prije svega je li riječ o djelatnosti ekonomskog karaktera. Komisija je utvrdila kako je svjetsko nogometno prvenstvo komercijalnog karaktera. U prodaji je veliki broj ulaznica za utakmice. Iznimno veliki iznosi troše se na oglašavanje i sklapanje ugovora o prijenosu utakmica.³⁹ FIFA je udruženje nacionalnih nogometnih organizacija. Obavlja sportske djelatnosti, ali i djelatnosti komercijalnog karaktera. Zaključuje ugovore o oglašavanju, komercijalnom eksploatiranju amblema prvenstva i ugovore o televizijskom prijenosu utakmica. U tom smislu smatra se poduzetnikom.⁴⁰ Lokalno organizacijsko tijelo osnovano od strane FIFA i FIGC bavi se djelatnostima koje uključuju tehničku i logističku organizaciju svjetskog prvenstva. Najvažniji zadatak je distribucija ulaznica za nogometne utakmice te se smatra poduzetnikom.

³⁴ Mišljenje općeg pravobranitelja Jacobsa od 22. svibnja 2003. na spojene predmete AOK Bundesverband i dr., op. cit., točka 28.

³⁵ Odluka Komisije od 26. svibnja 1978. (IV/29.559 - RAI/UNITEL), OJ L 157, 15/06/1978., str. 0039–0041.

³⁶ Odluka Komisije od 10. siječnja 1979. (IV/C-29.290 Vaessen/Moris), OJ L 019, 26/01/1979., str. 0032–0036.

³⁷ *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselafabriek v Commission of the European Communities*, 61/80 od 25. ožujka 1981., ECR 1981, str. 00851.

³⁸ Odluka Komisije of 27. listopada 1992. (IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup), OJ L 326, 12/11/1992., str. 0031–0042.

³⁹ *Ibid.*, točka 44.

⁴⁰ *Ibid.*, točka 49.

2.3. Pravni oblik subjekta nije od značaja

Komisija u odluci *Polypropylene* razlikuje poduzetnike u smislu pravila tržišnog natjecanja i one u okviru trgovačkog ili poreznog prava.⁴¹ Sud i Komisiju ne zanima pravni oblik ili pravna osobnost u smislu prava društva. U određivanju određenog subjekta poduzetnikom status ili forma subjekta je sasvim nebitna.⁴² Isključivo se promatra priroda djelatnosti poduzetnika pri čemu je skroz nevažno je li poduzetnik dio države ili nekog drugog oblika javne vlasti. Sud u Genovi uputio je nekoliko prethodnih pitanja Europskom sudu pravde.⁴³ Ona su se pojavila u postupku kojeg su talijanske vlasti pokrenule protiv gospodina Banchera za nezakonito posjedovanje duhanskih proizvoda stranog porijekla. Banhero je posjedovao određenu količinu duhanskih proizvoda na koje nije platio carinu i porez na dodanu vrijednost. Proizvodima nije mogao dokazati porijeklo.

Banhero je pred nacionalnim sudom ukazao na upitnost talijanskog zakonodavstva u odnosu na europske propise u području monopola u duhanskoj industriji i velikog broja odredbi koje se odnose na duhanske proizvode porijeklom iz drugih zemalja.

Pored velikog broja pitanja upućenih Europskom sudu svakako najzanimljivije je ono po kojem se nacionalni sud pita zabranjuju li članci 10., 82. i 86. Ugovora nacionalno zakonodavstvo koje omogućava maloprodaju duhanskih proizvoda isključivo distributerima odobrenim od strane države. Tijelo Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato davalo je prethodno odobrenje. Upitno je bilo je li time počinjena zlouporaba vladajućeg položaja. Prije svega trebalo je utvrditi može li se uopće govoriti o poduzetniku u smislu članka 82. Prema Komisiji članci 81. i 82. primjenjivat će se na ponašanje javnog tijela, ali samo kada se sa sigurnošću može pokazati kako država ili neka javna vlast preko njega obavlja gospodarsku djelatnost industrijskog ili trgovačkog karaktera i to ponudom robe ili usluga na tržištu. Sasvim je nebitno obavlja li država neposredno gospodarsku djelatnost preko tijela koje je dio državne uprave ili je posebnom tijelu dala isključive ovlasti. Odlučujuća je priroda tih djelatnosti. Sud je smatrao kako su djelatnosti tijela gospodarskog karaktera. Iako je država sudjelovala u njegovom vlasništvu, tijelo koje je nadziralo distribuciju duhanskih proizvoda proglašeno je poduzetnikom jer je bilo uključeno u industrijsku i komercijalnu djelatnost. Nije važno što nema pravnu osobnost odvojenu od

⁴¹ U tom je slučaju bila riječ o dugogodišnjem kartelu u petrokemijskoj industriji. Komisija je utvrdila kako je petnaest poduzetnika sudjelovalo u okvirnom sporazumu prema kojem su se određivale cijene i volumeni prodaje. Kartel temeljen na zajedničkom i detaljnom planu se smatrao jednim sporazumom u smislu pravila tržišnog natjecanja. Odluka Komisije od 23. travnja 1986. (IV/31.149 - Polypropylene), OJ L 230, 18/8/1986., str. 1–66. točka 99. i Jones, A., Sufrin, B., op. cit., 107. i 133.

⁴² Wouter, P.J. Wils, The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 101.

⁴³ Criminal proceedings against Giorgio Domingo Banhero, C-387/93 od 14. prosinca 1995., ECR 1995, str. I-0466.

države. Tijelo pripada državi, ali bez obzira na to uživa određenu samostalnost u odnosu na odlučivanje, svoju imovinu i upravljanje. Pravila se tržišnog natjecanja primjenjuju na djelatnosti tog tijela.

Komisija je tijelo koje nadzire zračni promet u Parizu smatrala poduzetnikom bez obzira na što je bilo tijelo s javnim ovlastima. Djelatnost je gospodarskog karaktera.⁴⁴ Aéroports de Paris je vladino tijelo koje planira, upravlja i nadzire civilni zračni promet u području Pariza. Nastoji olakšati usluge dolaska i odlaska aviona, kontrolira zračni prostor, ukrcaj i iskrcaj putnika, tereta i pošte. Za usluge naplaćuje određene novčane iznose te je riječ o djelatnosti komercijalnog karaktera. Tijelo za nadzor zračnog prometa u Portugalu Komisija je također proglasila poduzetnikom.⁴⁵

Za kvalifikaciju određenog tijela poduzetnikom nije bitno je li tijelo u javnom ili privatnom vlasništvu, već isključivo činjenica obavlja li tijelo djelatnost komercijalnog ili industrijskog karaktera, odnosno nudi li robu ili usluge na tržištu.

2.4. Samostalna zanimanja

Nedoumice u primjeni pravila tržišnog natjecanja mogu izazvati osobe koje se bave samostalnim zanimanjima. Pitanje je može li se na njih primjenjivati pravila tržišnog natjecanja. U prvim danima razvoja pravila tržišnog natjecanja prevladalo je mišljenje kako se na njih ona ne primjenjuju. Komisija s vremenom mijenja mišljenje i proglašava operne pjevače,⁴⁶ carinske agente⁴⁷ i odvjetnike poduzetnicima. O posljednjem slučaju već je ukratko bilo govora. U slučaju *Wouters* postavljeno je pitanje Europskom sudu predstavlja li propis koji regulira partnerstvo članova komore s drugim profesionalcima, konkretno u ovom slučaju računovođama, odluku udruženja poduzetnika. Kako bi odgovorio na to pitanje Europski sud je najprije morao utvrditi jesu li odvjetnici poduzetnici u smislu pravila tržišnog natjecanja. Članovi Komore pružaju pravne savjete za koje naplaćuju nagradu, daju pravna mišljenja, sklapaju ugovore i pišu druge podneske, zastupaju stranke u pravnim poslovima. Snose financijski rizik poslovanja. Ako troškovi prelaze prihode sami snose gubitke.⁴⁸ Promatra se

⁴⁴ Aéroports de Paris v Commission of the European Communities, T-128/98 od 12. prosinca 2000., točka 125.

⁴⁵ Odluka Komisije od 10. veljače 1999. (Case No IV/35.703 - Portuguese airports), OJ L 69, 16/03/1999., str. 31–39., točka 12.

⁴⁶ Odluka Komisije od 26. svibnja 1978. (IV/29.559 - RAI/UNITEL), OJ L 157, 15/06/1978., str. 0039–0041.

⁴⁷ Odluka Komisije od 30. lipnja 1993. (IV/33.407 - CNSD), OJ L 203, 13/08/1993., str. 0027–0033., točka 40. Komisija je smatrala kako se isključivo gleda na ekonomski karakter djelatnosti. Prvostupanjski sud je naveo kako carinski agenti uz naplatu nude usluge koje se sastoje u obavljanju carinskih formalnosti koje se odnose na uvoz, izvoz i tranzit dobara, kao i druge komplementarne usluge u monetarnom, trgovačkom i fiskalnom sektoru. Oni snose financijski rizik, točke 36–38.

⁴⁸ J.C.J. Wouters., op. cit., točke 45–49.

isključivo priroda djelatnosti koju poduzetnik obavlja, a u ovom slučaju ona je bila ekonomskog karaktera. Opći pravobranitelj povodom davanja mišljenja na slučaj *Arduino* utvrdio je kako članovi talijanske odvjetničke komore nude usluge pravnog savjetovanja i zastupanja svojih klijenta pred sudovima. Djeluju na tržištu pravnih usluga s namjerom ostvarivanja dobiti. U zamjenu za svoje usluge dobivaju nagradu. Prema tomu, pružanje pravnih usluga smatra se ekonomskom aktivnošću. Suprotno mišljenju talijanske vlade koja je intervenirala u slučaju, opći pravobranitelj je smatrao kako prethodni zaključak ne mijenja ni činjenica da članovi Komore moraju poštivati pravila profesionalnog ponašanja, kao i okolnost da obavljaju djelatnosti koje se odnose na upravu i pravosuđe.⁴⁹

U slučaju *Coapi*, Komisija je zastupnike u postupcima koji se odnose na pitanja intelektualnog vlasništva smatrala poduzetnicima. Oni obavljaju djelatnost kao osobe samostalnog zanimanja. Dugoročno nude usluge. Komisiju nije zanimala ni okolnost da je njihovo zanimanje uređeno zakonskim propisom i direktivom, kao i činjenica da je usluga intelektualnog, tehničkog karaktera i usko specijalizirana te se pruža na osobnom i neposrednom principu. Nijedna od ovih okolnosti ne utječe na prirodu ekonomske djelatnosti.⁵⁰

U prethodnim presudama Europski sud i Komisija svoja su razmišljanja temeljili na sudjelovanju subjekta na tržištu. Sud je izravno povezao činjenicu sudjelovanja na tržištu s ekonomskom prirodom djelatnosti. Srž je bila u nuđenju usluga ili dobra na određenom tržištu.

2.5. Subjekti javnog prava

Postoje određeni adresati na koje se u iznimnim slučajevima pravila tržišnog natjecanja neće primijeniti. Riječ je o subjektima javnog prava i tijela kojima je posebnim propisom povjereno obavljanje djelatnosti u javnom interesu. Međutim, oni neće uvijek i bezrezervno biti izvan polja primjene. Uz ispunjenje nekih kriterija i ovisno o specifičnostima pojedinog slučaja iznimno će se klasificirati kao poduzetnici. Ispitivanje se isključivo usmjerava na djelatnost subjekta pri čemu se ne zaboravlja kako je riječ o tijelima koja su dio javne vlasti.

Kroz sudsku praksu, što će se na konkretnim primjerima pokazati, temeljno je pitanje vrši li odnosno tijelo djelatnost ekonomskog karaktera. Ponekad nije baš jednostavno razlučiti i utvrditi karakter određenih djelatnosti. Posebno je zanimljivo vidjeti može li nositelj socijalnih usluga biti poduzetnikom.

Presuda *Höfner* zanimljiva je za ovaj segment. Činjenice su sljedeće. Prema njemačkom pravu o promociji zapošljavanja isključio je javna agencija za zapošljavanje imala monopol u zapošljavanju. Iznimno su privatne agencije mogle zapošljavati osobe koje posjeduju posebne stručne kvalifikacije. Pred

⁴⁹ Mišljenje općeg pravobranitelja Légera od 10. srpnja 2001. na predmet C-35/99, Criminal proceedings against Manuele Arduino, točke 47-50.

⁵⁰ Odluka Komisije od 30. siječnja 1995. (IV/33.686 - Coapi), OJ L 122, 02/06/1995., str. 0037-0050., točka 32.

njemačkim sudom nastao je spor između privatne agencije za zapošljavanje stručnih kadrova i poduzetnika Macrotron za kojeg je ta agencija tražila zaposlenike. Smatralo se kako se time krši njemački zakon te je ugovor ništav. Sijedom toga Macrotron je tražio povrat novca. Prema njemu ugovor je ništav jer je protivan prisilnim propisima njemačkog zakonodavstva te nije obvezan platiti za pruženu uslugu. Njemački sud je smatrao kako ishod spora ovisi o europskom pravu i prije svega o tomu je li javna agencija zloupotrabila svoj monopolski položaj, a prije svega može li se u tom slučaju uopće govoriti o poduzetniku. Prema Europskom sudu, činjenica da usluge zapošljavanja uobičajeno vrše javne agencije ne utječe na ekonomski karakter tih djelatnosti. Poslove posredovanja pri zapošljavanju ne vrše uvijek i nužno javna tijela. Osobito kao što je u ovom slučaju zapošljavanje osoba posebnih kvalifikacija. Prema Europskom sudu, agencija za zapošljavanje smatra se poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. U ovom slučaju posredovanje pri zapošljavanju obavljalo je privatno tijelo te je i ono bilo poduzetnik.⁵¹

Komisija i Europski sud određena tijela nisu smatrali poduzetnikom. Europskom sudu je upućeno prethodno pitanje smatra li se Europsko udruženje sigurnosti zračnog prometa (Eurocontrol) poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. Tijelo je obavljalo zadatke javnog interesa koji uključuju čuvanje i poboljšanje sigurnosti zračnog prometa. Zadaci Eurocontrola su prije svega vezani uz istraživanje, planiranje i koordinaciju nacionalnih politika i pitanja koja se odnose na stručno usavršavanje zaposlenika. Korisnici su plaćali naknadu za pružene usluge. Ona je bila sastavni dio njegovih djelatnosti i propisana međunarodnim propisima.⁵² Tijelo nije bilo samostalno u njenom određivanju. Djelatnosti Eurocontrola podvrgnute su pravilima i nadzoru. Obavlja funkciju javne vlasti u smislu nadzora zračnog prostora te se ne smatra poduzetnikom.⁵³ Nadzor zračnog prometa zadatak je koji se odnosi na obavljanje javne vlasti i nije ekonomskog karaktera jer je riječ o usluzi javnog interesa koja ima namjeru štititi zračni promet i osobe koje se njime koriste. Prema Komisiji bitno je sagledati prirodu tih djelatnosti.

U presudi *Diego Cali*,⁵⁴ bila je riječ o posebnom tijelu SEPG (Servizi Ecologici Porto di Genova SpA) čija je aktivnost bila usmjerena na preventivne poslove od mogućih zagađenja naftne luke. Cali je odbio platiti za preventivne usluge pozivajući se da on nije nikada tražio takve usluge. Europski sud je smatrao da uvijek treba ispitati prirodu djelatnosti koje obavlja javno tijelo ili tijelo kojemu je država dodijelila specijalna ili ekskluzivna prava. Zadatak koji je SEPG obavljalo od javnog je interesa koji je dio temeljnih funkcija države na zaštiti morskih područja. Takav nadzor je svojom prirodom, ciljem i pravilima

⁵¹ Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH., op. cit., točka 23.

⁵² SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol, C-364/92 od 19. siječnja 1994., ECR 1994, str. I-00043, točke 17-32

⁵³ Ibid., točke 30. i 31.

⁵⁴ *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95 od 18. ožujka 1997., ECR 1997, str. I-01547.

vezan uz zaštitu okoliša koje su tipične za javnu vlast. Naplaćivanje usluge sastavni je dio nadzora u morskim područjima i ne utječe na pravni status djelatnosti. Drugim riječima ovdje nije riječ o poduzetniku.

Prethodnim slučajevima nastojalo se razlikovati subjekte čije su funkcije isključivo javne prirode od onih koje u sebi uključuju ekonomski, odnosno trgovački karakter.

Zanimljivi su slučajevi u kojima su Europski sud i Komisija raspravljali može li se pojam poduzetnika primjenjivati na mirovinske fondove i fondove koje se bave zdravstvenim i socijalnim osiguranjem. Sva raspravljanja se vrte oko prirode djelatnosti. Razlikovanje je u tomu je li djelatnost fonda temeljena isključio na principu solidarnosti. Ako Europski sud nađe kako fond nije isključivo vezan načelom solidarnosti, već obavlja aktivnost ekonomskog karaktera, proglasit će ga poduzetnikom. U suprotnom, ako je isključivo riječ o socijalnim uslugama koje imaju temelje na principu solidarnosti one će tada biti van pravila tržišnog natjecanja. U slučaju *Poucet i Pistre*, bila je riječ o francuskom regionalnom tijelu koje je upravljalo sustavom obveznog zdravstvenog i socijalnog osiguranja. Ono nije proglašeno poduzetnikom. Fondovi koji se odnose na bolovanja i sve organizacije koje se bave javnim socijalnim osiguranjem obavljaju isključivo socijalnu funkciju. One se temelje na načelu solidarnosti i ne ostvaruju profit. Svote osiguranja su bile propisane zakonom i nisu bile proporcionalne iznosima naknade iz osiguranja. Djelatnosti nisu ekonomskog karaktera i ni u kojem slučaju ih ne bi moglo obavljati privatno osiguravajuće društvo.

U presudi *Cisal*, Europski sud je potvrdio kako institucija koja je nudila obvezno osiguranje u slučaju nezgoda na radu i profesionalnih bolesti, svoje je poslovanje temeljila na principu solidarnosti i nije obavljala aktivnost ekonomskog karaktera. Sustav osiguranja protiv nesreća na poslu i profesionalnih bolesti, u dijelu u kojem se odnosi na obveznu socijalnu zaštitu zaposlenika koji obavljaju rizična zanimanja isključivo promovira socijalne ciljeve. Socijalni cilj sheme naglašen je time što se naknade isplaćuju čak i onim zaposlenicima kojima poslodavci nisu uplatili doprinose. Međutim, isključivo socijalni cilj nije dostatan kako se određena aktivnost ne bi smatrala ekonomskom. Tijelo se financira isključivo doprinosima koje se ne računaju samo temeljem osiguranog rizika, već i ovisno o prihodima osigurane osobe. Nedostatak neposredne povezanosti između uplaćenih doprinosa i isplaćenih iznosa naknade posljedica je principa solidarnosti.⁵⁵ Shema se temelji na doprinosima koji nisu uvijek proporcionalni osiguranom riziku. Naknada osiguranja također nije bila proporcionalna primanjima zaposlenika. Ne postoji izravna veza između uplaćenih doprinosa i primljenih iznosa. Organizacija obavlja isključivo socijalnu ulogu.⁵⁶ Ona djeluje u skladu s načelom solidarnosti i pod direktnim je nadzorom države koja određuje iznose doprinosa i propisuje obvezatnost članstva.

⁵⁵ Ibid., točke 31-46.

⁵⁶ *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas* i Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), C-218/00 od 22. siječnja 2002., točke 32-46.

U presudi *AOK*, Europski sud je razmatrao može li se tijelo, koje se bavi zakonskim osiguranjem u slučajevima bolesti, smatrati poduzetnikom. Postupak su pokrenule farmaceutske tvrtke koje su tužile Saveznu udругu područnih zdravstvenih osiguranja za propisivanje maksimalnih cijena za određene medicinske usluge. Udruge obavljaju isključivo socijalnu ulogu temeljenu na principu nacionalne solidarnosti i nisu osnovane s namjerom ostvarivanja profita. Kako bi obrazložio svoje mišljenje Europski sud je ponovio sve argumente iz presuda *Poucet i Pistre* i *Cisal*. Kao i u slučaju *Poucet i Pistre* tijela su uključena u sustav socijalnog, odnosno bolesničkog osiguranja. Djelatnosti im nisu ekonomskog karaktera.⁵⁷

Europski sud nije uvijek sva tijela koja se bave sustavima socijalnog i mirovinskog osiguranja izuzeo iz pravila tržišnog natjecanja. Primjer je poznati slučaj *Albany*.

Nizozemski sud je uputio prethodna pitanja Europskom sudu o interpretaciji članka 81., 82. i 86. Ugovora. Pitanja su se javila u postupku pokrenutom od strane *Albanya*, poduzetnika koji se bavio tekstilnom industrijom, protiv Fonda tekstilne industrije. Bila je riječ o dopunskom mirovinskom fondu. U tekstilnoj industriji plaćanje doprinosa u fond bilo je obavezno. *Albany* je tijekom 1989., odbio platiti doprinose pozivanjem na okolnost kako je obvezno članstvo u Fondu utvrđeno vladinom uredbom protivno članku 3. g i člancima 81., 82. i 86. Ugovora. *Albany* je tvrdio kako mirovinski fond obavlja funkciju ekonomskog karaktera.

Albany je smatrao kako se njega treba izuzeti od obveze plaćanja doprinosa fondu jer je ono još 1981. godine, sklopilo sporazume s osiguravajućim društvom o dopunskom plaćanju doprinosa za mirovine. Kasnije, 1989. Fond mijenja svoju shemu prema kojoj se u praksi primjenjuje ista politika koju je već *Albany* prakticirao. Naime, radnik je nakon 40 godina radnog staža dobivao iznos koji je predstavljao 70% zadnjeg prihoda.

Najprije je trebalo utvrditi vrši li fond ekonomsku funkciju. Europski sud je našao da je u ovom slučaju fond poduzetnik jer je pripadnost fondu obvezatna, sustavom se nastojalo nadopuniti malu zakonsku mirovinu i fond nije ostvarivao profit. Fond je proglašen poduzetnikom bez obzira na činjenicu što je pripadnost fondu bila obavezna. Dodatni mirovinski fond imao je namjeru nadoknaditi ionako niske mirovine. Fond nije imao namjeru ostvarivati profit i morao je prihvatiti sve radnike bez obzira na medicinsku dokumentaciju. Aktivnost je Fonda bila isključivo ekonomskog karaktera. Fond je sam određivao iznos doprinosa i iznose naknade. Iznos doprinosa bio je determiniran ulaganjima u njega i posljedično ostvarenim financijskim rezultatima poslovanja. Njegova ekonomska aktivnost je neposredna konkurencija ostalim osiguravajućim

⁵⁷ AOK Bundesverband i dr., op. cit., točke 47-54. Suprotno tomu opći pravobranitelj smatra kako je u ovom predmetu riječ o poduzetniku jer fondovi međusobno mogu konkurirati i s privatnim poduzetnicima, točka 43. mišljenja.

društvima. Bez obzira što fond nema namjeru ostvarivanja profita i prisutan je socijalni trenutak smatra se poduzetnikom.

Presuda u slučaju *FENIN*⁵⁸ unosi novine u ovo područje. U velikom broju država pitanja koja se odnose na područje javnih nabava velikim su dijelom dio pravila koja se odnose na integraciju tržišta, a ne pravila tržišnog natjecanja.⁵⁹ U postupku pred Prvostupanjskim sudom tužitelj je bilo udruženje poduzetnika koje je distribuiralo medicinske proizvode i opremu španjolskim bolnicama. Žalilo se Komisiji kako je javno tijelo, Španjolski nacionalni zdravstveni sustav, zlouporabilo svoj vladajući položaj tako što mu je trebalo prosječno 300 dana za otplatu svojih dugova. Komisija je odbila tužbu jer tijelo nije poduzetnik u smislu pravila tržišnog natjecanja. Žalba je upućena Prvostupanjskom sudu koji je potvrdio gledište Komisije sa sljedećim obrazloženjem.

Sud je utvrdio kako medicinske organizacije koje su dio španjolskog sustava zdravstvenih usluga, a koje su kupovale medicinske proizvode i opremu isključivo za socijalne svrhe u cilju pružanja zdravstvenih usluga svojim članovima, se neće smatrati poduzetnicima. Dobra ili usluge nisu bile sastavni dio njihovih ekonomskih djelatnosti. Isključivo je bila bitna usluga nabave, a ne okolnost što je poduzetnik kupovao dobra ili usluge. Funkcioniralo je na principima solidarnosti i univerzalnosti. Financiralo se isključivo doprinosima i pružalo je besplatne usluge svojim članovima. Prvostupanjski sud nije zanimala ni činjenica što je poduzetnik ponekad naplaćivao privatnu medicinsku uslugu drugim osobama koje nisu bile njegovi članovi. U tom smislu bi se moglo govoriti o ekonomskom karakteru djelatnosti, ali tu činjenicu stranke nisu navele u postupku pred Komisijom te Sud to nije mogao uzeti u obzir. Glavna karakteristika poduzetnika nuđenje je usluga i dobra na određenom tržištu. Međutim, sve ovisi u koju svrhu poduzetnik kupuje određena dobra. Organizacija koja kupuje dobra ili usluge, ali koje ne namjerava upotrijebiti kao dio svojih ekonomskih djelatnosti posebno, ako je, kao u ovom slučaju riječ o djelatnosti socijalnog karaktera, ne smatra se poduzetnikom samo zato što je kupac na određenom tržištu.⁶⁰ Sud je primijenio funkcionalnu definiciju iz slučaja *Poucet i Pistre* i utvrdio kako zdravstveni fondovi nisu vršili ekonomsku aktivnost. Sud je zanimalo isključivo socijalni karakter djelatnosti. Fond je bio temeljen na principu nacionalne solidarnosti, nije imao namjeru ostvarivanja profita, a naknade nisu bile proporcionalne doprinosima. Fondovi se ne smatraju poduzetnicima kada od farmaceutskih tvrtki kupuju medicinske proizvode i opremu u cilju pružanja besplatnih usluga svojim članovima. Prema mišljenju Suda, pitanja vezana uz javnu nabavu nisu ekonomske djelatnosti. Za razliku od slučaja *Poucet i Pistre*, element solidarnosti bio je još više naglašen jer je u

⁵⁸ Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN), v Commission of the European Communities, T-319/99 od 4. ožujka 2003.

⁵⁹ Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004., str. 42.

⁶⁰ FENIN, op. cit., točka 37.

Španjolskoj, prema nacionalnom zdravstvenom sustavu, bolničko liječenje bilo besplatno.⁶¹

Organizacija koja kupuje dobra, pa i u velikim količinama, ali ih ne namjerava nuditi kao sastavni dio ekonomskih djelatnosti, već su dio djelatnosti socijalnog i zdravstvenog karaktera, neće se smatrati poduzetnikom samo zato što je kupac na određenom tržištu.

Teško je naći pravu granicu među pojedinim situacijama. Preostaje gledanje na funkciju i aktivnost pojedinog subjekta. Kada subjekt djeluje u sklopu svoje komercijalne ili trgovačke djelatnosti smatrat će se poduzetnikom osim ako se na njega ne primjenjuju posebna pravila članka 86. U članku 86., navodi se kako u slučaju javnih poduzetnika i poduzetnika kojima države članice daju posebna ili ekskluzivna prava, države članice ne smiju donositi niti ostaviti na snazi mjere koje su u suprotnosti s pravilima Ugovora, osobito s pravilima utvrđenim u člancima 12. i 81. do 89. Za razliku od članka 81. i 82., ova je odredba usmjerena na države članice. Drugim riječima propisi tržišnog natjecanja primijenit će se i na postupke koji su odraz propisa i mjera država članica.⁶² Poduzetnici kojima je povjereno vođenje službi od općeg gospodarskog interesa ili službi koje su po svojoj prirodi monopoli koji stvaraju prihod, podliježu pravilima sadržanim u Ugovoru, osobito pravilima o tržišnom natjecanju, u mjeri u kojoj primjena takvih pravila ne sprječava obavljanje, *de jure* ili *de facto*, posebnih zadaća koje su im dodijeljene. Razvoj trgovine ne smije biti ometan u mjeri u kojoj bi to bilo suprotno interesima Zajednice. Budući da je riječ o iznimno osjetljivim situacijama članak 86. je potrebno vrlo usko tumačiti.

Kako bi se utvrdio ekonomski karakter bitno je vidjeti postoji li izravna veza između onog što se nudi i cijene koja se naplaćuje za dobra ili usluge. Ukoliko nije moguće pronaći neposrednu vezu, kao što je u slučajevima *Poucet i Pistre*, *Cisal* ili *Fenin* gdje uplaćeni doprinosi nisu bili u neposrednoj vezi s isplaćenim svotama, nedostajat će temeljne karakteristike poduzetnika, a to je nuđenje dobra ili usluge na tržištu, snošenje rizika i posljedično tomu namjera ostvarivanja profita. Djelatnost gospodarskog karaktera ne smije se nuditi potpuno besplatno. U slučajevima *Eurocontrol* ili *Cali* tijela su pružala usluge bez obzira jesu li one bile unaprijed plaćene. S druge strane, u slučajevima u kojima element solidarnosti nije bio toliko naglašen, već je poslovanje fonda ovisilo o uložnim doprinosima i njegovim daljnjim poslovanjem bilo je govora o poduzetniku. Ključno je razlikovanje je li osnova djelatnosti socijalna ili gospodarska. Kao dodatnu pomoć, Sud u presudama *Höfner* i *Poucet i Pistre* pozivajući se na mišljenje općeg pravobranitelja Tesaura rabi komparativni kriterij. Pokušava utvrditi može li upitnu aktivnost obavljati privatno tijelo u konkurenciji s javnim.

⁶¹ Korah, V., op. cit., str. 42.

⁶² Šoljan, V., op. cit., str. 136. i 137.

2.6. Pravno sljedništvo

Pored činjenice što je često vrlo nejasno i teško utvrditi je li određeni subjekt poduzetnik, utvrđivanje dodatno otežavaju i promjene u vlasničkoj strukturi subjekta. Javljaju se poteškoće oko definiranja adresata kojemu se određeno kršenje pravila tržišnog natjecanja može pripisati. Ako se utvrdi da je određeni subjekt odgovoran, ali u međuvremenu prestane postojati, drugi subjekt koji nastavlja njegovo poslovanje će odgovarati. U presudi *Suiker Unie*,⁶³ novi poduzetnik je preuzeo imovinu, prava i obveze četiri kooperative. Europski sud je utvrdio kako je Suiker odgovoran za kršenja kooperativa jer je novi poduzetnik preuzeo funkcije, poslovne prostorije i zaposlenike prethodnih. Teorija je poznata pod nazivom teorija ekonomskog kontinuiteta. Ona će se primjenjivati samo ako je prvo društvo prestalo postojati. U suprotnom, prethodno društvo će odgovarati.⁶⁴ Ako je jedno društvo pripojeno ili spojeno drugom, odgovornost će ga slijediti i može se pripisati novom društvu. Bitno je vidjeti postoji li funkcionalni i ekonomski kontinuitet između originalnog kršitelja i novog društva.

U odluci *PVC II*, Komisija je navela nekoliko elemenata koje uvijek treba slijediti. Prvi je korak identifikacija poduzetnika koji je počinio povredu, a nakon toga utvrditi postoji li i dalje poduzetnik u svojem prvobitnom obliku. Ta se pitanja uvijek utvrđuju u skladu s pravom Zajednice, a nikako nacionalnim pravom.⁶⁵ U presudi *Anic*, Prvostupanjski sud je naveo da kada se utvrdi kršenje pravila tržišnog natjecanja, najbitnije je identificirati pravnu ili fizičku osobu odgovorne za poslovanje poduzetnika u vrijeme kada je došlo do kršenja kako bi mogli odgovarati.⁶⁶

2.7. Koncept ekonomskog jedinstva

Pojam poduzetnika sudovi i Komisija shvaćaju vrlo široko te pod njime podrazumijevaju svaki subjekt uključen u ekonomsku aktivnost, bez obzira na pravni status i način financiranja. Sudovi u tumačenju pojma primjenjuju funkcionalno shvaćanje pri čemu je naglasak na ekonomskoj djelatnosti koju poduzetnik obavlja, a ne njegovom pravnom statusu. Pitanje je što je s poduzetnicima koji su dio ekonomskog subjekta u kojem se provodi jednoznačna politika.⁶⁷ Prve presude tumačile su pojam tako što su pod terminom jednog ili

⁶³ Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities.

Spojeni predmeti 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73., od 16. prosinca 1975., ECR 1975, str. 01663.

⁶⁴ Vidjeti Odluku Komisije od 11. prosinca 2001. (Case COMP/E-1/37.027 – Zinc phosphate), OJ L 153, 20/06/2003., str. 1-39., točka 238.

⁶⁵ Odluka Komisije od 27. srpnja 1994. (IV/31.865 - PVC), OJ L 239, 14/9/1994., str. 14-35., točka 42.

⁶⁶ Commission of the European Communities v Anic Participazioni SpA., C-49/92 P. od 8. srpnja 1999., ECR 1999, str. I-04125., točka 236.

⁶⁷ O zajedničkom vladajućem položaju detaljnije vidjeti Monti, Giorio, *The Scope of Collective Dominance under Articles 82 EC*, *Common Market Law Review*, vol. 38., 2001., str. 131-157.

više poduzetnika podrazumijevale samo ponašanje tijela koja su dio istog ekonomskog subjekta.⁶⁸ U slučaju *Centrafarm*, Europski sud je potvrdio kako se trgovačka društva koncerna smatraju jednim poduzetnikom ukoliko čine ekonomsku jedinicu unutar koje podružnica nema pravu slobodu odrediti način postupanja na tržištu, kao i ako se ugovori i prakse odnose samo na internu alokaciju zadataka unutar poduzetnika.⁶⁹

Poduzetnici koji prema okolini djeluju jedinstveno, predstavljaju jedan ekonomski subjekt te zajedno i solidarno odgovaraju. Riječ je o dva ili više ekonomska subjekta, pravno neovisnih i koji s ekonomskog gledišta nastupaju zajednički na određenom tržištu. Poduzetnici koji zajednički nastupaju smatrat će se kao jedan ekonomski subjekt samo ukoliko među njima postoje takve ekonomske veze koje su dostatne za utvrđenje jedinstvenosti ekonomskog subjekta.⁷⁰ U svakom slučaju, ovaj uvjet treba posebno dokazati te zbog toga ovaj institut izaziva velike kontroverze. Treba paziti i jasno razdvojiti situacije usporednog postupanja poduzetnika od situacija kada subjekt nema mogućnost vođenja samostalne politike.

Gleda se postoji li učinkovita kontrola vladajućeg trgovačkog društva u odnosu na sve postupke ovisnog društva. Više fizičkih ili pravnih osoba smatrat će se jednim poduzetnikom ako među njima postoji povezanost čime čine

⁶⁸ Europemballage Corporation i Continental Can tražili su pred Europskim sudom pravde poništenje odluke Komisije koja je utvrdila kako je Continental Can povrijedio članak 82. Ugovora, tako što je preko podružnice Europemballage stekao oko 80% dionica i obveznica od poduzetnika Thomassen and Drijver – Verbliva N.V. Continental Can optužen je da je zloupotrijebio svoj vladajući položaj na tržištu za metalne konzerve za meso, mesne proizvode, ribu i rakove. Zloupotriaba se sastoji što je poduzetnik preuzimanjem velikog broj dionica i obveznica poduzetnika Thomassen and Drijver – Verbliva N.V. eliminirao tržišno natjecanje na tržištu konzervi. Sud je poništio odluku Komisije koja nije dovoljno obrazložila i dokumentirala svoju odluku. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, 6-72 od 21. veljače 1973., ECR 1973, str. 00215.

Poduzetnik Commercial Solvents Corporation je u to vrijeme bio jedini poduzetnik koji je proizvodio nitropropan i aminobutanol za komercijalne potrebe. Zoja je kupovala aminobutanol kako bi proizvodila ethan butol od poduzetnika Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A koje je s Commercial Solvents Corporation imao sklopljen sporazum o zajedničkom pothvatu. Zoja je utvrdila kako proizvod može kupiti jeftinije i od Instituta je tražila poništenje narudžbe. Nakon nekog vremena, Zoja je htjela ponovo kupovati od Commercial Solvents Corporation, ali je odbijena te je smatrala kako je time povrijeđen članak 82., odnosno kako je učinjena zloupotriaba koja se sastoji u odbijanju poslovanja. Za ovaj segment najvažnije je pitanje predstavljaju li Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation jednu ekonomsku jedinicu. Commercial Solvents Corporation ima određene dionice Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i sudjeluje u njegovim administrativnim poslovima. Commercial Solvents Corporation ima nadzor nad Institutom i utječe na njegovo odlučivanje u odnosima s Zojom te je prema Sudu potrebno ova dva poduzetnika smatrati jednim ekonomskim subjektom, točka 37. presude Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, spojeni predmeti 6 i 7-73 od 6. ožujka 1974., ECR 1974, str. 00223.

⁶⁹ *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, 15-74 od 31. listopada 1974., ECR 1974, str. 01147., točka 41.

⁷⁰ Više vidjeti Pecotić, Jasminka, *Zajednički vladajući položaj u novijoj sudskoj praksi sudova EZ, Pravo i porezi*, br. 6/03., str. 65-67.

gospodarsku cjelinu.⁷¹ Ako podružnica određenog društva ne uživa nikakvu slobodu u vođenju svoje poslovne politike, tada će se ona zajedno s društvom-majke smatrati jedinstvenim ekonomskim subjektom. To će se primjenjivati bez obzira na njihove odvojene pravne osobnosti. Važno je među subjektima pronaći elemente koje ih čine gospodarskom cjelinom.⁷²

U presudi *Viho*, Prvostupanjski sud je potvrdio kako je Komisija pravilno zaključila kada je našla da društvo-majka i društvo-kćer u njegovom 100 % vlasništvu čine jedinstveni ekonomski subjekt. Sporazumi među njima nisu relevantni za pravila tržišnog natjecanja. Činjenice su bile sljedeće. Parker Pen poduzetnik je osnovan prema engleskom pravu i proizvodi pišaći pribor. Nizozemski poduzetnik, Viho prodavao je uredski pribor. Viho nije mogao dobiti proizvode Parkera pod istim uvjetima kao i Parkerova društva-kćeri i njegovi nezavisni distributeri. Prema mišljenju Viho, Parker je time dijelio tržište. Svoje je proizvode prodavao preko društva koje je zadržavao u 100% vlasništvu. Prema Komisiji društva-kćeri bila su ovisna o Parkeru. Nisu uživala nikakvu autonomiju. Isključivo je Parker određivao politiku prodaje i marketinških djelatnosti. Parker nadzire, određuje količine, troškove prodaje i zalihe proizvoda. Klasificira proizvode za prodaju, nadzire oglašavanje i donosi smjernice poslovanja. Viho se žalio Prvostupanjskom sudu koji je potvrdio odluku Komisije, odnosno činjenicu da Parker grupa čini jedinstveni ekonomski subjekt jer društva-kćeri ne uživaju autonomiju u ponašanju na tržištu.⁷³ Sporazumi unutar jedinstvenog ekonomskog subjekta nisu sporazumi u smislu pravila tržišnog natjecanja i samim time ne mogu ograničavati tržišno natjecanje. Bez obzira što društvo-kćer ima samostalnu pravnu osobnost ona se ponaša prema uputama koje dobiva neposredno ili posredno od društva-majke koja ju ujedno i nadzire. Članak 81. neće se primijeniti na njihove međusobne veze.⁷⁴ Viho se ponovo žalio Europskom sudu koji je potvrdio odluke Komisije i Prvostupanjskog suda, odnosno ponovio da Parker grupa predstavlja jedinstveni ekonomski subjekt u kojem društva-kćeri ne provode samostalno svoju poslovnu politiku.

3. Zaključna razmatranja

Članci 81. i 82. Ugovora primjenjuju se samo na one adresate koji su klasificirani kao poduzetnici. Iako se pojam poduzetnika spominje u Ugovoru, pravo značenje i konkretizaciju dobiva tek tumačenjem Komisije i sudova. Oni "popunjavaju" sadržaj definicije prihvaćajući funkcionalni pristup. Svaki subjekt

⁷¹ Cerovec, M., op. cit., str. 69.

⁷² Ibid., str. 69.

⁷³ VIHO Europe BV v Commission of the European Communities, T-102/92 od 12. siječnja 1995., ECR 1995 str. II-00017., točka 49.

⁷⁴ Ibid., točka 51. Formulaciju je moguće pronaći u presudama *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, 22-71 od 25. studenog 1971., ECR 1971, str. 00949. i *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, 30/87 od 4. svibnja 1988., ECR 1988, str. 02479.

uključen u ekonomsku aktivnost smatra se poduzetnikom bez obzira na njegov pravni status i način financiranja.

Temeljno je razlikovanje između ekonomskih i neekonomskih djelatnosti. Analizom pojedinih slučajeva mogu se razaznati pojedini konkurirajući kriteriji. Sudovi i Komisija se koriste komparativnom metodom. Uspoređuju situacije i pokušavaju utvrditi može li određenu aktivnost obavljati privatni poduzetnik. Presuda *Höfner* temelj je za takva razmišljanja. Potvrđeno je kako je riječ o ekonomskoj djelatnosti jer posredovanje pri zapošljavanju mogu obavljati i privatni poduzetnici. Metoda usporedbe široko je primjenjivana u presudama *Poucet i Pistre* i *Glöckner*. Tako je u *Poucet i Pistre* navedeno kako odnosnu aktivnost može vršiti isključivo javno tijelo, a nikako privatna osiguravajuća društva ili u *Glöckneru* gdje je potvrđeno kako se zdravstvene organizacije smatraju poduzetnicima jer njihove djelatnosti obavljaju i privatna tijela. Teoretski skoro svaku aktivnost mogu obavljati i privatna tijela. Kako se ne bi upalo u zamku zamršenih dokazivanja, Sud je pojedine situacije ipak ispitivao u kontekstu tržišta. Pokušava se vidjeti kakav je položaj subjekta na tržištu. Time se dodaje još jedan kriterij koji se gleda nudi li određeni subjekt dobra ili usluge na tržištu s namjerom ostvarivanja dobiti. Činjenica sudjelovanja na tržištu usko je vezana uz gospodarski aspekt djelatnosti. Svaka aktivnost koja u sebi uključuje ponudu, dobra ili usluge smatrat će se ekonomskom. Čini se kako u konačnici nije bitno može li odnosu aktivnost obavljati privatni poduzetnik, već isključio okolnost je li upitna aktivnost podvrgnuta tržišnim mehanizmima.⁷⁵ Nije čak važna ni činjenica ostvarivanja dobiti, već je dostatna sama mogućnost. Međutim, i ovom kriteriju su postavljene neke granice. Presuda *FENIN* jasno pokazuje kako djelatnost kupnje određenih dobra ili usluga se ne smije potpuno odvojiti od naknadne upotrebe tih dobara.

Djelatnosti određenih subjekta nisu smatrane ekonomskim. U tim presudama, gledao se na cilj i svrhu pravila koja reguliraju odnosne djelatnosti. Djelatnosti koje se mogu pripisati bitnim funkcijama države su isključene iz pravila tržišnog natjecanja. Situacije vezane uz pitanja od javnog interesa, kao što su upravljanje sustavom kontrole zračnog prostora ili zaštita luka od zagađenja, nisu djelatnosti ekonomskog karaktera i samim time subjekti koji njima upravljaju nisu poduzetnici. Dok u prethodnom situacijama nema poteškoća u objašnjenju, problem mogu predstavljati slučajevi vezani uz sustave zdravstvenog i socijalnog osiguranja. Oni predstavljaju posebno osjetljivo područje jer se u njima miješaju načela solidarnosti, proporcionalnosti i univerzalnosti s načelima tržišta. Prije svega pokušava se utvrditi je li princip solidarnosti odlučujući. Koriste se razni kriteriji i elementi u dokazivanju. Svaka pojedina situacija samostalno se procjenjuje. Pokušava se utvrditi do koje mjere načelo solidarnosti ima utjecaj na pojedinu shemu te vidjeti je li ono prevladavajuća okolnost.

⁷⁵ Mišljenje općeg pravobranitelja Madura od 10. studenog 2005. u predmetu Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (*FENIN*), C-205/03 P., točka 10.

Summary

**THE NOTION OF UNDERTAKING IN THE EUROPEAN
COMPETITION LAW**

The aim of this article is to analyse the notion of undertaking in the European Competition Law. There is no definition of the notion in question in the Treaty establishing the European Community, and therefore, the meaning of it has been created by the court practice. The notion of undertaking refers to every subject engaged in economic activity regardless of his legal status and modes of financing. A functional meaning of the notion has been implemented. It is possible to derive specific standards from the definition: a undertaking has to offer goods or services on the market, bear economic or financial risk emerging from doing business and has to have a possibility to make profits. The most important judgments and decisions have been examined and analysed pointing at possible issues related to their understanding. A special attention has been given to public bodies and bodies performing public interest activities stressing the activities performed by the bodies and not their legal status. It is particularly interesting to see what has happened with undertaking who are a part of the economic subject in which an unequivocal policy has been performed.

Key words: competition, European Law, notion of "undertaking", functional definition of a undertaking, subject of the public law, concept of economic unity.

Zusammenfassung

**DER BEGRIFF DES UNTERNEHMERS IM EUROPÄISCHEN
MARKTWETTBEWERBSRECHT**

Ziel der Arbeit ist, den Begriff des Unternehmers im europäischen Marktwettbewerbsrecht zu analysieren. Im Vertrag über die Gemeinschaft besteht keine Definition dieses Begriffes, so dass dieser seine Bedeutung durch die Gerichtspraxis erhält. Als Unternehmer gilt jedes Subjekt, das in wirtschaftliche Tätigkeit einbezogen ist, ungeachtet seines Rechtsstatus und der Art der Finanzierung. Es wird das funktionale Verständnis des Begriffs angewandt. Aus der Definition lassen sich bestimmte Kriterien isolieren: ein Unternehmer muss Ware und Dienstleistung auf dem Markt anbieten, das ökonomische oder finanzielle Risiko der Geschäftsführung tragen und die Möglichkeit haben Profit zu machen. Es werden die wichtigsten Urteile und Entscheidungen betrachtet und analysiert wobei auf mögliche Verstehensprobleme hingewiesen wird. Besondere Aufmerksamkeit wird den öffentlichen Körperschaften und Körpern,

die Tätigkeiten von öffentlichem Interesse ausführen gewidmet, wobei die Betonung auf deren Tätigkeit liegt. Besonders interessant ist zu sehen was mit den Unternehmern geschieht, die Teil eines ökonomischen Subjektes sind, in dem einseitige Politik gemacht wird.

Schlüsselwörter: *Marktwettbewerb, Europarecht, Begriff des "Unternehmers", funktionale Definition des Unternehmers, Subjekt des öffentlichen Rechts, Konzept ökonomischer Einheit.*

Sommario

LA NOZIONE DI IMPRENDITORE NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Lo scopo del lavoro è di esaminare la nozione di imprenditore nel diritto europeo della concorrenza. Nel Trattato dell'Unione non esiste una definizione; se ne ricava il significato attraverso la prassi giurisprudenziale. Viene definito come imprenditore ogni soggetto che è inserito nell'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico ed al modo in cui si finanzia. Si utilizza il concetto di interpretazione funzionale. Dalla definizione è possibile estrapolare determinati criteri: l'imprenditore deve offrire beni o servizi sul mercato, sopportare il rischio economico o finanziario dell'affare e avere la possibilità di realizzare un profitto. Si osservano e si analizzano le più importanti decisioni giurisprudenziali e con l'occasione si mettono in evidenza i possibili problemi nell'interpretazione delle medesime. Particolare attenzione viene dedicata agli organi pubblici ed agli organi che svolgono attività di pubblico interesse, dove l'attenzione è rivolta all'attività svolta dall'organo, anziché al suo *status* giuridico. E' oltremodo interessante osservare che cosa accade con gli imprenditori che appartengono ad un soggetto economico che conduce una politica economica uniforme.

Parole chiave: *concorrenza, diritto europeo, nozione di "imprenditore", definizione funzionale di imprenditore, soggetti di diritto pubblico, concetto di uniformità economica.*

NEKI ASPEKTI NEOLIBERALIZMA U SVJETSKOM GOSPODARSTVU

Dr. sc. Milovan Jovanović, redoviti profesor
Ivo Eškinja, dipl. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 330.83:338.2
Ur.: 7. listopada 2008.
Pr.: 25. studenog 2008.
Pregledni znanstveni članak

Rad analizira temeljne ekonomske postulate neoliberalizma kao ekonomske teorije i praktičnog ekonomskog i društvenog modela suvremenog kapitalizma. Neoliberalna ekonomska teorija i na njoj temeljena ekonomska politika nastoje se, u uvjetima ekonomskog i društvenog sloma socijalističkih država krajem dvadesetog stoljeća, tranzicijske transformacije istih na tržišne ekonomske sustave i snažno intenziviranog globalizacijskog procesa, globalno nametnuti kao dominantne. Opisani proces, koji se odvija u povijesno novim ekonomskim i institucionalnim uvjetima otvorenosti nacionalnih ekonomija, snažno determinira utjecaj određenih međunarodnih institucija, posebice Međunarodnog monetarnog fonda, koje stjecajem specifičnih ekonomskih i društvenih okolnosti dobivaju mogućnost uvjetovanja vođenja nacionalnih ekonomskih politika državama koje se koriste od strane odnosnih institucija pozajmljenim kapitalom. To otvara čitav niz ekonomskih i socijalnih proturječnosti na opisani način u tranzicijske zemlje "izvezenog" neoliberalnog ekonomskog modela, kao i problematiku učinkovitosti i pravednosti suvremenog globalnog ekonomskog uređenja kojeg obilježavaju različita krizna stanja. Između potonjih, izdvojen je posebno izražen i egzistencijalni problem gladi u svjetskim razmjerima koji se поближе analizira.

Ključne riječi: neoliberalizam, socijalizam, globalizacija, tranzicija, rast, razvoj, otvoreno gospodarstvo, Međunarodni monetarni fond, hrana i glad.

1. Uvod

Neoliberalna ekonomska doktrina javlja se u ekonomskoj teoriji u zadnjih tridesetak godina 20. stoljeća, kao odgovor i jedno od mogućih praktičnih rješenja tadašnje svjetske ekonomske stagnacije koja je nastupila nakon više od

dva desetljeća ekonomskog rasta u okviru kejnzijanskog i neokejnzijanskog državnog kapitalizma te u teoriji dominirajuće neoklasične sinteze. Neoliberalizam, temeljne postavke kojeg formuliraju ekonomisti Friedrich von Hayek i Ludwig von Mises upućuje oštru kritiku kejnzijanskoj intervencionističkoj ekonomiji u kojoj ima previše neučinkovite državne regulacije, a premalo one efikasne tržišne. Stoga neoliberalizam zagovara snažan praktični zaokret u kapitalističkoj privredi koji će iznova oživjeti liberalnu *laissez-faire* doktrinu snažnom afirmacijom tržišta kao najefikasnijeg ekonomskog sredstva alokacije resursa i regulatora ukupnih ekonomskih aktivnosti. Ali i kao najboljeg načina ostvarivanja zaštite individualnih prava i ravnopravnosti među ljudima. Naime, prema pobornicima neoliberalne ekonomske doktrine svaka intervencija države u spontani ekonomski poredak koji je zasnovan na tržišnoj regulaciji i alokaciji prečesto izaziva osim željenih i nenamjeravane, pa i nepredvidive posljedice. Neprihvatljiv je stoga argument kojim se državna intervencija opravdava budući da ista, navodno, otklanja nejednakosti i nepravednosti koje mogu proizaći iz otvorenog konkurentnog tržišnog nadmetanja. Dakle, neoliberalna ekonomska teorija afirmira slabo ili nikako od strane države reguliranu tržišnu ekonomiju kao vrijednosno neutralan pojam, koji svakom pojedincu jamči jednake početne šanse za uspjeh, a time na makro planu efikasnu ekonomiju i prosperitetno društvo. Izneseni koncept neoliberalne vizije kapitalizma kao ekonomskog sistema na teoretskom planu, ubrzo biva, svakako pritisnut pojavnošću ekonomskog i društvenog života, koje nakon razdoblja prethodnog ekonomskog rast, obilježavaju recesija, inflatorni pritisci te nezaposlenost, široko usvojen od strane najvećeg broja ekonomski najmoćnijih i industrijski najrazvijenijih država te njihovih gospodarskih sustava, a poglavito od Sjedinjenih Američkih Država i tamošnje ekonomije kao najveće svjetske.

2. Uzmak socijalističkih gospodarstava pred neoliberalnim kapitalizmom

Kapitalizam pod dominantnim utjecajem neoliberalne ekonomske teorije kreće u obračun s globalnim konkurentskim modelom socijalizmom. Rezultat je poznat i predmet je izučavanja u udžbenicima povijesti. Društvene i ekonomske promjene u svijetu devedesetih godina 20. stoljeća dovele su do pada socijalističkih država i njihovih gospodarskih sustava i doktrina, ostavivši po prvi puta kapitalizam usamljenim na globalnoj sceni. S obzirom na ideološku i praktičnu propast socijalističkog konkurenta što je rezultiralo teoretski i praktično, (tj. tržišno) “praznim” prostorom s populacijom od gotovo 2 milijarde ljudi, prirodno se nametao, po pravilima konkurentskog tržišnog nadmetanja, daljnji korak; popuniti vlastitim proizvodom, odnosno uspostavom kapitalizma kao neupitnog ekonomskog sistema, novo, sada bivše socijalističko tržište. I to uspostavom kapitalizma u njegovoj na Zapadu aktualnoj neoliberalnoj paradigmi. Ostvarenje toga cilja nije moguće sagledati niti razumjeti bez osvrta na socijalne fenomene i ekonomske procese tranzicije i globalizacije te njihovog komplementarnog, simbiotičkog odnosa s neoliberalnom ekonomskom dogmom,

složeni odnos koji je neoliberalnu viziju i po njoj ozbiljenu inačicu kapitalizma učinio uspješnim izvoznim proizvodom u odnosu na bivše socijalističke zemlje. Sagledajmo, stoga bliže navedene procese te ekonomske i socijalne proturječnosti istih u okviru suvremenog kapitalizma.

Samo definiranje kompleksnog pojma globalizacije kao procesa koji prožima suvremeni svijet tražilo bi vjerojatno još jedan dodatni rad. Razlog tomu je svakako što globalizacijski proces zahvaća globalno i ne ostavlja nepromijenjenim niti jedan aspekt ljudske svakodnevnice, kulturne, političke, socijalne i ekonomske. Ipak, suvremeni globalizacijski proces, koji je s razvitkom različitih tehnologija posebice intenziviran od kraja sedamdesetih godina 20. stoljeća, možemo promatrati u svjetlu pojačanog djelovanja društvenih i ekonomskih odnosa izvan i preko državnih granica što je rezultiralo formiranjem nove institucionalne okoline globalnog tržišta, koje posluje danonočno bez obzira na smještajnu geografsku predodređenost. Također, globalizacija se uobičajeno pojmovno određuje kao širenje globalnih veza kroz organizaciju socijalnog, političkog i ekonomskog života na nadnacionalnoj, globalnoj razini.

Pod tranzicijom u širem smislu riječi podrazumijevamo procese kroz koje države i narodi nastoje ostvariti ekonomski rast i razvoj te dostići u sferi društvenog blagostanja razvijene zemlje svijeta, u pravilu Sjeverne Amerike i Zapadne Europe. Mada se pojam uobičajeno veže uz zemlje u razvoju, koje nastoje ostvariti gore navedeni cilj, nema nikakvog razloga zašto bi se tranzicija kao fenomen isključivo odnosila na nerazvijeni svijet. Naime, i bogate države nastoje stalno postizati u što većoj mjeri optimalne uvjete za društveni razvoj i novi, viši ekonomski rast, a time i kvalitetniji, viši životni standard svojih građana. To je temeljni cilj svakog tranzicijskog procesa, ili bi to trebao biti, i upravo je kao takav isti bio predstavljen i obećan zemljama koje su, u pravilu uniformiranim obrascem, krenule u proces tranzicije koncem prošlog stoljeća. Sada s vremenske distance sasvim je jasno da je nešto i zbog nečega pošlo temeljno krivo u odnosnom procesu. Pritom je nužno naglasiti da su neke zemlje odbile tranziciju prema strogim neoliberalnim pravilima, što je dovelo do zanimljivih rezultata i ujedno pružilo alternativu kao temelj analize i propitivanja neoliberalnog ekonomskog koncepta. Konačno to nas dovodi do užeg određenja pojma tranzicije kao ekonomskog i društvenog procesa prijelaza bivših socijalističkih država i privreda u zadnjem desetljeću proteklog stoljeća na kapitalizam i njegovo tržišno gospodarstvo prema neoliberalnoj paradigmi.

Formiranje neoliberalnog koncepta kapitalističkog ekonomskog sistema u praksi društvenog života prati aktualni svjetski trenutak u kojem dolazi do intenziviranja i jačanja globalizacijskog procesa. Opisana pojavnost posebice dolazi do izražaja na globalnom ekonomskom planu gdje se razvojem odgovarajućih tehnologija (prije svega informatičke), tehničkim dostignućima u oblasti prometa i prijevoza, slabljenjem nacionalnih državnih regulativa i ukidanjem administrativno-ekonomskih prepreka slobodnijem prometu roba, usluga i kapitala izvan državnih granica u skladu s neoliberalnom ekonomskom doktrinom, stvaraju, tzv. otvorena gospodarstva ili ekonomije. To se očituje u

sljedećim dimenzijama, kroz otvorenost na tržištu dobara kao mogućnost izbora potrošača i proizvođača između domaćih i inozemnih dobara, otvorenost na financijskim tržištima kao mogućnost financijskih investitora izabrati između domaće i inozemne financijske imovine te otvorenost na tržištu proizvodnih faktora kao mogućnost poduzeća u izboru gdje će locirati svoju proizvodnju i mogućnost radnika izabrati gdje će raditi.¹ Time nesporno globalizacija postaje proces od prvorazrednog utjecaja na formiranje međunarodne ekonomije s kraja 20. i početka 21. stoljeća i to na novoformiranom globalnom tržištu. Budući da u istoj, odnosno na istom dominira sažeto rečeno nekoliko sloboda; sloboda mobilnosti kapitala, sloboda kretanja roba i usluga, i u sve većoj mjeri sloboda kretanja radnika, možemo zaključiti da je neoliberalni ekonomski recept usvojen globalno.

U opisanim uvjetima novog globalnog svjetskog ekonomskog trenutka, ekonomski najmoćnije države svijeta sa svojim gospodarstvima globalizacijski fenomen pokušavaju iskoristiti prema postulatima neoliberalne ekonomske dogme. To čine u vlastitim geografskim i institucionalnim okvirima vođenjem odgovarajućih nacionalnih ekonomskih politika (privatizacija i deregulacija u javnom sektoru, restriktivna fiskalna politika, naglasak na borbi protiv inflacije, manji iznosi socijalnih transfera, slabljenje položaja radnika i sindikata). Ali istodobno, budući da kapital sada slobodno prelazi nacionalne granice, neoliberalni ekonomski model se nastoji izvesti i etablirati širom svijeta upravo u onim zemljama koje uz globalizacijski prolaze i tranzicijske gospodarsko-socijalne procese. Na ovom je mjestu neizbježno u čitav problem uvesti institucionalni trenutak. Naime kada je riječ o primjeni neoliberalnog koncepta u domaćim nacionalnim okvirima, velike dvojbe nema, ravnotežu utjecaja kada je riječ o alokaciji resursa na razini ekonomskih aktivnosti potrebno je što više odmaknuti od državnog upliva, a što je više izložiti utjecaju tržišta i time ojačati privatne gospodarske subjekte. Tu je, riječ o nacionalnoj državi i njenim institucijama te njezinom nacionalnom tržištu, no era otvorenih ekonomija dovela je do uspostave globalnog, nadnacionalnog svjetskog tržišta. Jasno je da na tom prostoru od prvorazredne ekonomske važnosti nema direktivnih ovlasti nacionalnih država, barem ne neposrednih. Dakle, zahvaljujući globalizacijskom procesu, odjednom je stvoren nikada u povijesti tako realno veliki tržišni prostor, savršen s aspekta neoliberalnih ekonomskih postulata, tj. bez nadzora, nameta i prepreka “parazitske” države koja je, s neoliberalnog stajališta, u ne tako davnoj prošlosti odlazila toliko daleko da je kapitalu “nametala”, odnosno štitila ideje kao što su država blagostanja, snažno socijalno zakonodavstvo ili visok stupanj sindikalne gustoće.

¹ Blanchard, Olivier, Makroekonomija, Mate, Zagreb, 2005., str. 373.

3. Neoliberalizam i međunarodne institucije

Ipak još od razdoblja završetka Drugog svjetskog rata, odnosno međunarodne konferencije u Bretton Woodsu 1944. godine, postoje na globalnom ekonomskom planu određene, u svjetskim razmjerima financijski vrlo moćne, međunarodne institucije. Koja je bila i jest njihova uloga u opisanim procesima tranzicije i globalizacije te afirmacije neoliberalizma kao dominantnog obrasca ekonomske aktivnosti? S kojim su ciljem osnovane, a kako danas djeluju? U skladu s odgovorima na prethodna pitanja, nameće se čitav niz vrijednosnih prosudbi odnosnih ekonomskih, financijskih i neizbježno političkih institucija kao i ekonomskih te socijalnih proturječnosti koje izaziva globalna ekonomska politika na vođenje koje odnosne institucije imaju izuzetan utjecaj. Te su globalne institucije, globalne po dosegu svojih mjera i upravljačkoj strukturi, između niza ostalih, posebno Svjetska banka (World Bank/International Bank for Reconstruction and Development), Svjetska trgovinska organizacija (World Trade Organization) i konačno Međunarodni monetarni fond (International Monetary Fund).

Međunarodni monetarni fond (u daljnjem tekstu: MMF) je osnovan 1944. godine kao međunarodna monetarna institucija, i to kao specijalizirana ustanova Organizacije Ujedinjenih naroda, sa zadatkom svojevrsnog globalnog čuvara stabilnosti svjetskog monetarnog sustava, koji bi djelovao na prevenciji novih velikih ekonomskih i financijskih kriza odnosno posljedice istih ublažio. Instrumenti i način za postizanje navedenog cilja jesu unaprijeđenje međunarodne trgovine, financijska pomoć u očuvanju stabilnosti nacionalnih valuta država članica, kreditna pomoć za uravnoteženje platnih bilanci država članica. No nadasve u kontekstu vremena, pod neprijepornim utjecajem djela Johna Maynarda Keynesa i njegove intervencionističke doktrine kao zadatak Fonda je postavljen i makroekonomski cilj poticanja ekonomskog rasta i povećanja zaposlenosti u državama članicama, dakle u svijetu. Taj zadatak i cilj MMF i danas službeno ističe. S ciljem poticanja razvoja u svijetu putem financiranja krupnih razvojnih projekata (investiranje kapitala u proizvodne svrhe, poticanje privatnih investicija, financijska pomoć nerazvijenom svijetu...), Bretton Woods stvara i Svjetsku banku. Njezino puno ime, Svjetska banka za obnovu i razvoj, jasno odražava namjeru s kojom je ista osnovana. Temeljni je zadatak pak Svjetske trgovinske organizacije, čije države članice ostvaruju preko 90% svjetske trgovine robama i uslugama, regulacija i unaprijeđenje međunarodne trgovine na globalnoj razini.

Već samo kraći pogled na strukturu i ciljeve djelovanja navedenih institucija, nameće tri neupitna zaključka. Prvi, odnosne institucije po naravi svoga djelovanja te snazi vlastitog kapitala i utjecaja djeluju na globalnoj razini, sve su nadalje imale značajan utjecaj u globalizacijsko-tranzicijskim procesima na prijelazu tisućljeća čime su neposredno modelirale suvremenu globalnu ekonomiju, i konačno sve su osnovane s jasnim nadasve poželjnim makroekonomskim i šire društvenim razvojnim ciljevima koji se odnose na implementaciju supstrata

globalizacijskog i tranzicijskog procesa, odnosno ekonomskog rasta i razvoja na svjetskoj razini. Posljedično nikakvih krajnje oštrih kritika i proturječnosti oko njihovog takvog djelovanja ne bi trebalo biti. No ipak ona su danas prisutna, i to u sve većoj mjeri i od strane sve raznovrsnijih i brojnijih subjekata. Tako Dani Rodrik, utjecajni harvardski politekonomist i stručnjak za pitanja razvoja, govori o "smrti" globalizacijskog konsenzusa koji su osmislile i provodile navedene institucije, poglavito MMF. Globalizaciju, odnosno na neoliberalnim poučcima temeljenu i od strane odnosnih institucija kreiranu globalnu ekonomiju i na njoj sazdan svjetski ekonomski poredak više ne napadaju samo različite anarhističke skupine, udruge civilnog društva, sindikalni i radnički pokreti. Otvorena kritika, ili barem preispitivanja, dosad neupitnog neoliberalnog globalnog ekonomskog recepta počinju stizati i iz redova utjecajnih ekonomista s najprestižnijih sjevernoameričkih sveučilišta, kao i nekih političkih i ekonomskih djelatnika, koji su u opisanim procesima neposredno sudjelovali. Posebno snažan napad na institucije koje upravljaju globalizacijom, a poglavito na MMF i njegovu ekonomsku politiku, predvodi nobelovac Joseph Stiglitz². No najznačajnije, neoliberalni kapitalizam današnjice krajnje je negativno percipiran od svjetske javnosti, poglavito velikog broja stanovnika zemalja sa srednjim i niskim dohotkom na svjetskoj razini. Dakle, upravo onog sloja stanovništva čiji je ekonomski i socijalni standard taj isti ekonomski koncept trebao bitno poboljšati. Tomu trendu zasigurno doprinose mnoge proturječnosti, koje ćemo dalje razmatrati, a kritički ga determinira *output* samog procesa: svijet i ekonomija 21. stoljeća koje akutno obilježavaju krizna stanja; gladi, nezaposlenosti, siromaštva, ugroženosti socijalnih prava, odnosno rastućeg strukturnog jaza između sve većeg broja sve više siromašnijeg i sve manjeg broja sve bogatijeg stanovništva.

3.1. Proturječnosti institucionalne neoliberalne ekonomske politike

Kako piše Stiglitz, Keynes bi se vjerojatno okrenuo u grobu da vidi što se događa s njegovim djetetom, a misli se pritom na MMF. Odnosna metafora svakako stoji budući da je isti, kao što je prije navedeno, osnovan u vrijeme afirmacije kejnzijanske ekonomije i uvjerenja, opravdanog u praksi, da tržišne ekonomije lišene određenog stupnja državne kontrole i regulacije, loše funkcioniraju te izazivaju moguće krize i izraženu nejednakost u raspodjeli dohotka. No ipak se MMF za kojih manje od 50 godina od svog osnutka preobražava u snažnog zagovornika nove političke ekonomije globalizacije i tranzicije. Ona u potpunosti počiva na teoretskim zasadama ekonomskog neoliberalizma, odnosno afirmaciji onoga što Stiglitz naziva tržišnim fundamentalizmom na globalnoj razini. Već su ranije ukratko iznesene povijesne društvene i ekonomske okolnosti (intenzivirana globalizacija, otvaranje nacionalnih gospodarstava k svjetskom tržištu, urušavanje socijalističkog političkog i

² Stiglitz, Joseph Eugene, *Globalizacija i dvojbe koje izaziva*, Algoritam, Zagreb, 2004.

ekonomskog modela) do kojih dolazi u svijetu u zadnjem desetljeću 20. stoljeća, a koje su dovele do procesa tranzicije te afirmacije neoliberalnog modela i ekonomske politike temeljene na tzv. washingtonskom konsenzusu. Ovi potonji su u datom trenutku predstavljali svojevrsni recept za ekonomsku transformaciju i potom obećani ekonomski uspjeh zemalja u tranziciji kao izvozni proizvod neoliberalnog kapitalizma ozbiljenog u najvećoj mjeri u Sjedinjenim Američkim Državama te u nešto manjoj mjeri u ostalim industrijski najrazvijenijim državama svijeta. Kada je riječ o izvoznom proizvodu za uspješan izvoz nužan je naravno i izvoznik koji će ga biti u stanju realizirati. Nametanje vođenja specifične ekonomske politike od jedne države ili skupine država (i njihovih ekonomski najmoćnijih financijskih i poslovnih subjekata) prema drugim državama označilo bi povratak na prevladane neoimperijalističke težnje što je politički i civilizacijski bilo neprihvatljivo. No, procesom tranzicije i globalizacijom svjetske ekonomije upravo su navedene međunarodne ekonomske institucije, u kojima utjecajno dominiraju kapitalom ekonomski najrazvijenije države svijeta, posebno Sjedinjene Američke Države, i zagovornice neoliberalnog ekonomskog modela, dobile priliku izvesti i afirmirati neoliberalni recept u dotad pretežno ne-kapitalističkom svijetu. Odgovori na pitanja što im je to omogućilo, i koji su pritom izbori i/ili uvjeti bili postavljeni državama koje su prihvatile ekonomske politike washingtonskog konsenzusa, MMF-a i ostalih međunarodnih institucija, dalje produbljuju odnosnu problematiku. Svjetska kreditno-financijska kriza iz 2008., jasno je pokazala koliko se MMF udaljio od svog prvotnog osnivačkog cilja prema kojem bi trebao djelovati kao regulator i čimbenik stabilnosti svjetskog monetarno-financijskog sustava, a koliko se preobrazio u globalnog zagovornika i "izvoznika" neoliberalne ekonomske politike. Time i neposrednog zagovornika ekonomskih i poslovnih interesa gospodarski najznačajnijih i financijski najmoćnijih multinacionalnih korporacija najrazvijenijih država svijeta koje su zahvaljujući neoliberalnom receptu i u skladu s njim, upravljanim nacionalnim ekonomskim politikama tranzicijskih država, dobili mogućnost maksimiziranja profita na povijesno nikad većem globalnom tržištu. I pritom, inače paradoksalna situacija koju tematizira u svojoj knjizi Lester C. Thurow, postaje društvena stvarnost globalnog neoliberalnog kapitalizma, gdje umjesto svijeta u kojem nacionalne politike upravljaju gospodarskim silama, izvannacionalne ekonomske sile diktiraju nacionalne gospodarske politike³. Analizirajmo dalje ekonomske i šire društvene okolnosti, koje su omogućile snažnu afirmaciju i institucionalni izvoz neoliberalnog ekonomskog recepta, općenito neoliberalne preporuke i smjernice za svojevrsnu novu ekonomsku politiku, ovaj put u uvjetima globalizacije i otvorenih gospodarstava te konačno polučene rezultate iste/istih.

³ Thurow, Lester Carl, *Budućnost kapitalizma: kako današnje gospodarske snage oblikuju sutrašnji svijet*, Mate, Zagreb, 1997., str. 127.

4. Utjecaj neoliberalizma na zemlje u tranziciji

Problem koji je, između ostalih, snažno pogađao krajem 20. stoljeća tranzicijske zemlje nastale raspadom socijalističkih političkih i ekonomskih sistema bila je potreba za krupnim, iako nesporno potrebnim, strukturnim promjenama u ekonomskoj sferi društvenog života, a s ciljem kako bi vlastite ekonomije što uspješnije i efikasnije prilagodile novoj globalnoj ekonomskoj paradigmi, tj. bilo izlasku iz ekonomske autarkičnosti, bilo prelasku s planske na tržišnu ekonomiju. Navedeno prerestrukturiranje odvijalo se u zemljama i gospodarstvima koja u prethodnim razdobljima nisu ostvarivala željeni jači ekonomski rast, imala su razmjerno velike deficite, mnoge je kronično mučila inflacija i nisko produktivna ekonomija, a sve to posljedično praćeno političkim nestabilnostima i raznim socijalnim krizama. Iz navedenih razloga, te su zemlje za tako krupne strukturne promjene vlastitih privreda, pokriće nekontroliranih proračunskih deficita, vraćanje stabilnosti nacionalnoj valuti i smirivanje socijalno-političkih kriza nužno trebale znatnije iznose kapitala, odnosno u iznosima koji su, opet iz navedenih razloga, nadilazili obujam i strukturu vlastite akumulacije. Kako su izvori vlastite društvene akumulacije kapitala bili nedostatni, navedene zemlje su, ne bi li izvršile potrebne reforme s ciljem da vlastita gospodarstva učine konkurentnima i produktivnima, čime bi bile ostvarene početne pretpostavke za ekonomski rast i razvoj, posegle za sredstvima tuđe akumulacije, a koja su nudile kreditima uvodno naznačene globalne ekonomske institucije, posebno Međunarodni monetarni fond.

Međutim, našavši se u poziciji da su njegova znatna financijska sredstva, odnosno krediti itekako potrebni i traženi u nizu tranzicijskih zemalja, MMF odlazi korak dalje te pružanje ekonomske, odnosno financijske pomoći uvjetuje prethodnim prihvaćanjem određenih naputaka u pogledu vođenja ekonomskih politika onih država koje su primile odnosna sredstva. S jedne strane, to je naravno razumljivo, budući da isti želi spriječiti rasipanje pozajmljenog kapitala koji je prije svega oskudan resurs i koji, što bi bilo neozbiljno apstrahirati, odlazi u zemlje s relativno nestabilnim političkim i makroekonomskim okruženjem. No ipak se za odnosne naputke i smjernice vođenja nacionalnih ekonomskih politika prema neoliberalnim ekonomskim postulatima, kao i rezultate istih, veže mnogo proturječnosti: ekonomskih i socijalnih. I koje stoga otvaraju prostor, teoretski i praktično, kritičkoj prosudbi i propitivanju službeno proklamiranog cilja rada odnosne institucije na kreiranju gospodarskih uvjeta koji će pridonijeti makroekonomskoj stabilnosti pojedine zemlje, kao i stimulaciji njenog ekonomskog rasta. Tim više što je uspostava zapadnog neoliberalnog modela kapitalizma, posredstvom MMF-a, Svjetske banke, Svjetske trgovinske organizacije te ostalih međunarodnih ekonomskih organizacija i institucija zagovarana u tranzicijskom procesu u pravilu jednoobrazno, s pristupom koji se, u promišljanju i praksi, nije bitno razlikovao između različitih država zahvaćenih strukturnim gospodarskim i socijalnim promjenama. Odnosno, riječ je o takvom pristupu kod provođenja tranzicijske transformacije s ciljem kreiranja gospo-

darskih i socijalnih uvjeta za ekonomski rast i razvoj pojedine države koji Dani Rodrik slikovito naziva *spray-gun approach*⁴ i koji posljedično ne uvažava specifičnosti zatečenog ekonomskog stanja pojedine zemlje, kao i njene buduće razvojne potencijale. To neizbježno navodi na zaključak da je primarni cilj djelovanja navedenih institucija, odnosno ekonomskih interesa razvijenog Zapada, u uvjetima globalizacije i tranzicije bio onaj ranije navedeni, tj. neupitna afirmacija neoliberalnog ekonomskog modela na globalnoj razini i koji će istima posljedično donijeti značajnu ekonomsku korist. Ali za sobom ostaviti u zemljama u razvoju i tranziciji mnoge, ekonomski i društveno, nesagledivo štetne posljedice. Unatoč uvjerenjima neoliberalnog kapitalizma s kraja 20. stoljeća o izgradnji budućeg kapitalističkog ekonomski prosperitetnog i socijalno ravnopravnog globalnog društva u novom tisućljeću.

5. Proturječnosti implementacije neoliberalnog ekonomskog modela

Ono što je kapitalizam kao jedini praktični ekonomski sistem globalno ponudio, preporučenom ekonomskom politikom od strane navedenih institucija, bila je široka afirmacija njegove neoliberalne paradigme. Po načelu ono što funkcionira u kapitalističkim i industrijskim najrazvijenijim zemljama Zapada, funkcionirat će i u slabije razvijenim zemljama, koje su prešle na tržišnu ekonomiju i izlaze iz gospodarske autarkičnosti. Međutim, takav jednoobrazni pristup problemima razvoja svake pojedine zemlje, koji se temeljio na striktnoj afirmaciji politike fiskalne stabilizacije, oštroj primjeni antiinflacijskih mjera, politici privatizacije i liberalizacije robnog, kao i tržišta kapitala, nažalost niti je početno teoretski bio ispravan, niti je polučio obećane i željene rezultate u praksi ekonomskog i društvenog života zemalja u razvoju. S druge strane, paradoksalno je i nadasve licemjerno što ekonomski najjače zemlje svijeta često u isključivo tržišnim sektorima pribjegavaju, čak i intenzivnim intervencionističkim mjerama poduzetim od strane države⁵, a da bi istodobno krediti MMF-a nosili u sebi čvrsto ugrađen postulat uspostave tržišne ekonomije bez vladinih intervencija. Ono što je nadalje uključivao izvozni neoliberalni ekonomski recept jest potpuna liberalizacija trgovine i otvaranje nacionalnih gospodarstava dokidanjem administrativnih i ekonomskih protekcionističkih prepreka uvozu i izvozu dobara. Široka liberalizacija tržišta dobara, posebno industrijskih proizvoda i liberalizacija domaćih tržišta kapitala trebala je tranzicijskim gospodarstvima, prema zamisli MMF-a i prema neoliberalnom

⁴ Rodrik, Dani, *A Practical Approach To Formulating Growth Strategies*, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, December 2004, page 6.

⁵ Ilustrativan primjer su nastojanja niza vlada i država, između ostalih Sjedinjenih Američkih Država, Njemačke, Velike Britanije i Italije, od konca rujna i početka listopada 2008. godine da izravnom krupnom financijskom pomoći bankarskom, odnosno financijskom-kreditnom sektoru pokušaju isti ekonomski stabilizirati i spasiti ga od jačeg propadanja uslijed poremećaja izazvanih aktualnom svjetskom kreditnom i financijskom krizom.

receptu, omogućiti brzu i učinkovitu preobliku na tržišnu ekonomiju, kao i uspješnu integraciju u međunarodne ekonomske tokove i međunarodnu razmjenu budući da bi imala slobodan pristup novim tržištima, odnosno globalnom tržištu kao novoj paradigmi u uvjetima globalizirane svjetske ekonomije. Nadalje, preporučeni su, odnosno uvjetovani u zamjenu za krupnu strukturnu kreditno-financijsku pomoć nadalje, primarno oštra borba protiv inflacije, uravnoteženje proračuna uz restriktivnu fiskalnu politiku, ukidanje ili reduciranje uvoznih kvota za stranu robu, reduciranje državnih subvencija u određenim gospodarskim granama kao netržišnih i nekonkurentnih, široka i brza privatizacija i u gospodarskom i u javnom sektoru. Jednom riječi, tržište je jedino efikasno i posljedično ono treba biti mjerilo ekonomskih i društvenih odnosa, a po navedenim preporukama vođena nacionalna ekonomska politika omogućit će državi i njenim građanima ekonomski rast i podizanje životnog standarda.

Ekonomske i socijalne proturječnosti izvezenog modela neoliberalnog kapitalizma odnosile su se i odnose se na zanemarivanje čitavog niza problema koji su se mogli predvidjeti, ili barem morali biti ozbiljno razmatrani, i koji su se konačno pokazali problematičnima kod primjene ovakvog univerzalnog ekonomskog recepta u tranzicijskim ekonomijama. Odnosno, kao što je recept bio zajednički, njegova dosljedna primjena rezultirala je i zajedničkim ekonomsko-socijalnim problemima, često u nekim državama i krizama. Zahtjev za potpunim otvaranjem tržišta proizvoda i usluga zemalja u tranziciji (ukidanje administrativno-ekonomskih zapreka slobodnom kretanju roba, ukidanje kvota na uvoz, snižavanje carina i ostalih fiskalnih nameta, liberalizacija trgovinskih propisa...), lako je razumjeti s gledišta industrijski najrazvijenijih zemalja kojima neprekidno treba novo i sve veće tržište na kojem će realizirati vlastite proizvode. No za zemlje u razvoju s tehnološki zastarjelom industrijom to je značilo otvoreno tržišno nadmetanje s neusporedivo konkurentnijim inozemnim proizvodima najbogatijih. Kako konkurenciju možemo slobodno čitati kao nadmetanje, jasno je da domaća industrija odnosnih zemalja u mnogim granama, poglavito onim kapitalno intenzivnim, u takvim okolnostima nije mogla bez državne pomoći i investicijskih zajmova izdržati odnosnu konkurentsku borbu. Ciljani protekcionizam i državne subvencije u određenim gospodarskim granama prema neoliberalnoj MMF-ovoj doktrini, smatrani su atavizmom prošlih sistema nespojivim s njihovom vizijom tržišne ekonomije. Izložena neoliberalna ekonomska politika redom je dovela u nizu tranzicijskih zemalja do ekonomskog devastiranja domaće industrije kao i poljoprivredne proizvodnje, a lanac negativnih ekonomskih i socijalnih posljedica koji je uslijedio poprimio je katastrofalne razmjere; rastuću nezaposlenost, ograničenja daljnjem rastu i razvoju zbog slabljenja gospodarskih grana u kojima se stvaraju nove materijalne vrijednosti i koje omogućuju izvoz na svjetsko tržište, iako je upravo to bila jedna od "obećanih" prednosti otvaranja narodnih gospodarstava. Takve ekonomske trendove u pravilu je potom slijedila dominantna okrenutost uvozu i trgovini i to robe industrijski razvijenih država, kao i daljnje eksterno zaduživanje. Primarna borba protiv inflatornog fenomena, unatoč neupitnoj i dalekosežnoj štetnosti inflacije po gospodarstvo, često je rezultirala

oštrim povišenjem kamatnih stopa što je krajnje otežalo pristup slobodnim novčanim sredstvima za nove investicije kao temelj rasta. Politika uravnoteženog proračuna značila je odustanak od kejnzijanskog deficitarnog financiranja potražnje u svrhu poticanja sveukupne gospodarske aktivnosti, a osiguranje proračunskih sredstava za uredno vraćanje javnog duga, odnosno kredita MMF-u značilo je štednju i reducirana izdvajanja prvo u onim sektorima koji kritično utječu na kvalitetu života građana, zdravstvu, školstvu, socijalnom i mirovinskom osiguranju. Liberalizacija tržišta kapitala označila je slobodan ulazak stranog kapitala i preuzimanje domaćeg financijskog sektora, zajedno sa štednjom domaćeg stanovništva, nakon čega bi slijedilo ubrzano kreditiranje domaće potražnje za uvoznim proizvodima iz domicilnih zemalja inozemnog financijskog kapitala. Kapitalno okrupnjavanje od strane države domaćih banaka koje bi mogle djelovati kao investicijske, financirajući domaće razvojne projekte, netržišno je i diskriminirajuće te stoga nedopustivo. Dotok stranog kapitala i preuzimanje udjela na domaćem tržištu, odnosno domaćem gospodarskom sektoru od strane inozemnih banaka i multinacionalnih korporacija značio je ujedno i pojačanu potražnju za domaćom valutom što je često vodilo njezinoj aprecijaciji te dalje slabilo domaće izvozne potencijale, a čineći istodobno robu iz uvoza jeftinijom. Rezultat, ponovan pad domaće proizvodnje. U mnogim zemljama tražena je brza privatizacija, koja je u nestabilnim gospodarskim i političkim okolnostima, uz visoko korumpirane političke elite i institucionalnu nerazvijenost, provedena katastrofalno loše, rezultirajući daljnjim društvenim troškovima umjesto društvenom koristi. I tako se dalje nastavlja kretanje u poznatom krugu gdje rast i razvoj ostaju samo proklamirani ciljevi sa službenih dokumenata Međunarodnog monetarnog fonda i Svjetske banke, a u stvarnosti output neoliberalnog tranzicijskog procesa je vrlo daleko od ekonomskog rasta i razvoja u onim zemljama kojima je neoliberalni ekonomski model konceptualno nuđen, a potom uvjetovan u načinu primjene kao gotovo apologetski efikasan i razvojni. S druge strane, isti je istodobno i neupitno otvorio ogromno novo tržište i time prostor za stvaranje i ubiranje profita krupnim gospodarskim subjektima ekonomski najmoćnijih država svijeta.

Pritom treba napomenuti da sam proces napuštanja gospodarske autarkičnosti i ekonomskog protekcionizma nije sam po sebi štetan, dapače u globaliziranom svijetu današnjice isti teško da ima ekonomski argumentirane alternative. No bitne su dvije stvari, a na kojima je neoliberalni ekonomski model uspostavljen u većini tranzicijskih zemalja podbacio u kritičnoj mjeri, namjera i način, odnosno pristup istom. Kod navedene prve pretpostavke cilj treba biti djelovanje na uspostavi takvih makroekonomskih uvjeta koji će osigurati ekonomski rast i razvoj. Tu je, pogrešno, široka liberalizacija ekonomskog života označena kao pretpostavka rasta sama po sebi, umjesto prvotnog inzistiranja na ekonomskom rastu nakon kojega će potom nužno i ekonomski logično uslijediti otvaranje narodnih gospodarstava. A ekonomskog rasta i razvoja nema bez snažne domaće proizvodnje, odnosno isti leži u novostvorenoj vrijednosti i izvozu, a ne obrnuto u trgovini i uvozu. To nas dovodi do krivog načina, odnosno pristupa tranziciji koji se odvijao po univerzalnom neoliberalnom receptu, s praktično istim makroekonomskim

zahtjevima od zemlje do zemlje, po ortodoksnim smjernicama upućenim nacionalnim ekonomskim politikama koje se svode na liberalizaciju tržišta i snažnu privatizaciju gospodarskog i društvenog sektora. No ekonomija, a poglavito ekonomska politika nije egzaktna znanost i outputi na isti način vođenog procesa ne moraju biti slični čak i između zemalja s u velikoj mjeri podudarajućim makroekonomskim uvjetima, a kamoli između zemalja koje ne dijele nikakve zajedničke karakteristike, od ekonomskih do demografskih. Jednostavno rečeno, razvojni problemi, kao i razvojni potencijali svake države su specifični i stoga uvjetuju specifičan pristup odnosnoj problematici. Potrebno je napomenuti da su neke dotad nekapitalističke zemlje ipak tijekom ekonomske i društvene tranzicijske transformacije odbile striktno slijediti neoliberalne napatke i pritom su također postigle odgovarajuću integraciju u svjetsku trgovinu, tj. svjetsko tržište kao prirodnu posljedicu ekonomskog rasta, a ne kao posljedicu primarne liberalizacije ekonomskog života. Kao primjeri ovakvog, sa stajališta neoliberalne ekonomske dogme, heterodoksnog pristupa globalnoj i tranzicijskoj ekonomskoj paradigmi izdvajaju se Kina, Indija, ili primjer geografski i demografski male Slovenije. Konačno recentna zbivanja i ekonomska previranja u okviru suvremene globalne financijsko-kreditne krize koja kulminira u Sjedinjenim Američkim Državama, gdje o potezima države i njenim intervencionističkim gospodarskim mjerama ovisi makroekonomska stabilnost idejnog stožera neoliberalne ekonomske paradigme, jasno pokazuje da svojevrsni miješani ekonomski model odgovarajuće kombinacije javnog i privatnog, odnosno državnog i tržišnog, predstavlja efikasnu i zadovoljavajuću ekonomsku paradigmu.

6. Glad kao svjetski problem

Uz krizu energenata danas u svijetu dominira problem prehrane stanovništva. Svi pokušaji međunarodne organizacije FAO (Organizacija za prehranu i poljoprivredu) u rješavanju ili ublažavanju problema gladi i neishranjenosti u svijetu za sada ne pokazuju nikakve ili bolje rečeno zanemarujuće rezultate. Brojke koje prikazuju i Ujedinjeni narodi su zastrašujuće. Tako se govori od 820,2 milijuna neishranjenog stanovništva ili ukupno 17 % svjetskog stanovništva. Po geografskoj rasprostranjenosti ta je situacija još gora. Najveće postotke neishranjenog stanovništva bilježe afričke zemlje gdje je iznos u prosjeku 32%, a u nekim zemljama i 50% (Srednjeafrička Republika 50%, Demokratska Republika Kongo 72%, Eritreja 73%). Očigledno da je taj problem u prvom redu pogodio nerazvijene zemlje sa slabom industrijskom proizvodnjom i lošim uvjetima poljoprivredne proizvodnje uz visoke stope nataliteta i nezaposlenosti, a bez značajnih prirodnih resursa. Međunarodna klasifikacija daje i prikaz stanja tranzicijskih zemalja. Tu se iskazuju podaci samo za zemlje koje su iz socijalističkog načina proizvodnje ušle u neki novi, u potpunosti nedefinirani način gospodarenja. Tako je u tim zemljama u prosjeku oko 6% stanovništva neishranjeno, gdje najveće postotke bilježe neke zemlje bivšeg SSSR-a (Tadžikistan 61%, Azerbejdžan 29% i Uzbekistan 26%). Od ostalih

bivših socijalističkih zemalja, neishranjenih nemaju samo Češka, Mađarska, Poljska i Rumunjska, dok je Hrvatska sa 7% neishranjenog stanovništva nešto iznad prosjeka zemalja u tranziciji. Sam podatak da je u Hrvatskoj oko 300.000 ljudi koji nemaju dovoljno hrane za svakodnevnu prehranu, a da oko 1.500.000 stanovnika živi na rubu te granice, mora zabrinuti svakoga, a posebno one koji su preuzeli odgovornost za njihove sudbine.

Čitav problem proizlazi iz odgovarajućih disproporcija koje se javljaju između ukupnog broja stanovnika i količine hrane proizvedene za njihovu prehranu. Broj stanovnika u svijetu se izuzetno brzo povećava iako se u zemljama s najvećim natalitetom želi različitim mjerama taj trend usporiti. Uza sve uložene napore rezultati koji se na tom planu postižu za sada nisu zadovoljavajući. Upravo u najnerazvijenijim (siromašnim) zemljama stope nataliteta su izrazito visoke. Mogućnosti odgoja i obrazovanja u tim sredinama izuzetno su loše. Uz odgovarajuću političku nestabilnost i ogromnu korumpiranost i gospodarski rezultat je u zastoju. Sve to dovodi do ogromne nezaposlenosti, a time i do platežno nesposobne potražnje. U tom slučaju potencijalni proizvođači hrane nisu spremni proizvoditi za to tržište, iako ogromni potrošački kapaciteti vape za tim vrstama proizvoda. S druge strane i cijene hrane rastu. Na rast cijena utječu dva temeljna čimbenika. Unutrašnji u koje spadaju troškovi proizvodnje i vanjski koji se manifestiraju na samom tržištu i u mjerama ekonomske politike pojedine zemlje. Zbog ograničenih obradivih površina sve se više ulaže u prilagodbu neobrađenih i nedovoljno kvalitetnih područja poljoprivrednoj proizvodnji što uvjetuje značajna ulaganja koja povećavaju troškove proizvodnje. Uz to, zbog nagle urbanizacije (izgradnje naselja, prometnica, proizvodnih pogona i sl.) smanjuju se poljoprivredne površine, a u novije vrijeme i tendencija za proizvodnjom biogoriva (uzgoj sirovinskog bilja) smanjili su poljoprivredne površine. Porast cijena energenata (nafta, plin, električna energija, umjetna gnojiva) izravno utječu na troškove proizvodnje i transporta. Kao vanjski čimbenici značajne su razne mjere monetarne i fiskalne politike koje pojedine zemlje imaju kod stimuliranja agrarne politike. Posebno se to odnosi i na subvencije te razne poticaje i premije koje se usmjeravaju u tom pravcu. Uz to na tržištu djeluje i zakon ponude i potražnje koji diktira cijene. Nažalost u svjetskim okvirima daleko je veća potražnja od ponude pa i zbog toga cijene pokazuju tendenciju stalnog rasta. Uzme li se u obzir da platežno sposobna potražnja nije identična stvarnoj potražnji, to znači ako bi se te dvije veličine uravnotežile uz pretpostavku da je ukupna potražnja platežno sposobna, cijene bi sigurno još više porasle, ali tada ne bi bilo gladnih. Nažalost ta se pretpostavka još jako dugo neće ostvariti ili bolje rečeno nikada. Problemom gladi u svijetu već se duže vrijeme bavi i Organizacija UN-a i to svojom specijaliziranom Agencijom za hranu i poljoprivredu (FAO) sa sjedištem u Rimu. Tako je njezin generalni direktor Jacques Diouf u svom izvještaju "Porast gladi u svijetu" ⁶od 30. listopada 2006.

⁶ <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2006/1000433/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.

godine, naveo da je 1996. na Svjetskom samitu o hrani (World Food Summit) održanom u Rimu postavljen cilj smanjenja broja gladnih ljudi u svijetu do 2015. godine, za polovicu od tadašnjih 800 milijuna gladnih u zemljama u razvoju. Nažalost, nakon deset godina, tj. 2006. godine broj gladnih ljudi se povećao, procjenjuje se da trenutno raste po stopi od čak 4 milijuna na godinu i te iste godine iznosio je približno 823 milijuna, odnosno 23 milijuna više nego prije deset godina kada je postavljen cilj smanjenja broja gladnih ljudi u svijetu koji je morao rezultirati s padom od 266 milijuna gladnog svjetskog stanovništva. Očigledno je da mjere koje su poduzimane nisu polučile očekivane rezultate. Razlozi takvom ishodu su višestruki. Jedan od njih su i izuzetno visoke cijene hrane. Tako je u izvješću FAO-a od 7. lipnja 2007. godine, pod naslovom "Rekordno visoke cijene hrane"⁷ zaključeno da je u svijetu zabilježen porast cijena uvezene hrane po stopi od 5 % na već rekordno visoku cijenu iste koja je dosegnuta u 2006. godini. Za nastalu situaciju krivnja je usmjerena naspram proizvođača biogoriva i visokih cijena transporta. Iako se proizvodnja žitarica po obujmu povećava, zbog smanjenih površina namijenjenih proizvodnji biljnog ulja nije u mogućnosti podmiriti sve veću potražnju u sektoru prehrane. Kada je u pitanju proizvodnja biogoriva, potrebno je zaključiti da za tu proizvodnju velik broj zemalja, a posebno država članica Europske unije, poljoprivrednim proizvođačima svih sirovina za njegovu proizvodnju osigurava potrebne poticajne mjere koje im osiguravaju više zarade, nego da se bave uzgojem bilo kojih drugih poljoprivrednih kultura. "Vrijeme je za implementaciju prava na hranu"⁸ novi je izvještaj kojega je Jacques Diouf, generalni direktor FAO-a podnio dana 18. listopada 2007. godine. Iz njega proizlazi da se broj pothranjenih ljudi u svijetu povećao i da sada iznosi 854 milijuna što je za 21 milijun više nego prethodne godine. To ukazuje na činjenicu da je cilj koji je postavljen 1996. godine u potpunosti propao. Ipak generalni direktor FAO ističe značaj implementacije prava na hranu svih onih (854 milijuna) gladnih. Deklarativno vrlo humano. Da bi čitava situacija bila još tragičnija, u ovom slučaju nije upitno uporabiti izraz tragikomično, takvom se apelu pridružio i Ban Ki-moon, glavni tajnik UN-a, koji označava neprihvatljivom činjenicu da ljudi pate od gladi u današnjem, tzv. "svijetu obilja". Osim što FAO podnosi redovita izvješća, pa to čini i u 2008. godini, a vezana su uz probleme neishranjenosti i hrane, značajniji pomaci u saniranju nastale tragedije, koja sigurno spada u najveće u ljudskoj povijesti, nisu ostvareni. Tako izvješće FAO-a od dana 13. veljače 2008. godine "Značajan porast u svjetskoj proizvodnji žitarica predviđen za 2008., ali cijene ostaju visoke"⁹ iznosi da je u svijetu zabilježen daljnji porast cijena hrane, a posebice žitarica i ulja. Razlog tomu su i dalje ranije navedeni čimbenici. U zaključku odnosnog

⁷ <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2007/1000592/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.

⁸ <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2007/1000679/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.

⁹ <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2008/1000783/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.

izvješća stoji nadasve mudri zaključak da porast cijena najjače pogađa najsiromašnije slojeve stanovništva. Uz to upućuje se i na najugroženija područja, Sjeverna i Južna Afrika, Južna Amerika i Srednja Azija, odnosno na ukupno 36 zemalja svijeta pogođenih krizom hrane, kao i socijalnim nemirima vezanim uz taj problem. Posljednje izvješće FAO-a za promatrano razdoblje dobiveno je s danom 11. travnja 2008. godine, "Cijene žitarica u najsiromašnijim zemljama nastavljaju rasti, vlade nastoje ograničiti negativne efekte"¹⁰. U njemu se opet zaključuje da su računi za uvoz žitarica u najsiromašnijim zemljama svijeta porasli za 56% u razdoblju 2007. i 2008., a što je uslijedilo nakon povećanja od 37% u razdoblju 2006. i 2007., što u dvije godine iznosi čak 93% porasta.

Sve se to odrazilo na snažan porast cijena kruha, riže, kukuruza, mlijeka, soje i ostalih prehrambenih namirnica u većini zemalja u razvoju, unatoč mjera koje se tamo poduzimaju kao što su: ograničenje izvoza, subvencije, sniženje fiskalnih nameta i kontrola cijena, a koje su poduzele vlade zemalja uvoznica i zemalja izvoznica hrane ne bi li ublažile snažan rast cijena hrane u svijetu. Upravo zbog tako nastale situacije, a u prvom redu zbog nedostatka hrane zabilježeni su i nemiri u Egiptu, Kamerunu, Senegalu, Indoneziji, Madagaskaru, Pakistanu, Tajlandu itd. Iako su uzroci gladi u svijetu izuzetno dobro utvrđeni i poznati, problem kako ga postavlja FAO u njegovom rješavanju ne polazi od pretpostavke njihovog eliminiranja, već isključivo u konstataciji da nedostaje hrane kojom bi se smanjila glad. Takve mjere, koje su usmjerene isključivo povećanju proizvodnje hrane, a ne ostalim uzrocima poput skupe hrane, velikog broja nezaposlenih ljudi u tim zemljama, ulaganja u gospodarski razvoj tih zemalja, cijene energenata i sl., ne mogu polučiti ozbiljne rezultate u saniranju nastale situacije. Takva rješenja jedino mogu stimulirati pojačanu skupu proizvodnju dosadašnjih poljoprivrednih proizvođača i daljnje osiromašivanje postojećih potrošača visokim cijenama. Dosadašnja deklarativna podrška i preporuke, koje upućuje FAO, nisu polučili željene rezultate, a ako se nešto u tom pogledu ne bude mijenjalo ništa se značajnije neće ni događati, osim što će se broj gladnih stalno povećavati. Financijske i materijalne pomoći koje su usmjerene prema zemljama s nedovoljno hrane nisu ni približno dostatne, a osim toga veoma često dolaze u ruke korumpirane birokracije tih zemalja koja ih distribuira prema vlastitom nahođenju i osobnim interesima.

7. Zaključak

Kako ekonomija i njene zakonitosti uvijek vode istodobni dvostruki život, jedan u teoriji, drugi u praksi, upravo je ovaj potonji snažno demantirao neoliberalne prognoze o ekonomskom uspjehu u posttranzicijskom razdoblju i upravo svaka ekonomska teorija, pa tako i neoliberalna, ne mora biti u praksi u potpunosti verificirana. To je bio slučaj s ortodoksnom liberalnom klasičnom i

¹⁰ <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2008/1000826/index/html>, stranica posjećena 03.09.2008.

neoklasičnom ekonomijom koju su dokinule ekonomske krize s kraja 19. i početka 20. stoljeća. Također je to i slučaj s kejnzijanskim intervencionizmom i privrednom stagnacijom iz sedamdesetih godina 20. stoljeća. Od tada su na teoretskoj ekonomskoj sceni deseci pravaca te područja ekonomskog intelektualnog interesa, no ipak teoretski suglasno i što je najbitnije praktično dominira neoliberalna ekonomska teorija. Upravo ekonomske i socijalne proturječnosti koje se mogu zapaziti kod opisanog neoliberalnog recepta kako urediti vlastite i potom globalnu ekonomiju, odnosno njezin neuspjeh da nacionalno i globalno osigura pretpostavke za ravnomjeran ili barem ravnomjerniji ekonomski rast i razvoj, raspodjelu dohotka te podizanje životnog standarda najšireg sloja stanovništva, predstavljaju valjan i dostatan razlog za odgovarajuću prilagodbu novim tokovima u praksi ekonomskog života, prvo nacionalne, a potom i nikad integriranije svjetske ekonomije. Svijet i ekonomija 21. stoljeća proživljavaju krizna stanja, ekonomska i socijalna, od kojih su ona povezana uz glad, nejednakosti u raspodjeli dohotka i pristupu prirodnim resursima, upravo akutna te nameću hitna promišljanja i još hitnija djelovanja kako efikasnije i pravednije urediti svjetsku ekonomiju i društvo današnjice prije globalne socijalne katastrofe i to u svijetu koji nikada u povijesti da paradoks bude veći, nije raspolagao s više znanja i razvojnih potencijala.

Literatura

1. Blanchard, Olivier, Makroekonomija, Mate, Zagreb, 2005.
2. Bowles, Samuel, Edwards, Richard, Razumijevanje kapitalizma: konkurencija, komanda i mijena u privredi SAD, Školska knjiga, Zagreb, 1991.
3. Samuelson Paul A., Nordhaus William D., Mate, Zagreb, 1992.
4. Stiglitz, Joseph Eugene, Globalizacija i dvojbe koje izaziva, Algoritam, Zagreb, 2004.
5. Thurow, Lester Carl, Budućnost kapitalizma: kako današnje gospodarske snage oblikuju sutrašnji svijet, Mate, Zagreb, 1997.
6. Rodrik, Dani, A Practical Approach To Formulating Growth Strategies, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, December 2004.
7. "World hunger increasing", <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2006/1000433/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.
8. "Food import bills reach a record high", <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2007/1000592/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.
9. "It is time to implement the right to food", <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2007/1000679/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.
10. "Significant increase in world cereal production forecast for 2008, but prices remain high", <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2008/1000783/index.html>, stranica posjećena 03.09.2008.
11. "Poorest countries' cereal bill continues to soar, governments try to limit impact", <http://www.fao.org/newsroom/eu/news/2008/1000826/index/html>, stranica posjećena 03.09.2008.

Summary

SOME ASPECTS OF NEOLIBERALISM IN THE WORLD ECONOMY

The article analyses the basic economic postulates of neoliberalism as economic theories and as a practical economic and social model of the modern capitalism. The neoliberal economic theory and economic policy based on it tend to globally impose themselves as dominant in conditions of socialist states economic and social breakdown at the end of the twentieth century, their transitional transformation into trade economic systems and strongly intensified process of globalisation. The described process, which is conducted in historically new economic and institutional conditions of open national economies, has been intensively determined by the influence of certain international institutions, especially by the International Monetary Fund. By obtaining the specific economic and social conditions such institutions get the possibility to make conditions for national economic policies management in states which operate with the capital loaned by the same institutions. This opens a door for a whole range of economic and social contradictions in regards to the above described neoliberal economic model “exported” into transitional countries, as well as for issues concerning the effectiveness and fairness of the modern global economic regime which is marked by different critical conditions. The existential issue of world hunger has been singled out and analysed in details as one of the most striking issues pertaining to the modern global economic regime.

Key words: *neoliberalism, socialism, globalisation, transition, growth, development, open economy, International Monetary Fund, food, hunger.*

Zusammenfassung

EINIGE ASPEKTE DES NEOLIBERALISMUS IN DER WELTWIRTSCHAFT

Die Arbeit analysiert ökonomische Grundpostulate des Neoliberalismus als ökonomische Theorien und als praktisches ökonomisches und gesellschaftliches Modell des zeitgenössischen Kapitalismus. Die neoliberale Wirtschaftstheorie und die auf ihr begründete Wirtschaftspolitik sind bemüht sich global, unter den Bedingungen des Zusammenbruchs der sozialistischen Staaten Ende des 20. Jahrhunderts, der Transittransformationen derselben zu marktwirtschaftlichen Systemen und der starken Intensivierung des globalen Prozesses, als dominierend aufzudrängen. Der beschriebene Prozess, der sich in historisch neuen ökonomischen und institutionellen Bedingungen der Offenheit nationaler

Ökonomien abwickelt, determiniert stark den Einfluss bestimmter internationaler Institutionen, besonders des Internationalen Monetarfonds. Sie gewinnen durch die Erlangung spezifischer ökonomischer und gesellschaftlicher Umstände die Möglichkeit Staaten, die seitens der betreffenden Institutionen geliehenes Kapital benutzen, die Bedingung zur Führung einer nationalen Wirtschaftspolitik zu stellen. Das legt eine ganze Reihe ökonomischer und sozialer Widersprüche in den Transitionsländern des “ausgeführten” neoliberalen Wirtschaftsmodells offen sowie die Problematik der Effizienz und Gerechtigkeit des zeitgenössischen globalen Wirtschaftssystems, das durch verschiedene Krisensituationen gekennzeichnet ist. Unter den letzteren wird das besonders deutliche und existentielle Problem des Hungers in der Welt herausgestellt, das näher analysiert wird.

Schlüsselwörter: *Neoliberalismus, Sozialismus, Globalisierung, Transition, Wachstum, Entwicklung, offene Wirtschaft, Internationaler Monetarfond, Nahrung und Hunger.*

Sommario

ALCUNI ASPETTI DEL NEOLIBERALISMO NELL'ECONOMIA MONDIALE

Il contributo esamina i postulati basilari del neoliberalismo, quali la teoria economica ed il modello economico e sociale pratico del capitalismo contemporaneo. La teoria economica neoliberale e la politica economica, che su di essa si fonda, cercano di affermarsi a livello globale come dominanti, nelle condizioni di rottura sociale ed economica dei paesi socialisti alla fine del XX secolo, nella trasformazione transitoria degli stessi sul piano dei sistemi economici di mercato e nel, fortemente intensificato, processo di globalizzazione. Siffatto processo, che si sviluppa in condizioni, sotto il profilo economico ed istituzionale, storicamente nuove, di apertura delle economie nazionali, determina la forte influenza di certe istituzioni internazionali, specie del Fondo Monetario Internazionale, le quali, in forza di specifiche circostanze economiche e sociali ottengono la possibilità di condizionare l'impostazione delle politiche economiche nazionali degli Stati che usufruiscono da parte di dette istituzioni di capitale in prestito. Ciò apre tutta una serie di contraddizioni economiche e sociali nel modo appena descritto dell' “esportato” modello economico neoliberale, come pure la questione dell'efficacia e giustizia della regolazione economica globale contemporanea, caratterizzata da diverse situazioni di crisi. Tra i molti, in particolare, è individuato il problema fortemente sentito ed esistenziale della fame su scala mondiale, che si esamina nel dettaglio.

Parole chiave: *neoliberalismo, socialismo, globalizzazione, transizione, crescita, sviluppo, economia aperta, Fondo Monetario Internazionale, cibo e fame.*

ZAŠTITA MORSKOG OKOLIŠA U ZAŠTIĆENOM EKOLOŠKO-RIBOLOVNOM POJASU REPUBLIKE HRVATSKE*

Dr. sc. Dorotea Čorić, izvanredna profesorica
Dr. sc. Sandra Debeljak-Rukavina,
viša asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 504.42(497.5)(094)
349.6(497.5)
Ur.: 23. listopada 2008.
Pr.: 27. studenog 2008.
Pregledni znanstveni članak

U radu se daje prikaz propisa Republike Hrvatske koji se odnose na zaštitu morskog okoliša u njezinom zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu. Proglašenjem navedenog pojasa Republika Hrvatska, a u skladu sa zakonodavnim i provedbenim ovlaštenjima obalnih država iz Konvencije UN-a o pravu mora iz 1982. godine, može donositi vlastite propise radi sprječavanja, smanjivanja i nadziranja onečišćenja u tom prostoru. U radu se osobita pozornost posvećuje Pravilniku o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske koji je na snazi od svibnja 2008. godine. Posebno se naglašavaju ovlaštenja nadležnih tijela Republike Hrvatske u slučaju povrede odgovarajućih propisa te mogućnost njihova sankcioniranja.

Ključne riječi: *onečišćenje mora, zaštićeni ekološko-ribolovni pojas, gospodarski pojas, suverenitet, suverena prava.*

1. Uvodne napomene

Republika Hrvatska država je čije su glavne gospodarske djelatnosti (turizam, ribarstvo, pomorstvo) vezane za more.

Posljedica je to njezina geografskog položaja obalne države koja se koristi najvećim prostorom Jadrana.

Od ukupne duljine Jadranske obale (na kopnu i otocima) 75.8% pripada Republici Hrvatskoj.

Uz njezinu dužnost, kao stranke Konvencije UN-a o pravu mora iz 1982., (Konvencija iz 1982.)¹ nedvojbeno postoji i poseban interes, za učinkovitu zaštitu morskog okoliša.

* Rad je napisan na temelju izlaganja pod istim naslovom održanog na Međunarodnoj konferenciji o pomorskoj znanosti, Split, 11. lipnja 2008.

¹ Konvencija UN-a o pravu mora stupila je na snagu 16. studenog 1994. godine. Republika Hrvatska je postala strankom Konvencije 5. travnja 1995. godine temeljem notifikacije o sukcesiji,

U Republici Hrvatskoj ona se provodi kao zaštita posebne sastavnice okoliša. Obuhvaća odgovarajuće mjere zaštite mora, uključujući morski eko-sustav i obalno područje kao nedjeljive cjeline te između ostalog sprječavanje onečišćenja mora s brodova i drugih ishodišta uslijed pomorskog prometa.²

Treba podsjetiti da se morski i podmorski prostori Republike Hrvatske i odnosi u njima uređuju odredbama dijela II. Pomorskog zakonika (PZ) (čl. 6.-46.).³

Navedene odredbe usklađene su s odredbama Konvencije iz 1982. godine.

U skladu sa čl. 6. st. 1. i st. 2. PZ-a suverenitet Republike Hrvatske na moru, prostire se na unutarnje morske vode i teritorijalno more Republike Hrvatske, zračni prostor iznad njih te dno i podzemlje tih morskih prostora.

U svomu gospodarskom pojasu, odnosno zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu (v. *infra* toč. 2.) i u epikontinentalnom pojasu Republika Hrvatska ima samo određena suverena prava i jurisdikciju.

Temeljem navedenog, ukupna površina morskog prostora Republike Hrvatske, što uključuje površinu unutarnjih morskih voda, teritorijalnog mora, epikontinentalnog i zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa iznosi oko 56.964 km².⁴

Sa svrhom zaštite morskog okoliša u navedenim prostorima Republika Hrvatska je donijela niz propisa.

Kada se govori o onečišćenju mora s brodova, većina propisa rezultat je prihvatanja odgovarajućih međunarodnih konvencija usvojenih pod okriljem Međunarodne pomorske organizacije, ali i implementacije propisa Europske unije.

U ovom radu osvrnut će se na propise Republike Hrvatske posvećene zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu.

2. Zaštićeno ekološko-ribolovni pojas Republike Hrvatske

2.1. Sadržaj

Republika Hrvatska nije proglasila puni sadržaj gospodarskog pojasa, već je Odlukom Hrvatskog sabora od 3. listopada 2003. o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru (Odluka), a temeljem Konvencije UN-a iz 1982. godine, uspostavila **zaštićeno ekološko-ribolovni pojas (ZERP)**.⁵

Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 11/95. Za tekst Konvencije na engleskom jeziku i prijevod na hrvatski jezik v. *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 9/00. Dužnost obalnih država u zaštiti i čuvanju svog morskog okoliša propisana je u čl. 192. Konvencije iz 1982.

² Čl. 3. st. 1. toč. 47. i čl. 24. st. 1. Zakona o zaštiti okoliša (ZZO), *Narodne novine*, br. 110/07.

³ Pomorski zakonik, *Narodne novine*, br. 181/04., 76/07.

⁴ Površina unutarnjih morskih voda 12.461 km², teritorijalnog mora 19.296 km², zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa 25.207 km². Podaci prema brošuri *Ocjena stanja i rješenje provođenja nadzora i zaštite na Jadranskom moru*, Radna skupina za pripremu prijedloga rješenja zaštite i nadzora na Jadranskom moru, Zagreb, 2004.

⁵ Odluka o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru, *Narodne novine*, br. 157/03. O potrebi proglašenja gospodarskog pojasa v. Degan, V. Đ., *Treba li proglasiti gospodarski pojas u Jadranskom moru*, Uporedno pomorsko pravo, Zagreb, 1989., br. 121., str. 83. Isto tako, Ibler, V., *Međunarodno pravo mora i Hrvatska*, Barbat, Zagreb, 2001., str. 191.-216.

U skladu s navedenom Odlukom, Hrvatski sabor je proglasio sljedeće sadržaje gospodarskog pojasa:

- suverena prava istraživanja i iskorištavanja, očuvanja i gospodarenja živim prirodnim bogatstvima voda izvan granica teritorijalnog mora,
- jurisdikciju glede znanstvenog istraživanja mora i
- jurisdikciju glede zaštite i očuvanja morskog okoliša.⁶

S obzirom na to da nije proglašen puni sadržaj gospodarskog pojasa, u Odluci je taj pojas dobio gore navedeni naziv i poznatu kraticu ZERP. Izabравši taj naziv, istaknuta su samo dva, možda važnija, područja u kojima su proglašene međunarodnopravne priznate kompetencije Republike Hrvatske: zaštita okoliša i korištenje živim bogatstvima. Međutim, ona ne sadrži treću komponentu zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa, jurisdikciju glede znanstvenog istraživanja.⁷

Dakle, u režimu zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa nije proglašena jurisdikcija glede prava i nadzora gradnje i uporabe umjetnih otoka, uređaja i naprava na moru.⁸ Međutim, navedena prava i jurisdikcija ostvaruju se temeljem režima epikontinentalnog pojasa.⁹

S obzirom na cjelovit sadržaj gospodarskog pojasa uspostavljen Konvencijom iz 1982. godine, Odlukom iz 2003. godine lišilo se suverenih prava radi proizvodnje energije korištenjem mora, morskih struja i vjetra.¹⁰

O nužnosti proglašenja navedenih sadržaja odlučit će se naknadno.¹¹

⁶ To su sadržaji iz čl. 32., 33. st.1. toč.(a), čl. 34., čl. 40. i 41. PZ-a.

⁷ Vukas, B., *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i međunarodno pravo mora*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2, Zagreb, 2008., str. 196.

⁸ To su sadržaji iz čl. 33. st. 1. toč.(b), čl. 35.-40. PZ-a.

⁹ V. čl. 80. i 60. Konvencije iz 1982. i čl. 45. PZ-a.

¹⁰ V. čl. 56. st. 1.(a) Konvencije iz 1982. i čl. 33. st. 1. toč.(b) PZ-a.

¹¹ Čl. 1018. st. 2. PZ-a. Na taj je način Republika Hrvatska institutu gospodarskog pojasa posvetila cijelu glavu IV. drugog dijela (čl. 33.-42.) Pomorskog zakonika. Međutim, Hrvatski Sabor nije proglasio gospodarski pojas, nego je donio navedenu Odluku o proširenju jurisdikcije na Jadranskom moru i tako proglasio dio sadržaja što ih obalna država može steći na temelju međunarodnopravnog režima gospodarskog pojasa temeljem Konvencije iz 1982. godine.

Proglašenje zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa Republike Hrvatske izazvalo je nepovoljne reakcije, ponajprije njezinih susjeda Italije i Slovenije. Isto tako Europska unija, štiteći interese svojih država u Sredozemlju (posebice Španjolske i Italije koje imaju velike ribolovne flote) smatrala je da njezine članice ne trebaju proglašavati gospodarske pojaseve u Sredozemnom moru. Više v. Vukas, op. cit., bilj. br. 7., str. 194.

Pored toga, na Ministarskoj konferenciji o održivom razvoju ribolova u Sredozemlju, Venecija, 25. i 26. studeni 2003. godine, (održanoj nakon proglašenja hrvatskog ZERP-a) dogovoreno je da će međunarodna zajednica štiti održivi razvoj ribarstva temeljem Konvencije o pravu mora iz 1982. godine. Zaštita u duhu same Konvencije provodi se kombinacijom nacionalnih mjera i međunarodne suradnje. Proglašenje gospodarskog pojasa ili drugih pojaseva prema Konvenciji jest nacionalna mjera i kao takva nužno je jednostrana, jer drugačija ne može biti. Na to se nadovezuje međunarodna suradnja prema Konvenciji. Tako je Republika Hrvatska proglašenjem svoga zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa, po uzoru i na druge države Sredozemlja (v. čl. 10. st. 2. Deklaracije s navedene konferencije) stvorila uvjete za efikasniju primjenu Akcijskog plana FAO-a za suzbijanje ilegalnog i neregularnog ribolova, kao i za ekološku zaštitu Jadranskog mora. V. Vidas, D., *Zaštita Jadrana*, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 181.-185.

Valja istaknuti da su od drugih jadranskih država zaštićeno-ekološke zone u Jadranskom moru proglasile Italija i Slovenija.¹²

2.2. *Granice*

Prema stavku 5. Odluke, zaštićeno ekološko-ribolovni pojas Republike Hrvatske obuhvaća morski prostor od vanjske granice teritorijalnog mora u smjeru pučine do njegove vanjske granice dopuštene općim međunarodnim pravom (200 nautičkih milja). Vanjska granica utvrdit će se međunarodnim ugovorima o razgraničenju s državama čije obale leže sučelice ili bočno u odnosu na hrvatsku obalu.

Kako se naša obala nalazi na uskom Jadranskom moru, ne može se imati zaštićeno ekološko-ribolovni pojas maksimalne širine od 200 nautičkih milja. Zato se taj pojas mora razgraničiti s Italijom, obalom koja leži sučelice našoj. Sporazum o razgraničenju mora se zaključiti i s Crnom Gorom, državom čije obale leže bočno u odnosu na hrvatsku obalu.

Do postizanja odgovarajućih sporazuma, Odluka iz 2003. godine sadrži odredbe o privremenom razgraničenju našeg zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa s navedenim državama.¹³

2.3. *Primjena*

Primjena zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa Republike Hrvatske prema članku 3. Odluke, trebala je započeti 12 mjeseci nakon njegova uspostavljanja, što znači od 3. listopada 2004. godine.

S tim u svezi treba uzeti u obzir dopunu Odluke Hrvatskog sabora¹⁴ od 3. lipnja 2004. godine, kojom se određuje kako će primjena pravnog režima zaštićenog

¹² (Legge n. 61 del 8/02/2006, G .U. n. 52 del 03.03.2006.). Nakon proglašenja talijanske zaštićene ekološke zone, otvoreno more u Jadranu, kao institut međunarodnog prava, više ne postoji. Više o tome v. *Dominis, Ž., Nestanak instituta otvorenog mora u Jadranu*, Naše more, 53(5-6), 2006., str. 228.-238.

Zakon o proglašenju zaštićeno-ekološke zone i epikontinentnog pojasa Republike Slovenije, Uradni list, br. 93/05.

¹³ U odnosu na Italiju navedeno je kako će vanjska granica našeg zaštićeno ekološko-ribolovnog pojasa privremeno slijediti crtu razgraničenja epikontinentalnog pojasa uspostavljenju Sporazumom između SFR Jugoslavije i Talijanske Republike iz 1968. godine. Italija je prigovorila navedenoj odredbi o privremenom razgraničenju. V. notu upućenom glavnom tajniku UN-a kao depozitaru Konvencije UN-a o pravu mora iz 1982. godine, *Bulletin No. 54, Law of the Sea, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of legal Affairs, United Nations, New York, 2004., str. 129.-130.*

Bočno razgraničenje s Crnom Gorom slijedit će smjer i nastavljati se na privremenu graničnu crtu teritorijalnog mora, koja je utvrđena Protokolom o privremenom režimu uz južnu granicu Republike Hrvatske i Srbije i Crne Gore, zaključenim 10. prosinca 2002. godine. V. Odluku iz 2003., *Narodne novine, br. 157/03.*

¹⁴ Dopuna Odluke o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru, *Narodne novine, br. 77/04.*

ekološko-ribolovnog pojasa, za države članice EU, početi nakon sklapanja Ugovora o partnerstvu o ribarstvu između Europske zajednice i Republike Hrvatske.

S obzirom na to da navedeni ugovor nije potpisan, sukladno dopuni Odluke od 20. prosinca 2006. godine, primjena zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa za države članice Europske unije započela je 1. siječnja 2008. godine.¹⁵

Prema navedenoj Odluci na ribarske i druge brodove primjenjivat će se ribarski i ekološki propisi Republike Hrvatske.

Međutim, početak primjene zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa u siječnju 2008. godine, potaknuo je Italiju i Sloveniju na neke akcije unutar nadležnih tijela Europske unije, koje su rezultirale ponovnom odgodom započete primjene u odnosu na države članice Europske unije od 15. ožujka 2008. godine, do iznalaženja zajedničkog dogovora u duhu EU.¹⁶

U Odluci je istaknuto da će Republika Hrvatska, kao država kandidat u postupku pristupanja u članstvo Europskoj uniji, nastaviti i dodatno ojačati dijalog s državama članicama i Europskom komisijom u cilju brzog postizanja dogovora, koji će osigurati maksimalnu ekološku i ribolovnu zaštitu Jadrana, vodeći računa o svim legitimnim interesima Republike Hrvatske.

U skladu s navedenim, primjena odgovarajućih propisa Republike Hrvatske u području zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa na snazi je za brodove koji ne viju zastavu država članica EU.

3. Hrvatski propisi o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu

3.1. Pravilnik o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu

Prilikom plovidbe zaštićenim ekološko-ribolovnim pojaskom Republike Hrvatske u skladu sa čl. 41. st. 1. PZ-a, brodovi su dužni poštovati općeprihvaćene međunarodne propise i standarde te hrvatske propise o zaštiti od onečišćenja mora s brodova, kao i drugih ishodišta. S obzirom na to da je Republika Hrvatska proglasila zaštićeno ekološko-ribolovni pojas, ona u njemu može izravno primjenjivati općeprihvaćena međunarodna pravila i standarde o zaštiti od onečišćenja mora, dok ne donese i objavi svoje propise u skladu s njima.¹⁷

Hrvatski propis, *Pravilnik o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske*, usvojen je i stupio na snagu 3. svibnja 2008. godine.¹⁸

¹⁵ Dopuna Odluke o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru, *Narodne novine*, br. 138/06.

¹⁶ Dopuna Odluke o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru, *Narodne novine*, br. 31/08.

¹⁷ V. Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 146.

¹⁸ Pravilnik o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 47/2008. Pravilnik je donesen temeljem čl. 41. st. 4. i čl. 1023. PZ-a. U daljnjem tekstu: Pravilnik.

Sadrži mjere zaštite morskog okoliša kojih se moraju pridržavati svi pomorski objekti,¹⁹ koji plove ili se nalaze u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu.

Ipak, u skladu sa čl. 1. st. 2., Pravilnik se ne primjenjuje na ratne brodove, pomoćne brodove ratne mornarice te javne brodove i brodice. Oni su se dužni pridržavati odredbi Pravilnika u mjeri u kojoj to ne umanjuje njihovu redovnu djelatnost.

Isto tako, uzimajući u obzir odgodu primjene režima zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa temeljem Odluke iz ožujka 2008., Pravilnik se ne primjenjuje na brodove koji viju zastavu država članica Europske unije.

3.1.1. Međunarodni standardi sprječavanja i suzbijanja onečišćenja u Pravilniku

Prema čl. 211. st. 5. Konvencije iz 1982. godine, obalna država za prostor svog gospodarskog pojasa donosi vlastite zakone i druge propise radi sprječavanja, smanjivanja i nadziranja onečišćenja s brodova.

Ti propisi moraju biti usklađeni s općeprihvaćenim međunarodnim pravilima i standardima usvojenim nadležnom međunarodnom organizacijom ili na općoj diplomatskoj konferenciji.

Strože propise, u skladu sa čl. 211. st. 6. Konvencije iz 1982. godine, može donositi samo za posebna područja unutar svog gospodarskog pojasa ili za područja prekrivena ledom.²⁰

S obzirom na navedenu zakonodavnu nadležnost obalne države u gospodarskom pojasu, Pravilnikom se propisuje poštivanje standarda iz odgovarajućih međunarodnih konvencija posvećenih sprječavanju i suzbijanju onečišćenja mora s brodova.

Člankom 3.-10. Pravilnika uvode se standardi i mjerila ispuštanja te nadzora onečišćenja štetnim tvarima (*ulje, štetne tekuće tvari, kao i one koje se prevoze u upakiranom stanju, sanitarnim otpadnim vodama i smećem*) sukladno Međunarodnoj konvenciji o sprječavanju onečišćenja mora s brodova iz 1973., kako je izmijenjena Protokolom iz 1978. – MARPOL konvenciji.²¹

Treba naglasiti kako su sukladno Prilogu I. i V. MARPOL-a područje Sredozemnog mora, a time i Jadrana kao njegovog dijela, određeni kao posebna zaštićena područja. To podrazumijeva stroži nadzor, odnosno zabranu ispuštanja ulja i smeća s brodova.

¹⁹ Pomorski objekt prema čl. 5. st. 1. toč.(2) PZ-a obuhvaća objekt namijenjen za plovidbu morem (*plovni objekt*), ili objekt stalno privezan, ili usidren na moru (*plutajući objekt*), odnosno objekt u potpunosti, ili djelomično ukopan u morsko dno, ili položen na morsko dno (*nepomični odobalni objekt*).

²⁰ O pravima obalne države glede zaštite i očuvanja morskog okoliša u gospodarskom pojasu v. Vokić-Žužul, M., *Jurisdiksija obalne države u pogledu zaštite i očuvanja morskog okoliša u gospodarskom pojasu*, Pomorsko poredbeno pravo, Zagreb, 2004., br. 155, str. 213.-226. Isto tako, v. Jensen, O., *Coastal State Jurisdiction and Vessel Source Pollution*, FNUI Report 3/2006.

²¹ MARPOL konvencija, *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 1/92., 4/05.

S obzirom na to da MARPOL konvencija ne uključuje namjerno odlaganje, odnosno potapanje otpadnih tvari, čl. 9. Pravilnika poziva se na rješenja Londonske konvencije o sprječavanju onečišćenja mora potapanjem otpadaka iz 1972. godine i drugih tvari, Protokola iz 1996. godine o izmjeni navedene Konvencije te Protokola iz 1995. godine za sprječavanje i uklanjanje onečišćenja Sredozemnog mora s brodova i zrakoplova ili spaljivanjem na moru.²²

Londonska konvencija iz 1972. godine načelno dopušta potapanje, a sadrži liste tvari čije je potapanje zabranjeno (crna lista) ili moguće uz posebno odobrenje (siva lista).

Iskrcaj, ukrcaj ili prekrcaj opasnih i štetnih tvari s pomorskih objekata u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu prema članku 11. Pravilnika, dopušten je samo uz odobrenje Ministarstva nadležnog za more.

Odobrenje će se izdati samo uz ispunjenje posebnih uvjeta kojima se osigurava sigurnost plovidbe i zaštita morskog okoliša. Pri tome će se uzeti u obzir posebni propisi, koji važe za slične operacije u lukama.²³

3.1.2. Plovidba zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom

Brod u plovidbi zaštićenim ekološko-ribolovnim pojasom dužan je poštovati sustave plovidbe na Jadranskom moru, koje je usvojila Međunarodna pomorska organizacija i koji su propisno objavljeni.²⁴

Tanker i ulja od 150 BT ili veći i svi brodovi od 300 BT ili veći, koji prevoze kao teret opasne ili štetne tvari u rasutom ili upakiranom stanju, obvezni su dostavljati odgovarajuće podatke Nacionalnoj središnjici.²⁵

Svi brodovi na koje se primjenjuje odgovarajuće Pravilo 19, Glava V SOLAS konvencije, dužni su za vrijeme plovidbe zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom imati uključen sustav za automatsku identifikaciju (AIS) te njime dostavljati statičke, dinamičke te podatke o putovanju, uključujući podatke o opasnom teretu.

Prema članku 15. Pravilnika, u slučaju povrede gore navedenih odredbi Ministarstvo će uobičajenim putem izvijestiti o povredi državu zastave broda.

²² Londonska konvencija iz 1972., *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 3/95. Protokol iz 1996. godine na Londonsku konvenciju Republika Hrvatska nije potvrdila.

Protokol iz 1995. godine za sprječavanje i uklanjanje onečišćenja Sredozemnog mora potapanjem s brodova i zrakoplova ili spaljivanjem na moru, *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 12/93., 17/98.

²³ V. Pravilnik o rukovanju opasnim tvarima, uvjetima i načinu obavljanja prijevoza u pomorskom prometu, ukrcavanja i iskrčavanja opasnih tvari, rasutog i ostalog tereta u lukama te načinu sprječavanja širenja isteklih ulja u lukama, *Narodne novine*, br. 51/05.

²⁴ Objavljeni su u dokumentima COLREG.2/Circ. 54 od 28. svibnja 2004. i COLREG.2/Circ. 58 od 11. prosinca 2006. te oglasima za pomorce Hrvatskog hidrografskog instituta, Svezak 11. iz studenog 2004. i svezak 3. iz ožujka 2005. godine. Čl. 13. st. 1. Pravilnika.

²⁵ Podaci se dostavljaju sukladno Rezoluciji Odbora za zaštitu morskog okoliša IMO-a, MSC.139(76) od 5. prosinca 2002., kako je objavljena u oglasu za pomorce Hrvatskog hidrografskog instituta, Svezak 5. od svibnja 2003. Čl. 13. st. 2. Pravilnika.

Kada brod iz st. 1. ovog članka dobrovoljno boravi u luci u Republici Hrvatskoj, nad brodom će se provesti inspekcijski nadzor sigurnosti plovidbe radi utvrđivanja udovoljava li brod i njegova posada uvjetima sigurnosti plovidbe utvrđenim primjenjivim međunarodnim ugovorima.

3.1.3. Dužnost izvještavanja o onečišćenju

Članak 12. Pravilnika, u skladu s Međunarodnom konvencijom o pripravnosti, akciji i suradnji za slučaj onečišćenja mora uljem iz 1990. godine (OPRC konvencija),²⁶ obvezuje zapovjednika pomorskog objekta ili zrakoplova, koji primijeti onečišćenje mora, o tomu bez odlaganja izvijestiti nadležnu lučku kapetaniju.

Zapovjednik pomorskog objekta koji sudjeluje u nezgodi koja uključuje ispuštanje ulja i drugih opasnih i štetnih tvari, uključujući one u kontejnerima, prenosivim tankovima, cestovnim i željezničkim vozilima i brodskim teglenicama, dužan je bez odlaganja nadležnoj lučkoj kapetaniji podnijeti izvješće o nezgodi.

Navedeno izvješće mora podnijeti i zapovjednik broda koji ispusti ulja ili štetne tekuće tvari suprotno odredbama MARPOL Konvencije tijekom redovnog rada broda.

Izvješće se dostavlja najbržim dostupnim telekomunikacijskim kanalima.

Lučka kapetanija, koja zaprimi izvješće, dužna je poduzeti sve potrebne mjere radi suzbijanja, smanjenja i otklanjanja onečišćenja mora sukladno posebnim propisima, poduzeti sve potrebne istražne radnje te pokrenuti odgovarajuće postupke.

U slučajevima iznenadnih onečišćenja mora ovlasti, dužnosti, mjere i način smanjenja opasnosti, spremnost za trenutno i učinkovito reagiranje i sprječavanje onečišćenja mora propisuje se Planom intervencija kod iznenadnih onečišćenja mora u Republici Hrvatskoj²⁷ i Subregionalnim planom intervencija za sprječavanje, spremnost za i reagiranje na iznenadna onečišćenja Jadranskog mora većih razmjera.²⁸

Uprava je dužna izvijestiti o događaju i poduzetim mjerama državu čiju zastavu brod vije, te prema okolnostima slučaja i druge zainteresirane države.

3.1.4. Ovlaštenja nadležnih tijela u slučaju povrede propisa

Ovlaštenja nadležnih tijela Republike Hrvatske u slučaju kršenja odredbi Pravilnika i drugih primjenjivih međunarodnih standarda i pravila u svezi sa sprječavanjem, smanjivanjem i nadziranjem onečišćenja regulirana su vodeći

²⁶ OPRC konvencija, *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 2/97.

²⁷ Plan intervencija kod iznenadnih onečišćenja mora, *Narodne novine*, br. 92/08.

²⁸ Subregionalni plan intervencija kod iznenadnih onečišćenja Jadranskog mora za Hrvatsku, Italiju i Sloveniju izrađen je u okviru trilateralne hrvatsko-talijansko-slovenske suradnje na zaštiti Jadrana.

računa o provedbenim nadležnostima obalnih država predviđenih čl. 220. toč. 5., 6. i 7. te čl. 226. Konvencije iz 1982. godine.²⁹

Gospodarski pojas ne čini dio područja obalne države. U njemu vlada režim slobodne plovidbe, kao i na otvorenom moru. Međutim, ta sloboda plovidbe može biti ograničena jurisdikcijom obalne države koju ona uživa u tom pojasu, posebice glede zaštite morskog okoliša.

Članak 14. Pravilnika predviđa:

1) Ako postoji osnovana sumnja da je brod za vrijeme plovidbe zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom prekršio odredbe ovog Pravilnika i/ili primjenjivih međunarodnih standarda i pravila za sprječavanje, smanjivanje ili nadziranje onečišćenja mora, nadležna lučka kapetanija ili Središnjica za usklađivanje traganja i spašavanja zatražit će od broda davanje informacija o brodu, teretu, luci polazišta i odredišta te druge relevantne podatke bitne za utvrđivanje je li pomorski objekt prekršio propise.

2) Kada postoji osnovana sumnja da je brod za vrijeme plovidbe zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom prekršio odredbe ovog Pravilnika i/ili primjenjivih međunarodnih standarda i pravila za sprječavanje, smanjivanje ili nadziranje onečišćenja mora, što za posljedicu ima ispuštanje, iskrcaj ili potapanje većih razmjera koje uzrokuje ili bi moglo uzrokovati značajno onečišćenje morskog okoliša, inspekcija sigurnosti nadležne lučke kapetanije obaviti će pregled broda radi utvrđivanja relevantnih činjenica i dokaza u svezi s povredom propisa.

Pregled treba obaviti na moru i ograničiti se na ispitivanje onih isprava koje brod mora imati na temelju općeprihvaćenih međunarodnih pravila i standarda. Daljnje ispitivanje može se poduzeti samo kada brod nema valjane isprave, stanje broda ili njegove opreme bitno odstupa od podataka navedenih u ispravama ili sadržaj tih isprava nije dovoljan za potvrdu ili dokazivanje da je prekršaj na koji se sumnja i počinjen.

3) Kada postoje jasni i objektivni dokazi da je brod za vrijeme plovidbe zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom prekršio odredbe ovog Pravilnika i/ili primjenjivih međunarodnih standarda i pravila za sprječavanje, smanjivanje ili nadziranje onečišćenja mora što je uzrokovalo ili prijeti uzrokovanjem značajne štete u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu, teritorijalnom moru, unutarnjim morskim vodama ili obalnom području, Uprava ili nadležna lučka kapetanija pokrenut će odgovarajući upravni, prekršajni ili sudski postupak koji može uključiti zadržavanje broda.

Brod se može zadržati dok se ne dobije odgovarajuće jamstvo ili odgovarajuća financijska garancija.

Ako bi se pri pregledu ustanovilo da je brod nesposoban za plovidbu i time predstavlja nerazumnu opasnost od štete za morski okoliš, brod se ne mora

²⁹ O provedbenoj nadležnosti obalnih država u gospodarskom pojasu v. Valenzuela, M., *Enforcing Rules against Vessel-Source Degradation of the Marine Environment: Coastal, Flag and Port State Jurisdiction*, u knjizi *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, (ur. Vidas, D.) Kluwer Law International, 1999., str. 494.-496.

osloboditi ili se može osloboditi pod uvjetom da otplovi u najbliže prikladno remontno brodogradilište.

Nadležna uprava mora bez odlaganja obavijestiti državu zastave broda o njegovu zadržavanju.

Pregled stranog trgovačkog broda može se izvršiti u domaćoj luci, jedino ako on u nju dobrovoljno uplovi.

3.2. Pravilnik o upravljanju i nadzoru vodenog balasta

U svrhu sprječavanja ili bar donekle umanjenja prijenosa štetnih organizama putem balasta u Republici Hrvatskoj od rujna 2007. godine u primjeni je *Pravilnik o upravljanju i nadzoru vodenog balasta*.³⁰

Pravilnikom se utvrđuju načela i postupci upravljanja i nadzora vodenog balasta na plovnim i plutajućim objektima dok plove ili borave u unutarnjim morskim vodama, teritorijalnom moru i zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske.

On se ne primjenjuje na trgovačke brodove i druge plutajuće i plovne objekte koji isključivo plove ili borave u unutarnjim morskim vodama ili teritorijalnom moru Republike Hrvatske.

Prema čl. 5. ovog Pravilnika, brod koji je ukrcao vodeni balast dužan je prije uplovljenja u unutarnje morske vode, teritorijalno more ili zaštićeno ekološko-ribolovni pojas Republike Hrvatske provesti neku od mjera upravljanja vodenim balastom (izmjena vodenog balasta, obrada, iskrcaj vodenog balasta u prihvatne uređaje ili zadržavanje vodenog balasta na brodu).

Ako brod koristi metodu izmjene vodenog balasta mora je obaviti u skladu s uvjetima (udaljenost od obale i dubina mora) iz čl. 5.

Bez obzira je li brod proveo mjeru upravljanja vodenim balastom u skladu sa čl. 12. i 13. Pravilnika o upravljanju i nadzoru vodenog balasta, zabranjeno je ispuštanje vodenog balasta koji sadrži mikroorganizme i štetne bakterije, koji su posebno navedeni u Prilogu i čl. 13. ovog Pravilnika.

4. Odgovornost za povrede propisa u zaštićeno ekološko-ribolovnom pojasu

4.1. Kaznena i prekršajna odgovornost

Povreda propisa o zaštiti morskog okoliša u zaštićeno ekološko-ribolovnom pojasu povlači za sobom kaznenu, odnosno prekršajnu odgovornost. Ako je povreda imala za posljedicu ispuštanje ulja ili drugih štetnih tvari, onda se govori i o odgovornosti za uzrokovanu štetu, u ovom slučaju štetu zbog onečišćenja mora (građanskopravna odgovornost).

³⁰ Pravilnik o upravljanju i nadzoru vodenog balasta, *Narodne novine*, br. 55/07.

Prekršaji u svezi s onečišćenjem mora s brodova regulirani su Pomorskim zakonikom.

Temeljem čl. 989. PZ-a, pomorskim prekršajem smatra se povreda propisa, kojima se uređuju odnosi u morskim i podmorskim prostorima Republike Hrvatske ili nad kojima Republika Hrvatska ima suverena prava, njihovim obalama i lukama, pomorskim objektima hrvatske državne pripadnosti te svim pomorskim objektima koji plove ili se nalaze u morskim i podmorskim prostorima Republike Hrvatske u svezi sa sigurnošću plovidbe i zaštite ljudskih života i okoliša te s prometom na moru.

Za povrede propisa u zaštićeno ekološko-ribolovnom pojasu odgovarajuća prekršajna inkriminacija nalazi se u čl. 1001. st. 1. toč. 12. PZ-a. Navedeni članak predviđa novčanu kaznu ako se prilikom plovidbe zaštićeno ekološko-ribolovnim pojasom Republike Hrvatske ne poštuju općeprihvaćeni međunarodni propisi i standardi te hrvatski propisi i standardi u svezi sa suzbijanjem onečišćenja mora i zraka s brodova i onečišćenja prouzročеног potapanjem.

Treba naglasiti kako se postavilo pitanje oko mogućnosti primjene navedenog prekršaja iz Pomorskog zakonika s obzirom na nesklad između Prekršajnog zakona i Pomorskog zakonika.

Naime, Prekršajni zakon, kao *lex generalis*, u čl. 12. uređuje važenje Zakona isključivo prema načelu teritorijalnosti, odnosno na području Republike Hrvatske.³¹

Prekršajni zakon ne sadrži posebno značenje pojma *područje*, već se isti tumači u skladu s odredbom čl. 2. st. 2. Ustava, koja navodi da se suverenitet Republike Hrvatske prostire nad njezinim kopnenim područjem, rijekama, jezerima, prokopima, unutarnjim morskim vodama, teritorijalnim morem te zračnim prostorom iznad tih područja.

Međutim, prilikom tumačenja navedenog pojma, treba uzeti u obzir i odredbu čl. 2. st. 3. Ustava, temeljem koje Republika Hrvatska ostvaruje u skladu s međunarodnim pravom suverena prava i jurisdikciju u morskim područjima i u podmorju Jadranskog mora izvan granica državnog područja do granica sa susjedima.³²

Iako područje zaštićeno ekološko-ribolovnog pojasa nije dio državnog područja Republike Hrvatske, ona u njemu uživa određena suverena prava i jurisdikciju.

S obzirom da je primjena zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa važno pitanje, svakako treba uskladiti odgovarajuće zakonske tekstove i popuniti praznine u nacionalnom zakonodavstvu.

Pri tomu se upućuje na odgovarajuću izmjenu čl. 12. Prekršajnog zakona, kojom se područje primjene zakona izričito definira vodeći računa i o morskim područjima u kojima RH ostvaruje suverena prava.

³¹ Prekršajni zakon, *Narodne novine*, br. 107/07.

³² Ustav RH (pročišćeni tekst), *Narodne novine*, br. 41/01.

Dok se ne provedu odgovarajuća zakonska usklađivanja, Republika Hrvatska uzimajući u obzir navedenu odredbu čl. 2. st. 3. Ustava ima nedvojbenu kaznenu (uključujući i prekršajnu) jurisdikciju za povrede počinjene na području zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa.

Kaznenopravna zaštita mora od onečišćenja s brodova ulazi u skupinu kaznenih djela protiv zaštite okoliša. Temeljno kazneno djelo onečišćenja okoliša propisano je čl. 250. Kaznenog zakona Republike Hrvatske.³³

Kazneni zakon regulira apstraktno i konkretno ugrožavanje, odnosno povredu zaštićenog dobra, u ovom slučaju mora. Za oba oblika kaznenog djela počinjena s namjerom propisana je kazna zatvora, a za ista djela počinjena iz nehaja, novčana kazna ili kazna zatvora.

U svezi s izricanjem kazni treba voditi računa da Konvencija iz 1982. godine u čl. 230. st. 1. za povredu propisa izvan granica teritorijalnog mora, predviđa samo izricanje novčanih kazni.

Primjena kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske na povrede propisa u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu temelji se na odredbi čl. 14. st. 3. Kaznenog zakona. Ona obuhvaća primjenu kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske prema strancu koji *izvan područja* Republike Hrvatske prema Republici Hrvatskoj ili njezinom državljaninu počini kazneno djelo.³⁴

Pored toga, kaznena (uključujući i prekršajnu) jurisdikcija Republike Hrvatske u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu temelji se na Konvenciji o pravu mora iz 1982. godine, kao međunarodnom ugovoru koji prema čl. 140. Ustava čini dio unutarnjeg poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj je snazi iznad zakona Republike Hrvatske.

4.2. Građanskopravna odgovornost

U odnosu na građanskopravnu odgovornost za onečišćenje mora treba podsjetiti da je Republika Hrvatska prihvatila poseban sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem koja prouzroče tankeri.

Navedeni sustav reguliran je Međunarodnom konvencijom o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja uljem iz 1992. godine i Međunarodnom konvencijom o osnivanju Međunarodnog fonda za naknadu štete zbog onečišćenja uljem iz 1992. godine i Protokolom iz 2003. godine na Konvenciju o Fondu iz 1992. godine.³⁵

³³ Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 71/06., 110/07. V. Pavišić, Berislav, Grozdanić, Velinka, Veić, Petar, Komentar Kaznenog zakona, III. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 590-592.

³⁴ Za ostale slučajeve primjene kaznenog zakonodavstva RH za kaznena djela počinjena izvan područja Republike Hrvatske v. čl. 14. KZ-a. Značenje izraza *područje* u Kaznenom zakonu v. čl. 89. st. 1. KZ-a.

³⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije o odgovornosti iz 1992. i Konvencije o Fondu iz 1992. (*Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 2/97.). Za Republiku Hrvatsku stupile na snagu 12. siječnja 1999. (*Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 3/99.). Zakon o potvrđivanju Protokola

Konvencija iz 1992. nametnula je objektivnu odgovornost brodovlasnicima uz dopunsku financijsku odgovornost vlasnika tereta Međunarodnim fondom za naknadu štete zbog onečišćenja mora uljem koji se osniva na temelju Konvencije o Fondu te Dopunskog Fonda koji se osniva na temelju Protokola iz 2003. godine.

Maksimalna svota odgovornosti iznosi 750 milijuna PPV-a, tj. oko 1080 mil. \$.

U postupku usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije, potvrdili smo Međunarodnu konvenciju o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja pogonskim uljem iz 2001. godine³⁶ i osigurana je mogućnost naknade štete za onečišćenja uljem koju, osim tankera, prouzroče i drugi brodovi.

Sustav odgovornosti prema Konvencija iz 2001. godine nema mogućnosti dopunske naknade pa određuje odgovornost šireg kruga osoba (vlasnik broda, zakupoprimatelj, brodar i poslovođa broda).

Visina odgovornosti vezuje se za odgovarajući sustav općeg ograničenja odgovornosti, koji se primjenjuje u državi stranci na čijem području je došlo do onečišćenja pogonskim uljem.

U Republici Hrvatskoj to će biti sustav ograničenja prema Konvenciji o odgovornosti iz 1976., kako je izmijenjena Protokolom iz 1996. godine.

Kolika će biti maksimalna visina odgovornosti utvrđivat će se u svakom pojedinačnom slučaju i ovisit će o tonaži broda.

Teritorijalna primjena navedenih sustava određuje se prema mjestu nastanka štete zbog onečišćenja, što obuhvaća područje, uključujući i teritorijalno more države stranke, kao i gospodarski pojas države stranke ili sličan pojas koji je država proglasila u skladu s međunarodnim pravom.

To znači da se navedeni sustavi odgovornosti mogu primjenjivati i na štete zbog onečišćenja na području zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa.³⁷

Ostali slučajevi onečišćenja mora, koji ne ulaze u područje primjene navedenih posebnih međunarodnih sustava odgovornosti, ravnat će se prema odgovarajućim odredbama o izvanugovornoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja mora s brodova iz Pomorskog zakonika.³⁸

iz 2003. na Konvenciju o Fondu iz 1992. (*Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 12/205.). Za Republiku Hrvatsku stupio na snagu 17. svibnja.2006. (*Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 3/07.).

Detaljnije o navedenim sustavima v. Čorić, D., *Međunarodni sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem – najnovije izmjene*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Vol. 27., br. 2., 2006., str. 889.-912.

³⁶ Zakon o potvrđivanju Konvencije iz 2001. (*Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 9/06.). Konvencija će na međunarodnoj razini i za Republiku Hrvatsku stupiti na snagu 21. studenog 2008. godine.

³⁷ Čl. 3. Konvencije o odgovornosti iz 1992. i čl. 3. Konvencije iz 2001. godine.

³⁸ V. čl. 811. i 812. Pomorskog zakonika.

5. Zaključak

Proglašenjem zaštićeno ekološko-ribolovnog pojasa Republika Hrvatska preuzela je dužnost štiti i čuvati u njemu morski okoliš. S tim u svezi, stekla je pravo donositi vlastite zakone i druge propise, radi sprječavanja, smanjivanja i nadziranja onečišćenja u tom prostoru. Ti propisi moraju biti usklađeni s općeprihvaćenim međunarodnim pravilima i standardima.

Pravilnikom o zaštiti morskog okoliša u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu propisuje se poštivanje međunarodno priznatih i prihvaćenih standarda u svezi s prevencijom i smanjenjem onečišćenja mora s brodova.

Strani brodovi, (trgovački, ribarski, jahte i dr.) kao i drugi pomorski objekti, moraju u svojoj plovidbi zaštićenim ekološko-ribolovnim pojaskom poštivati odredbe ovog Pravilnika.

U slučaju povrede odredbi Pravilnika nadležna tijela Republike Hrvatske imaju pravo zahtijevati od broda pružanje podataka o svom identitetu.

U posebnim slučajevima mogu ga pregledati, a u slučaju da je prouzročio znatnije onečišćenje iznimno ga mogu zaustaviti, dok ne pruži valjano jamstvo. U slučaju da je brod nesposoban za plovidbu i predstavlja opasnost za morski okoliš može se uputiti u najbliže remontno brodogradilište.

Međutim, prema Pravilniku, ako bi povredu počinio strani ratni brod ili strani javni brod, nadležna tijela Republike Hrvatske ne mogu nad njima obavljati nikakvu jurisdikciju.

Isto tako, imajući u vidu odgodu primjene zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa, isto se odnosi i na brodove koji viju zastavu Europske unije.

Povreda odredbi Pravilnika povlači za sobom kaznenu, odnosno prekršajnu odgovornost, koja se temelji na odgovarajućim odredbama Pomorskog zakonika i Kaznenog zakona Republike Hrvatske. Građanskopravna odgovornost za štetu zbog onečišćenja u zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasku temelji se na međunarodnim sustavima odgovornosti za onečišćenja mora uljem, koji su na snazi za Republiku Hrvatsku ili na odgovarajućim odredbama Pomorskog zakonika.

Summary

THE PROTECTION OF SEA ENVIRONMENT IN THE PROTECTED ECOLOGICAL AND FISHING ZONE OF THE REPUBLIC OF CROATIA

The article presents an overview of the legal regulations of the Republic of Croatia concerning the sea environment protection in its protected ecological and fishing zone. By proclaiming this certain zone the Republic of Croatia can enact its own regulations to prevent, reduce and monitor pollution in that area

in accordance with the legislative and implementary powers under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea.

In the article a special attention has been given to the Regulation on Sea Environment Protection in Protected Ecological Zone of the Republic of Croatia in force since May, 2008.

A special emphasis has been given to the powers of authorised bodies of the Republic of Croatia in cases of corresponding legal regulations infringement and to the possibility of their sanctioning.

Key words: *sea pollution, protected ecological and fishing zone, exclusive economic zone, sovereignty, sovereign rights.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DER MEERESUMWELT IM GESCHÜTZTEN ÖKOLOGIE- UND FISCHFANG-GÜRTEL DER REPUBLIK KROATIEN

Im Aufsatz werden die Bestimmungen der Republik Kroatien gezeigt, die sich auf den Schutz der Meeresumwelt innerhalb seines ökologie- und Fischfang-Gürtels beziehen. Durch die Erklärung dieses Gürtels zum ökologischen Schutzgebiet kann die Republik Kroatien, den rechtsgebenden Befugnissen der Küstenstaaten aus der UN-Konvention zum Seerecht von 1982 gemäß, eigene Bestimmungen zur Verhütung, Verminderung und Kontrolle der Verschmutzung in diesem Meeresbereich erlassen.

Im Aufsatz wird das Statut zum Schutz der Meeresumwelt im geschützten ökologischen Gürtel der Republik Kroatien, das seit 2008 in Kraft ist, besonders betrachtet. Besondere Betonung liegt auf den Befugnissen der betreffenden Körper der Republik Kroatien im Falle der Verletzung der entsprechenden Bestimmungen sowie der Möglichkeit ihrer Sanktionierung.

Schlüsselwörter: *Verschmutzung der Meeresumwelt, geschützter ökologie- und Fischfang-Gürtel, Souveränität, souveränes Recht.*

Sommario

**TUTELA DELL'AMBIENTE MARINO NELLA FASCIA DI
PROTEZIONE ITTICO-ECOLOGICA DELLA REPUBBLICA DI
CROAZIA**

Nel lavoro si offre una rassegna delle leggi della Repubblica di Croazia concernenti la tutela dell'ambiente marino nella fascia di protezione ittico-ecologica. Con la proclamazione della citata fascia, la Repubblica di Croazia, in conformità alle facoltà legislative ed esecutive riconosciute agli stati costieri dalla Convenzione dell'ONU sul diritto del mare del 1982, può promulgare proprie leggi al fine di evitare, diminuire e controllare l'inquinamento in detta fascia.

Nel lavoro è dedicata particolare attenzione al Regolamento sulla tutela dell'ambiente marino nella fascia di protezione ittico-ecologica della Repubblica di Croazia in vigore da maggio del 2008.

In particolare, si sottolineano i poteri degli organi competenti della Repubblica di Croazia nel caso di violazione delle relative leggi e di possibili conseguenti sanzioni.

Parole chiave: *inquinamento del mare, fascia di protezione ittico-ecologica, fascia commerciale, sovranità, diritti sovrani.*

PRAVILO POSLOVNE PROSUDBE U HRVATSKOM I PRAVU SAD

Dr. sc. Hana Horak, docentica
Kosjenka Dumančić, mr. spec., asistentica
Ekonomski fakultet
Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 330.112
347.72
Ur.: 26. ožujka 2008.
Pr.: 8. rujna 2008.
Pregledni znanstveni članak

U radu se daje prikaz pravila poslovne prosudbe u hrvatskom zakonodavstvu te se isto uspoređuje sa pravnim standardom poslovne prosudbe ("business judgment rule") američkog prava. Pravni standard poslovne prosudbe u hrvatsko se zakonodavstvo uvodi izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) uz već postojeći pravni standard pozornosti dobrog gospodarstvenika. Pravni standard pozornosti može se usporediti sa, u američkom pravu standardom "duty of care". Uvođenjem pravila poslovne prosudbe dana je mogućnost članovima uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora da se oslobode odgovornosti za poslovne odluke koje donose ako su pri donošenju istih na temelju primjerenih informacija razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva i pri tom nisu postupali protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva.

Ključne riječi: *pravilo poslovne prosudbe, pozornost dobrog gospodarstvenika, dužna pozornost, zabrana konkurencije, pravo trgovačkih društava.*

1. Uvod

Hrvatsko pravo društava kontinuirano se usklađuje sukladno reformama u pravu društava EU. Kao što navodi i autor Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a¹ uz uvođenje pravila poslovne prosudbe ZTD izmijenjen je i dopunjen radi usklađenja sa sekundarnim izvorima europskog prava društava, u mjeri u

¹ Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03.; Zakon o izmjenama i dopunama ZTD, NN 107/07., stupio je na snagu 1. travnja 2008.

kojoj to još nije bilo učinjeno.² Unošenjem u Zakon promjena do kojih je nakon 2003., došlo u njemačkom pravu, po uzoru na koji je rađen ZTD,³ kako bi se spriječile zloporabe do kojih dolazi u praksi te poboljšao položaj dioničara i članova d.o.o.. Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a, također se u hrvatsko pravo trgovačkih društava uvodi mogućnost izbora između monističkog i dualističkog ustroja⁴ organa društva. Nadalje, izmjene u zakonodavstvu iz područja trgovačkih društava sprječavaju prakse protivne duhu i smislu Zakona i usmjeravaju pravo trgovačkih društava prema onome kako se odgovarajuća rješenja primjenjuju u državama članicama EU⁵.

Reforme i primjena pravila poslovne prosudbe, temelje se na tržišno orijentiranim mehanizmima. Tako se upravi, odnosno upravnom odboru daje mogućnost donošenja poduzetničkih odluka koje su korisne i dioničarima, i svim investitorima, odnosno zainteresiranim stakeholderima⁶. Pitanja, koja se nameću, su brojna, a jedno od njih je na koji će način ovaj standard zaživjeti u sudskoj praksi Republike Hrvatske.

Brojni su razlozi uvođenja pravila poslovne prosudbe. Ono ima svrhu zaštite člana uprave, odnosno upravnog odbora, rješavanje problema sukoba interesa između dioničara i članova uprave, odnosno upravnih odbora s obzirom na to da vode poslove na vlastitu odgovornost.⁷ Potrebno je imati na umu da razlika između članova društva, njihovih udjela u društvu i utjecaja na vođenje poslova

² Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007., str. 44.

³ Pravilo poslovne prosudbe uvedeno je u njemačko pravo Zakonom o dionicama iz 2005. godine. U Engleskoj se kodificiraju opće obveze članova upravnih odbora koje su se razvile u sudskoj praksi Zakonom o trgovačkim društvima iz 2006. godine. Više vidi u Jurić, D.: *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 28., br. 1, 2007.

⁴ Monistički sustav upravljanja predviđa kao organ upravljanja jedan organ – upravni odbor. Monistički sustav karakterističan je za angloameričko područje te je tako prihvaćen u SAD-u, Velikoj Britaniji, Irskoj, Španjolskoj, Luksemburgu i Švedskoj. Za razliku od dualističkog sustava karakterizira ga postojanje jednog tijela (uprava, upravni odbor, engl. *executive directors*) unutar kojeg se razlikuju izvršni direktori (engl. *executive directors*) i neizvršni direktori (engl. *non-executive directors*). Izvršni direktori vode svakodnevno poslovanje društva, dok neizvršni direktori ostvaruju nadzor nad izvršnim članovima upravnog odbora. Dualistički sustavi predviđaju postojanje dva organa: nadzorni odbor i upravu kao organ za vođenje poslova i zastupanje društva. Dualistički sustav karakterizira postojanje zasebne uprave koja vodi poslove društva i nadzornog odbora koji nadzire njezin rad. Ovaj je sustav karakterističan za njemačko pravo, a osim u Njemačkoj primjenjuje se u Austriji, Češkoj, Litvi, Mađarskoj, Poljskoj i Slovačkoj. Postoji i mogućnost mješovitog sustava koji dopušta mogućnost izbora između monističkog i dualističkog sustava, a koristi se u Italiji, Belgiji, Francuskoj, Portugalu i Sloveniji. (preuzeto iz Barbić, J. (2007), op. cit., str. 45.

⁵ Barbić, J. (2007), op. cit., str. 44.

⁶ Tipurić, D.: *Nadzorni odbor i korporativno upravljanje*, Zagreb, Sinergija, 2006., str. 22. definira stakeholdere kao interesno-utjecajnu skupinu u poduzeću i oko njega. Interesno utjecajne skupine su pojedinci, grupe i organizacije, kao i koalicije pojedinaca, grupa i organizacija, unutar poduzeća i izvan njega, koje imaju neka prava, zahtjeve i interese od poduzeća.

⁷ Čl. 240. ZTD-a propisano je: "Uprava vodi poslove društva na vlastitu odgovornost".

i nadzor društva ima različite posljedice u korporativnom upravljanju. Primjerice imaju li većinski dioničari prevladavajući utjecaj na upravu, odnosno upravni odbor s jedne strane, odnosno može li koncentriranost udjela u manjem broju imatelja prouzročiti problem zato što interesi većinskih dioničara i manjinskih dioničara nisu isti⁸.

2. “Business judgment rule” (*Pravilo poslovne prosudbe*) u pravu SAD-a

Pravilo poslovne prosudbe utemeljeno je u američkoj pravnoj praksi te je poznato kao “*business judgment rule*”. Pravilo je razrađeno te korišteno u praksi američkih sudova, posebice u praksi sudova u državi Delaware. Također je razmatrano u teoriji brojnih američkih autora⁹, kako će biti prikazano u daljnjem tekstu. Prikazom američke pravne prakse, taj standard i pravilo se približava i primjenjuje u hrvatskoj pravnoj praksi, ponajprije u olakšavanju i pojednostavljanju prihvaćanje predmetnog pravila u sudovanju hrvatskih sudova.

“*Business judgment rule*” isključuje sudsku kontrolu članova uprave ako se u svojem poslu pridržavaju pretpostavki pravične prosudbe. Pravilo je prihvaćeno i u njemačkoj poslovnoj praksi s osloncem na to da se upravi dioničkog društva mora u vođenju poslova dati više slobodnog prostora za odlučivanje bez kojeg se ne može zamisliti poduzetničko djelovanje.¹⁰ Ovo posebice treba uzeti u obzir imajući na umu da je zakonodavstvo iz područja trgovačkih društava Republike Hrvatske rađeno po uzoru na njemačko zakonodavstvo. Američki pravni sustav poznaje pravni standard pozornosti dobrog i savjesnog gospodarstvenika (“*duty of care*”) koji se pravni standard realizira primjenom “*business judgment rule*”. Pravilo poslovne prosudbe sudovi temelje na analizi odluka uprave u konkretnim situacijama. Članovi uprave obvezni su prema društvu u ispunjavanju tri, tzv. fiducijarne dužnosti: dužnosti pozornosti (“*duty of care*”), dužnosti dobre vjere (“*duty of good faith*”) i dužnosti lojalnosti (“*duty of loyalty*”). Iako se “*business judgment rule*” primjenjuje uzimajući u obzir sve ove dužnosti ipak se ono najčešće povezuje s dužnošću pozornosti (“*duty of*

⁸ Tipurić, D. op. cit., str. 27.-30.

⁹ Primjerice: Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260>; Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212; Hoffman, D. A.: *Self-handicapping and manager's duty of care*, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>; Kirchner, C., Painter, R. W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214; Lubben, S.J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=698223 i Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf>.

¹⁰ Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Treće izmijenjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2005., str. 498.

care”).¹¹ Fiducijarne dužnosti mogu se definirati kao niz posredno izraženih ugovornih odredbi koje, u nedostatku suprotnog sporazuma, prate ovlast upravljanja tuđim vlasništvom. Fiducijarne dužnosti probleme upravljanja i vođenja poslova društva rješavaju pravom sudske kontrole,¹² za razliku od “*business judgment rule*” primjenom kojeg se sudska kontrola ograničava.

Neki su autori mišljenja da “*duty of care*” nije prava fiducijarna dužnost budući da ista može pripadati i osobama koje se neće smatrati osobama koje su nositelji fiducijarnih dužnosti.¹³

Dužna pozornost kao dužnost direktora predmet je “*business judgment rule*”. “*Business judgment rule*” temelj je pravnog gledišta prema kojem se smatra da sudovi nisu poslovni stručnjaci te da zato nisu u mogućnosti jednostavno odrediti je li loš rezultat rada uprave posljedica pogreški u radu direktora. Osim toga, smatra se da odgovornost direktora može proizlaziti i iz donošenja korisnih, ali rizičnih odluka.¹⁴

Treba naglasiti da osim “trijadnog” shvaćanja fiducijarnih dužnosti američka pravna praksa i teorija razlikuje i “dijadno” shvaćanje, temeljem koje su jedine fiducijarne dužnosti pozornost i lojalnost, dok je dobra vjera samo komponenta dužnosti lojalnosti ili samo jedan od načina opisivanja te dužnosti.¹⁵

Razlika između “*business judgment rule*” i “*duty of care*” očituju se na način da s jedne strane obveza pozornosti zahtijeva razumno postupanje direktora u trenutku kada donose odluke za društvo, dok s druge “*business judgment rule*” osigurava da sudovi uvažavaju donesene odluke uprave bez prosuđivanja istih.¹⁶

Principi korporativnog upravljanja Američkog pravnog instituta (*American Law Institute*)¹⁷ definiraju “*business judgment rule*” navodeći da: “Direktor koji odlučuje temeljem pravila poslovne prosudbe (“*business judgment rule*”) u dobroj vjeri ispunjava dužnost /pozornosti/...ako: nema osobni interes¹⁸ s obzirom na predmet za koji donosi poslovnu prosudbu; donosi poslovnu prosudbu na temelju valjanih informacija do te mjere da razumno vjeruje da je ono primjereno danim okolnostima; razumno vjeruje da je poslovna prosudba u najboljim interesima društva.”¹⁹

¹¹ Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260> na dan 15. prosinac 2007., str. 6.

¹² Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf> na dan 15. prosinca 2007., str. 5.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, str. 6.

¹⁵ Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212, str. 13.

¹⁶ Bainbridge, S. M., op.cit., str. 6.

¹⁷ ALI Principles of corporate governance, 1994, American Law Institute.

¹⁸ O odlučivanju direktora u predmetima u kojima nema osobni interes vidi u daljnjem tekstu posebice ALI Principles of Corporate Governance.

¹⁹ Eisenberg, M. A., op. cit., str. 11.; sukladno s §4.01(c) ALI Principles of Corporate Governance (1994).

Prema navedenom možemo zaključiti da se “*business judgment rule*” sastoji se od četiri uvjeta i posebnog standarda naknadnog provjeravanja odluka uprave (standarda racionalnosti), koji se primjenjuje ako su zadovoljena sva četiri uvjeta:

- odluka mora biti donesena,
- član uprave prije donošenja odluke morao je prikupiti sve informacije za koje je opravdano smatrao da su mjerodavne u odnosu na okolnosti,
- odluka mora biti donesena u dobroj vjeri i
- član uprave ne smije imati financijski interes u predmetu o kojem odlučuje.²⁰

Sudovi neće smatrati odgovornima informirane direktore koji nemaju osobni interes za odluke u slučaju kada je direktor “razborito pretpostavio (*rationally believes*)....da je u najboljim interesima društva”.²¹ Drugim riječima, direktor ne mora djelovati “opravdano” (“*reasonably*”). Može se zaključiti da je odluka izuzeta od naknadnog razmatranja čak kada sud zaključi da je i iracionalna, sve dok, u vrijeme donošenja odluke direktor “razborito vjeruje” da je ona u najboljem interesu društva.²²

Članovi uprave prvenstveno moraju postupati u najboljem interesu društva, kao njegovi agenti. Smatra se da je ta njihova dužnost bitnija od dužnosti vođenja društva.²³ Agencijski odnos u korporativnom upravljanju definiran je odnosom vlasnika (članova trgovačkog društva, odnosno dioničara²⁴) kao principala i menadžera kao agenta, tj. situacijom u kojoj član trgovačkog društva, odnosno dioničar društva delegira posao upravljanja društva menadžeru. Razlog nastanka agencijskog odnosa leži u nemogućnosti člana trgovačkog

²⁰ Ibidem, str. 17.

²¹ Ribstein, L. E., Alces, K.A., op. cit., str. 7.

²² Ibidem.

²³ Kirchner, C., Painter, R.W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214.

²⁴ Op. autora: O vlasništvu dioničara, odnosno članova društva nad društvom može se govoriti samo uvjetno. Dioničari imaju udjele u temeljnom kapitalu društva na temelju kojih oni stječu određena imovinska i upravljačka prava. Dioničar ostvaruje samo jedno ovlaštenje kao vlasnik: ovlaštenje da slobodno prenosi svoja prava na predmetu, odnosno slobodno raspolaže dionicama koje prodaje i kupuje na tržištu vrijednosnih papira. Pri tome se ne radi razlika između osobe dioničara kao pojedinca i dioničara kao člana jednog dioničkog društva. O ovome više u Jurić, D.: Pravno uređenje unutarnjeg korporacijskog upravljanja (corporate governance) u dioničkim društvima u hrvatskom i usporednom pravu društava, doktorska disertacija, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, 2005., str. 8. citat iz Ledić, D.: Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24., 1/2003. U hrvatskom pravu termin vlasništva ne predstavlja imovinu društva. Posljedica pravne osobnosti dioničkog društva je da ono ima svoju imovinu, odvojenu od imovine svojih članova, kojom odgovara za svoje obveze. Član društva nije vlasnik tog društva. Dionice i poslovni udio u društvu dio su imovine člana. Kao prava koja mu pripadaju sastavni su dio te imovine. Članovi društva imaju pravo raspolagati svojim pravom u društvu. Mogu ga otuđiti uz uvjete predviđene u propisima i društvenom ugovoru. Vidi Barbić, J., op. cit., str. 8. i Barbić, J. Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999. str. 177.-180.

društva ili dioničara na određenom stupnju razvoja društva da dovoljno učinkovito preuzme ulogu člana trgovačkog društva ili dioničara i menadžera.²⁵ Kao rezultat spoznaje o nužnosti pronalaska sposobnijeg upravljača od njih, vlasnici unajmljuju profesionalne menadžere. Središnji je problem korporativnog upravljanja, po agencijskoj teoriji, ponašanje menadžera kao agenta nasuprot zadanih ciljeva i interesa dioničara kao principala.²⁶

”*Business judgment rule*” uobičajeno se podrazumijeva kao standard dužnog ponašanja člana uprave. Autorice ovog rada priklanjaju se mišljenju nekih autora da se ”*business judgment rule*” može bolje razumjeti ako se promatra kao doktrina uzdržavanja (*abstention doctrine*) na način da se sudovi suzdržavaju od naknadne procjene odluka uprave osim ako postoje preduvjeti koji zadovoljavaju naknadno procjenjivanje.²⁷

2.1. “Duty of care” (dužna pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika)

”*Duty of care*” (dužna pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika) i ”*duty of loyalty*” (dužnost lojalnosti) smatraju se tradicionalnim dužnostima koje moraju primjenjivati članovi uprave u svom djelovanju. Dužna pozornost zahtijeva od menadžera, koji donosi odluku u kojoj nema osobni interes, ispunjavanje svojih dužnosti na način kako on opravdano vjeruje da će biti u najboljem interesu za društvo, imajući na umu povećanje profita društva i dobiti članova društva. S tim u vezi, standard vođenja društva u okviru dužne pozornosti zahtijeva od menadžera opravdano ponašanje, s dužnom pozornošću te pribavljanje informacije vezane za odluku koju donosi.²⁸

Visoki sud države Delaware definirao je dužnu pozornost kao dužnost koja zahtjeva da direktori djeluju s istom pozornosti, s kojom bi djelovao prosječno pažljiv i razborit čovjek u sličnim okolnostima. Dužna pozornost bit će povrijeđena svaki put kada će direktori djelovati nemarno. Primjena ”*business judgment rule*” omogućuje oslobađanje direktora od odgovornosti pod pretpostavkom da su direktori djelovali na temelju valjanih informacija, u dobroj vjeri i iskreno vjerujući da je poduzeto djelovanje u najboljem interesu za društvo. Kao rezultat ovoga, čak i jasne pogreške u prosudbi neće dovesti do njihove osobne odgovornosti.²⁹ Upravo navedeno i jest temelj primjene ”*business judgment rule*”.

Također i odredbom sadržanom u Revised Model Business Corporation Act³⁰ (dalje: RMBCA), §8.30(a), ”*duty of care*” (pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika) nalaže članovima uprave da se pri vođenju poslova društva

²⁵ Tipurić, D., op. cit., str. 104.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Bainbridge, S. M., op.cit., str. 5.

²⁸ Eisenberg, M. A., op.cit., str. 27.

²⁹ Bainbridge, S. M., op.cit., str. 7.

³⁰ Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.

ponašaju u dobroj vjeri, na način za koji sam razumno misli da je u najboljem interesu za društvo i s pozornošću prosječno pozornog čovjeka koji bi se našao u sličnim okolnostima (standard pozornosti je objektivan – prosječno pozoran čovjek – ne prilagođava se svakom članu posebno. U slučaju da osoba ima određena posebna znanja i sposobnosti, da je stručnjak na određenom području ta je znanja dužan uporabiti i njegova se pozornost pretpostavlja – onako kako bi on morao biti pozoran s obzirom na svoja znanja i sposobnosti).³¹

ALI Principles of Corporate Governance određujući dužnu pozornost proširuju pretpostavke koje su postavljene RMBCA. Član uprave bit će oslobođen odgovornosti koja proizlazi iz dužnosti pozornosti, ako odluku osim što je donosi u dobroj vjeri i temeljem razumnog uvjerenja da je odluka u najboljem interesu društva sam nema osobni interes glede predmeta odlučivanja, a koji bi interes bio drukčiji od interesa društva. To znači da kod njega glede “transakcije”, koja je posljedica odluke, ne smije postojati:

- sukob interesa, s obzirom na to da ne smije biti suprotna stranka te povezanost s tom strankom i
- bilo kakva osobna financijska korist od te “transakcije” – zabrana transakcija u vlastitu korist (*self-dealing*), a prije odlučivanja o predmetu odlučivanja sakupio je količinu informacija koje su potrebne za donošenje predmetne odluke.³²

ALI Principles sadrže i odredbu temeljem koje član uprave prije donošenja odluke mora prikupiti sve informacije koje su mu dostupne, odnosno za koje se od njega opravdano očekuje da ih može pribaviti. Isto tako član uprave mora razumno vjerovati da je odluka u najboljem interesu društva. Odluka mora biti u granicama razumnosti (*rational*), ne mora nužno biti opravdana (*reasonable*) s obzirom na sve okolnosti.³³

Ako je djelovanje članova uprave protivno zakonu, “*business judgment rule*” se ne primjenjuje, iako su ispunjeni svi gornji uvjeti.

Može se zaključiti da je čvrsti standard odgovornosti direktora, kao strogi fiducijarni režim u teoriji, suprotstavljen nedostatku stvarne odgovornosti u praksi. Pravi regulator djelovanja direktora smatraju autori, u stvari je tržište!³⁴

Razlika “*duty of care*” u odnosu na “*duty of loyalty*” je u tomu što se lojalnost smatra ozbiljnijim problemom, nego pozornost budući da nije konzistentna s potpunim i slobodnim objavljivanjem i rezultatima korekcija tržišta. Na taj način, zakon strogo kažnjava neloyalne menadžere ne dajući im

³¹ §8.30(a) RMBCA; vidi i u Gerželj, G.: *Odškodninska obveznost kot posledica kršitve skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika*, Corporate governance v Sloveniji, ur. Katerina Zajc, Pravna fakulteta, Ljubljana, str. 172.

³² Gerželj, G., op. cit., str. 172., preuzeto iz ALI Principles of Corporate Governance instituta (ALI Principles), v. § 4.01. (c).

³³ Ibidem.

³⁴ Hoffman, D. A.: *Self-handicapping and manager’s duty of care*, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>., str. 5.

takvu zaštitu kakvu pruža pravilo poslovne prosudbe ili oslobođenje odgovornosti.³⁵

Predmet *Smith v. Van Gorkom*

Prekretnicu u razvoju “*duty of care*”, koja se očekuje od direktora, odnosno menadžera društva predstavljao je predmet *Smith v. Van Gorkom*³⁶ u kojem je Vrhovni sud države Delaware, sredinom 80-ih godina prošlog stoljeća donio odluku u kojoj drži da su direktori povrijedili dužnu pozornost propuštajući “informirati se o svim informacijama koje su im opravdano (*reasonably*) bile dostupne” i koje su mogle dovesti do daljnjeg dobitka dioničara vezano uz prodaju koja bi po općem saznanju priskrbila dioničarima značajnu dobit iznad tržišnih cijena.³⁷ I dok je djelovanje uprave značilo običnu nepažnju znanstvenici su smatrali da takvo djelovanje nije povreda pažnje dobrog gospodarstvenika (povećana pažnja). Iako je presuda u predmetu *Van Gorkom* predstavljala prijetnju slobodnom poduzetništvu i korporativnom kapitalizmu, sud je ipak sugerirao da uprava može izbjeći odgovornost ukoliko uzme u obzir nepristrano mišljenje, a ukoliko takvo mišljenje nije očito neistinito.³⁸

Upravo je ovaj predmet predstavljao temelj za tumačenje pravila poslovne prosudbe u američkom pravu, a koje se sada uvodi izmjenama i dopunama ZTD-a u hrvatsko zakonodavstvo.

Već godinu dana nakon predmeta *Van Gorkom* u Opći zakon o trgovačkim društvima države Delaware (The Delaware General Corporation Law, DGCL),³⁹ unesena je odredba sukladno kojoj direktori ne odgovaraju, ako su prikupili sve informacije koje su im opravdano bile dostupne. Direktori ne mogu ograničiti ili se osloboditi odgovornosti ako su nanijeli novčanu štetu društvu povredom “*duty of loyalty*”, ne postupajući u dobroj vjeri i pribavljajući svojim djelovanjem osobnu korist.⁴⁰

Međutim, usprkos nastojanjima da se direktorima dopusti autonomija u donošenju poslovnih odluka, sudovi države Delaware znatno su proširili obvezu direktora u zaštiti najboljih interese dioničara. Većina obveza pojavila se kao odgovor na uznemiravajuće odluke u preuzimanjima iz ranih i srednjih osamdesetih godina prošlog stoljeća koja je dovela do novih modela obavljanja dužnosti koji su u znatnoj mjeri nadomjestili dužnu pozornost.⁴¹

³⁵ Ibidem, str. 7.

³⁶ Odluka suda države Delaware iz 1985.

³⁷ Lubben, S. J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=706481, str. 590.; vidi i Bishop, C.G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 2007, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402>, str. 483.

³⁸ Ibidem, str. 599. i 600.

³⁹ The Delaware General Corporation Law, sekcija 102(b)(7), dostupno na <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml#TopOfPage>.

⁴⁰ Lubben, S.J., Darnell, A. J., op. cit., str. 591.

⁴¹ Ibidem, str. 601.

U kasnijim odlukama⁴² sudovi države Delaware iznose gledišta da “sud mora odlučiti jesu li direktori donijeli opravdanu (*reasonable*) odluku, ne savršenu (*perfect*) odluku”. Ako je uprava izabrala neku od više opravdanih alternativa, sud ne smije dovoditi u sumnju izbor uprave i procjenjivati jesu li članovi uprave mogli odlučiti drukčije ili jesu li kasnije okolnosti mogle uzrokovati dvojbu u stajalište uprave. Sudovi se neće miješati u poslovnu prosudbu već će odrediti je li direktorska odluka bila u ravnoteži s njezinom opravdanosti.⁴³

Razvoj standarda “*business judgment rule*” u SAD-u, ima za posljedicu da se dva desetljeća nakon predmeta *Smith v. Van Gorkom*⁴⁴ postavlja pitanje primjenjuju li sudovi uopće “*duty of care*” te je li to dobro ili ne?

Možemo zaključiti da nakon što se direktori uključe u postupak sakupljanja i analiziranja relevantnih podataka primjenom njihovih stručnih i specijalističkih znanja njihova se dužna pozornost podrazumijeva.

Sudovi u Delaware ne preispituju svaku poslovnu odluku, bez obzira na loš rezultat iste, nego predmete u kojima bi prije primjenjivali “*duty of care*” sada uvrštavaju u druge dužnosti, čak i kada to ne odgovara svrsi, a sve u svrhu ne ulaženja u prosuđivanje poduzetničkih odluka. Primjeri takvog trenda nalaze se u odlukama Vrhovnog suda države Delaware u *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*⁴⁵

2.2. “Duty of loyalty” (*Dužnost lojalnosti*)

Dužnost lojalnosti zahtijeva od menadžera pošteno postupanje kada je zainteresiran za transakciju ili za tijek vođenja poslova društva. Menadžer se smatra zainteresiranim, u slučaju primjene dužnosti lojalnosti, kada on, njegov suradnik ili član obitelji ima financijski interes u toj transakciji ili tijekom vođenja poslova društva.

ALI Principles of Corporate Governance definiraju “interes” za potrebe dužnosti lojalnosti. Direktor je “zainteresiran” za transakciju ili vođenje poslova ako je stranka u transakciji ili vođenju poslova. Ako je poslovno, financijski ili obiteljski povezan sa strankom koja sudjeluje u transakciji ili vođenju poslova i ako se može razumno očekivati da će ta povezanost utjecati na direktorovu odluku, a koja se odnosi na tu transakciju ili vođenje na način suprotan interesu društva i ako ima materijalni novčani interes u transakciji ili vođenju poslova i može se razumno očekivati da će taj interes utjecati na direktorovu odluku koji je suprotan interesu društva.⁴⁶

Transakcija koja će utjecati na društvo je ona u kojoj je direktor stranka, ili ima saznanje i materijalni financijski interes u transakciji koji mu je poznat, ili

⁴² Na primjer odluke *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, *Unitrin, Inc. v. American General Corp.*

⁴³ *Ibidem*, str. 611. i 612., sudska odluka *Unocal*.

⁴⁴ *Ibidem*, str. 599., *Smith v. Gorkom* (Del.1985).

⁴⁵ *Ibidem*, str. 589.

⁴⁶ *Eisenberg, M. A.*, op. cit., str. 27.

ima saznanje da je s njim povezana osoba stranka, ili ima materijalni financijski interes u transakciji.⁴⁷

S obzirom na to da, niti članovi društva, niti sudovi ne mogu efektivno nadzirati svakodnevni menadžment, pravnim propisima je osigurana lojalnost direktora interesima društva. Dužnost lojalnosti dopušta oslobođenje za direktore, koji su bili u sukobu interesa, ako je njihovo ponašanje bilo odobreno od direktora koji nisu imali interes u odlučivanju, ili članovima društva, ili kad mogu dokazati da je ono bilo fer prema društvu. Dužnost lojalnosti jednostavno se može definirati kao zabrana djelovanja direktora u svom vlastitom interesu te je takvo djelovanje dopušteno jedino uz odobrenje članova društva.⁴⁸

Pogreške direktora mogu se tumačiti kao sastavni dio prava direktora na diskrecijsku ocjenu i samo u ekstremnim slučajevima, kada se postavlja pitanje nemarnosti direktora, sudovi trebaju ulaziti u ono što je u ostalim slučajevima ugovorni odnos između članova društva i njihovih izabраниh predstavnika.⁴⁹

Dužnost lojalnosti društvu (*"duty of loyalty"*) nadovezuje se na dužnu pozornost i osigurava društvu pred takvim djelovanjem članova uprave u kojem bi vlastite interese u okviru obavljanja svojih dužnosti u društvu postavili pred interese tog društva s obzirom na njegove članove. Povrede dužnosti lojalnosti društvu, moguće je prilikom transakcije u vlastitu korist (*"self-dealing transactions"*), pri nagrađivanju članova uprave (*"executive compensation"*) i pri iskorištavanju pogodnosti koje im daje položaj člana uprave za svoje potrebe (*"corporate opportunity"*)⁵⁰.

Do transakcija u vlastitu korist dolazi ukoliko su društvo i član uprave tog društva suprotne stranke istog pravnog posla. Pri tomu nije nužno da je član uprave druga stranka posla. Dovoljno je da mu taj pravni posao priskrbljuje određenu korist (taj član se dalje naziva ovisni član uprave).⁵¹ Pri nagrađivanju članova uprave (*executive compensation*) može se naići na povredu dužnosti lojalnosti društvu do koje dolazi u slučaju kada članovi uprave pridobiju toliki utjecaj i autoritet u društvu koje vode da imaju mogućnost utjecaja na odluke koje se odnose na njihovo nagrađivanje. Problem nagrađivanja članova uprave može se označiti kao poseban primjer transakcija u vlastitu korist i zato ga se rješava na sličan način kao transakcije u vlastitu korist.

2.3. "Duty of good faith" (*Dužnost dobre vjere*)

Značajan napredak u pravu društava, postignut je nizom presuda sudova u državi Delaware. Presudama je uz tradicionalne dužnosti pozornosti i lojalnosti definirana i dužnost dobre vjere.⁵²

⁴⁷ Ibidem, str. 28.; tako i §8.60, Model Business Corporation Act, dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.

⁴⁸ Ribstein, L. E., Alces, K. A., op. cit., str. 6.

⁴⁹ Lubben, S. J., Darnell, A. J., op. cit., str. 630.

⁵⁰ Gerželj, G., op. cit., str. 174., 175.; vidi § 5.02. ALI Principles

⁵¹ Ibidem.

⁵² Eisenberg, M. A., op. cit., str. 1.

Dužnost dobre vjere sadrži opću, temeljnu koncepciju i specijalne obveze koje tu koncepciju čine. Temeljna koncepcija sadržava četiri elementa: subjektivno poštenje ili iskrenost; pridržavanje općeprihvaćenih standarda morala koji se primjenjuje u vođenju posla; poštivanje općeprihvaćenih temeljnih pravila trgovačkih društava i vjernost trgovačkom društvu.⁵³

Slijedom navedenog, standard postupanja koji se podrazumijeva pod dužnošću pozornosti zahtijeva da menadžer, kada ne djeluje u svom osobnom interesu, svoje obveze obavlja na način kako on razumno vjeruje da će biti u najboljem interesu za društvo, u svrhu maksimiziranja dobiti društva i dioničara. Dužnosti pozornosti i lojalnosti su temelj za donošenje prosudbe o odgovornosti, a dužnost dobre vjere osigurava sudovima principijelnu bazu za artikuliranje nove specifične fiducijarne obveze koja se javlja kao prikladan odgovor na socijalne i poslovne norme i opće shvaćanje efikasnosti i ostalih razmatranja koja se ne mogu svrstati pod obvezu pozornosti i lojalnosti.⁵⁴

U odluci *Disney IV*⁵⁵ definirana je dužnost dobre vjere:

“Dobra vjera koja se zahtijeva od člana uprave/nadzornog odbora ne uključuje samo dužnu pozornost i lojalnosti, nego i sve ostale radnje koje se zahtijevaju temeljem prave vjernosti i posvećenosti interesima društva i njegovih članova. Neprimjena ponašanja u dobroj vjeri može se vidjeti i kada član uprave/nadzornog odbora djeluje s namjerom da povrijedi pozitivno pravo ili kada namjerno propušta djelovati kako je propisano pokazujući na taj način namjerno kršenje svojih obveza. Postoje i drugi način nepoštivanja ove dužnosti, ali se isti trebaju dokazivati dok su ova tri najistaknutija.”⁵⁶

Lakše je okarakterizirati određeno ponašanje kao ponašanje u nedostatku postupanja u skladu s dužnošću dobre vjere, nego osigurati njezinu definiciju.⁵⁷

U korporativnom pravu postoje tri temeljna elementa dužnosti dobre vjere. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva da član uprave/nadzornog odbora ne vrijeđa opće prihvaćene standarde ponašanja u vođenju posla. Ovaj element odražava se na razumna očekivanja društva i približava se standardu shvaćanja dobre vjere u općoj uporabi: “u skladu s standardima morala”. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva da član uprave/nadzornog odbora ne povrijedi općeprihvaćene temeljne norme društva. Ovaj se element odnosi na temeljne akte društva koji takve norme sadržavaju. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva od člana uprave/nadzornog odbora vjernost društvu.⁵⁸ Ovo obuhvaća razumna očekivanja članova društva i pridržavanje standardima postupanja.⁵⁹

⁵³ Ibidem, str. 1. i 5.

⁵⁴ Ibidem, str. 5.

⁵⁵ Ibidem, str. 19. Odluka *Disney IV* jedna je od četiri odluke u predmetu *In re Walt Disney Co. Derivative Litig. (Disney IV)* je odluka iz 2005. godine (Del.Ch. Feb, 4, 2005).

⁵⁶ Ibidem, str. 20.

⁵⁷ Ibidem, str. 21.

⁵⁸ Ibidem, str. 24.

⁵⁹ Ibidem, str. 24.

3. Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika

Hrvatsko pravo poznaje dužnu pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika koji djelomično odgovara američkom standardu “*duty of care*”, a prikaz se daje u nastavku teksta.

3.1. Sadržaj odgovornosti člana uprave

3.1.1. Standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika

Uprava je organ društva koji vodi poslove društva i zastupa društvo. Te ovlasti uprave ne mogu se ograničiti.⁶⁰ Članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva.⁶¹

Osim obveze članova uprave vođenja poslova društva s dužnom pozornošću, pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika propisana je kao kriterij postupanja i za sve članove društva kada postupaju u ispunjenju svojih obveza.⁶²

Vođenje poslova društva obuhvaća svako djelovanje usmjereno prema cilju radi kojeg je društvo osnovano u što su uključene sve pravne, ali i druge radnje članova uprave⁶³. Prilikom analize pozornosti članova uprave te članova upravnog i nadzornog odbora, osim odredbi ZTD-a u obzir treba uzeti i propise obveznog prava kojim se određuju mjerila pozornosti.

Odredbe ZTD-a, koje se odnose na dužnu pozornost članova društva prisilne su naravi te se temeljnim aktima društva (statutom, društvenim ugovorom, izjavom o osnivanju društva) ne mogu proširiti niti ublažiti.⁶⁴ Članovi uprave moraju štiti interese društva i ne poduzimati radnje kojima bi mu mogli nanijeti štetu. U slučaju da članovi uprave povrijede svoje obveze, oni odgovaraju društvu kao solidarni dužnici.⁶⁵ Članovi uprave odgovaraju temeljem kriterija pretpostavljene krivnje te je jedina mogućnost oslobađanja odgovornosti za štetu, njihovo dokazivanje prilikom poduzimanja dužne radnje da nije postojala njihova krivnja.

Prilikom vođenja poslova društva član uprave, odnosno upravnog odbora mora postupati s prosječnom pozornošću koja je u struci u kojoj isti vodi poslove društva određena objektivnim mjerilima. Član uprave, koji ima posebna

⁶⁰ Čl. 240. i 241. ZTD-a.

⁶¹ Čl. 252., st. 1. ZTD-a propisano je: “Članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Član uprave ne postupi protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva”

⁶² Čl. 75. ZTD-a propisano je da su članovi društva u ispunjenju svojih obveza dužni postupati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.

⁶³ Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2001., str. 356.

⁶⁴ Barbić, J. (2005), op. cit., str. 497.

⁶⁵ Čl. 252., st. 2. propisano je: “Članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu kao solidarni dužnici”.

znanja, bit će u obvezi ista primijeniti prilikom vođenja poslova društva, ukoliko se ista odnose na donošenje konkretne poslovne odluke. Međutim u obzir se uzima onaj stupanj pozornosti koji bi primijenila svaka stručna osoba prilikom postupanja u istim okolnostima. Član uprave neće se moći osloboditi odgovornosti za štetu koja proizlazi iz propuštanja pozornosti koja je propisana.

Pri određivanju u čemu se sastoji pozornost članova uprave, kako navodi prof. Barbić treba uzeti u obzir: a) dužnost članova uprave pridržavati se pravila kojima se uređuje unutrašnji život društva, b) dužnost postupanja po pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama, c) obveza na međusobnu korektnu suradnju, d) dužnost postupanja u svemu s pažnjom koja se zahtijeva u struci, e) iskazivanje lojalnosti prema društvu i dioničarima i f) pridržavanje granica postavljenih slobodnoj poduzetničkoj prosudbi osoba koje vode poslove društva.⁶⁶

Njemačko, austrijsko i slovensko pravo sadržavaju slična rješenja glede pozornosti članova uprave onom u hrvatskom pravu. Švicarsko i talijansko pravo imaju slična rješenja prema kojima su direktori dužni ispunjavati obveze koje proizlaze iz zakona i statuta pozornošću koju zahtijeva priroda položaja i njihove posebne sposobnosti.⁶⁷ Španjolsko pravo sadrži odredbe o pozornosti urednog trgovca i zastupnika i o dužnosti čuvanja poslovne tajne nakon prestanka mandata.⁶⁸

Članovi uprave vođenje poslova društva obavljaju kao profesionalci, stručnjaci u području u kojem djeluje društvo čiji su članovi uprave. Oni moraju voditi poslove društva s pozornošću koja se prema objektivnim kriterijima očekuje u određenoj struci. Odredbom čl. 252. ZTD-a, određeni su slučajevi kada se treba smatrati da član uprave postupa u skladu s propisanim standardom pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika. To su slučajevi kada član uprave pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Ovom zakonskom odredbom uvodi se u hrvatsko pravo trgovačkih društava pravilo poslovne prosudbe. Pravilom poslovne prosudbe daje se kao mogućnost članovima uprave i upravnog odbora, koji vode poslove društva oslobođenje odgovornosti za poduzetničke, odnosno poslovne odluke ako dokažu da su odluku donijeli temeljem primjerenih informacija i uporabom svojeg stručnog znanja.

3.1.2. Primjena Zakona o obveznim odnosima

S obzirom na to da ZTD ne daje definiciju pravnog standarda pozornosti dobrog gospodarstvenika te je u konkretnoj analizi nužno utvrditi definiranje tog standarda, sukladno Zakonu o obveznim odnosima (dalje: ZOO)⁶⁹. Člankom

⁶⁶ Barbić, J. (2005.), op. cit., str. 498.

⁶⁷ Čl. 717., st. 1. švicarskog Obligationenrecht; čl. 2392., st. 1. talijanskog Codice Civile.

⁶⁸ Barbić, J. (2005), op. cit., str. 496., fusnota 598.

⁶⁹ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05.

10. ZOO, propisano je da je svaki sudionik u obveznom odnosu dužan ispunjavati svoje obveze, postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obveznih odnosa (pažnja dobrog gospodarstvenika, odnosno pažnja dobrog domaćina). Prilikom ispunjavanja obveza iz profesionalne djelatnosti, sudionik u obveznom odnosu dužan je postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).⁷⁰

Ovisno o tome radi li se o pitanju građanskopravnog ili obveznog odnosa u trgovačkom pravu primjenjivat će se pozornost dobrog domaćina ili pozornost dobrog gospodarstvenika. Kriteriji pozornosti dobrog domaćina ili dobrog gospodarstvenika postavljeni su objektivno, te se prilikom prosudbe ne polazi od osobnih svojstava i okolnosti u kojima se nalazi domaćin ili gospodarstvenik, već se zahtijeva apstraktna, objektivna pozornost.⁷¹

Standard dobrog gospodarstvenika, zahtijeva se kada je sudionik obveznog odnosa gospodarstvenik (obrtnik, trgovac, trgovačko društvo, pravna osoba) čiji je predmet poslovanja obavljanje određene gospodarske djelatnosti.⁷²

Ovaj će se kriterij morati primijeniti i prilikom procjenjivanja pozornosti člana uprave, odnosno izvršnog direktora upravnog odbora, time da se treba uzeti u obzir povećani stupanj pozornosti. Članovi uprave, odnosno izvršni direktori profesionalni su menadžeri koji kao svoj jedini posao obavljaju posao člana uprave, odnosno izvršnog direktora, dakle to im je profesionalna djelatnost. Prilikom poduzimanja radnji koje se odnose na vođenje poslova društva dužni su postupati s povećanom pažnjom u skladu s pravilima struke i običajima. Pretpostavlja se, dakle da su članovi uprave profesionalne (stručne) osobe, pa su kao takve dužne voditi poslove s dužnom pozornošću koju zahtijeva pojedina struka.⁷³ Radi se o postupanju koje bi primijenio samostalni voditelj poduzeća, koji je svjestan svojih dužnosti i koji ne upravlja poslovanjem svojim, već tuđim sredstvima, na način na koji bi to činila i osoba kojoj je povjerena briga o tuđim imovinskim interesima.⁷⁴

Pozornost dobrog stručnjaka zahtijeva se od osobe koja se profesionalno bavi određenom djelatnošću. Stupanj povećane pozornosti određuje se prema pravilima struke i prema poslovnim običajima stvorenim pri obavljanju određene gospodarske djelatnosti. Konkretnu pozornost dobrog domaćina, gospodarstvenika ili stručnjaka određuje ovisno o vrsti ugovora, činjeničnom stanju, poslovnim običajima, pravilima struke itd. sud uzimajući u obzir i sve relevantne okolnosti slučaja. To je upravo ona pozornost koja se u konkretnim prilikama od dobrog domaćina, dobrog gospodarstvenika i dobrog stručnjaka redovito

⁷⁰ ZTD rabi termin "pozornost", dok ZOO koristi termin "pažnja". Mišljenja smo da se radi o sinonimima te će se u tekstu rabiti termin pozornost.

⁷¹ Gorenc, V.: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005., str. 21.

⁷² *Ibidem*, str. 22.

⁷³ Pavlović, M.: *Odgovornost za štetu nesavjesnih članova uprava i nadzornih odbora počinjnih društvu i vjeroćnicima društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2005., str. 38.

⁷⁴ Barbić, J.: (2001.), op. cit., str. 382.

očekuje, odnosno kako zakon određuje: “koja se u pravnom prometu (od njih) zahtijeva.”⁷⁵

U djelovanju članova uprave vrijede mjerila sposobnosti koja su se profilirala u poslovno menadžerskoj struci – stručno znanje i pozornost prosječnog člana uprave mjerila su po kojima se procjenjuje krivnja člana uprave. Ako se član uprave ne rabi tolikom pozornosti to znači da se ponaša nemarno. Pri tomu nije moguće kao mjerilo uzeti subjektivna mjerila tog člana uprave i tako ga osloboditi odgovornosti, već je u slučaju kada nije bio dovoljno stručan za donošenje konkretnih odluka trebao o vlastitom trošku priskrbiti stručnu pomoć.⁷⁶

Pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika smatra se pravnim standardom.⁷⁷ Njime se uređuje spektar ponašanja članova uprave koji nije moguće konkretno definirati budući da nije moguće predvidjeti koja će konkretna ponašanja i odluke dovesti do smanjenja dobrobiti društva, a koje bi se mogle okarakterizirati kao odluke donesene sa smanjenom pozornosti u odnosu na pozornost pretpostavljenu zakonom. Postavljanje pravnog standarda dovodi do povećanja pravne sigurnosti te je ono pretpostavka za procjenu stupnja rizika koji uprava preuzima djelujući u korist svojeg društva u tržišnim uvjetima kako bi ostvarila najbolje rezultate. Prilikom donošenja poslovnih odluka uvijek valja imati na umu i visoki stupanj rizika koji kod istog može postojati, ali i visoku osposobljenost članova uprave da taj rizik smanje na minimum služeći se upravo svojim stručnim znanjima temeljem kojih su i postavljeni na mjesto članova uprave.

Članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu. Ako ih ima više odgovaraju kao solidarni dužnici⁷⁸. U slučaju spora članovi uprave mogu se osloboditi odgovornosti za štetu ako dokažu da su primijenili pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Postojeća pravna praksa nudi relativno mali broj odluka viših sudova (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: dalje VTSRH i Vrhovni sud Republike Hrvatske) koje upućuju na primjenu standarda pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Odlukom VTSRH poslovni broj Pž-8360/03 od 5. rujna 2006. godine,⁷⁹ definirano je da vjerovnik može podnijeti zahtjev za naknadu štete i od člana društva ako svoj tražbinu ne može podmiriti od društva. Činjenicu nemogućnosti

⁷⁵ Gorenc, V., op. cit., str. 23.

⁷⁶ Gerželj, G., op. cit., str. 178.

⁷⁷ Ibidem. “Pravni standardi određuju pravnim subjektima zahtjev za ponašanjem koje je tipično za ponašanje u određenom području djelovanja i u skladu s tim djelovanjem postavljeno kao mjerilo ponašanja. U pravilu se pravni standardi primjenjuju u situacijama kada postoji određena mogućnost iznijansirano ponašanja u toj mjeri da je nije moguće jezično i pravno-tehnički izraziti, niti u zakonu, niti u drugom formalnom izvoru.

⁷⁸ Čl. 252. st. 2. ZTD-a.

⁷⁹ Objavljeno u Izboru odluka VTSRH, br. 12 iz 2006. godine; dostupno na http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA_121.pdf, str. 136. i 137.

namirenja tražbine od društva vjerovnik ne mora dokazivati time što se u sudskom, ovršnom ili nekom drugom postupku nije mogao naplatiti od društva, ali je postavljajući zahtjev za naknadom štete od člana uprave društva dužan ukazati na činjenicu da mu društvo ne može ispuniti obvezu i tu činjenicu tijekom postupka dokazati.

U ovoj svojoj odluci sud daje procjenu povrede dužnosti pozornosti na način da je zauzeo gledište da se povredom ove dužnosti smatra postupanje članova uprave u sklapanju novih poslova u ime i za račun društva u situaciji u kojoj je društvo prezaduženo, a što rezultira blokadom računa.

Odredbom čl. 252., st. 5. ZTD-a, propisano je da zahtjev za naknadu štete mogu postaviti vjerovnici društva ako svoje tražbine ne mogu podmiriti od društva, što vrijedi u slučajevima, osim onih iz st. 3. toga članka,⁸⁰ samo onda ako član uprave grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. Dakle, dvije su pretpostavke da vjerovnik može podmiriti svoje tražbine prema članu uprave društva: 1. nemogućnost da se namiri od društva i 2. gruba povreda pozornosti člana uprave. Sud je zauzeo gledište kako sama činjenica blokade računa društva u vrijeme kada to društvo kao kupac sklapa ugovor o prodaji ne ukazuje na grubu povredu dužnosti primjene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika od strane člana uprave društva. Teret dokaza postojanja činjenica koje ukazuju na ovakvu kvalificiranu krivnju člana uprave jest na vjerovniku, u ovom slučaju na tužitelju.

Slično gledište iznio je VTSRH u svojoj odluci poslovni broj Pž-2775/03 od 10. prosinca 2002.,⁸¹ u kojoj se ističe da je član uprave društva odgovoran za naknadu štete vjerovniku koji nije mogao svoja potraživanja naplatiti od društva.

Istaknuto je da je direktor, kao član uprave društva, dužan voditi društvo uzimajući u obzir saznanja sigurnog i praktično oprobano gospodarenja, pazeći na sve mjerodavne propise, formirati uvijek točnu sliku o položaju trgovačkog društva, osobito o njegovoj rentabilnosti i likvidnosti tijekom poslova, položaju na

⁸⁰ Čl. 252. st. 3. ZTD-a propisuje:

“Članovi uprave naročito su odgovorni za štetu ako suprotno ovome Zakonu:

1. vrate dioničarima ono što su uložili u društvo,
2. isplate dioničarima kamate ili dividendu,
3. upišu, steknu, uzmu u zalog ili povuku vlastite dionice društva ili nekoga drugoga društva,
4. izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplatili iznos za koji su izdane,
5. razdijele imovinu društva,
6. obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,
7. dadu naknadu članovima nadzornog odbora,
8. dadu kredit,
9. kod uvjetnog povećanja kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate.”

⁸¹ Objavljeno u Zbirci odluka VTSRH od 2005. godine dostupno na <http://www.vtsrh.hr/Download/2006/03/10/ZBIRKA10.pdf> na str. 155. i 156.

tržištu i konkurentskoj sposobnosti. Slijedom navedenog, očito je da tuženi nije vodio poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i temeljem čl. 252., st. 5. u vezi s čl. 430., st. 1. i 5. ZTD-a ostvario pravo traženja neposredne naknade štete od člana uprave. Sud je usvojio ovakav tužbeni zahtjev i zauzeo gledište da vjerovnik trgovačkih društava ima pravo na zahtjev protiv člana tih društava pod uvjetima uređenim u citiranim zakonskim odredbama.

Odlukom VTSRH poslovni broj Pž-5916/00 od 19. studenog 2002.,⁸² definira se pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika na način isticanja kako je član uprave odgovoran za naknadu štete vjerovniku kojem je nanio štetu time što je... potraživanje naplatio od društva.

Član uprave mora voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. Naručivanjem robe za tvrtku koja je bila insolventna te koristeći se pri sklapanju bivšim imenom društva član je uprave postupao očito nesavjesno.

Prvostupanjski sud je utvrdio da je tuženik, kao direktor i osnivač društva, od tužitelja naručio i preuzeo predmetnu robu iako je njegovo društvo u to vrijeme bilo u blokadi i pritom se koristio ranijim imenom tvrtke. Iako je ta tvrtka u to vrijeme promijenila ime on se koristio prilikom sklapanja pravnog posla kupnje i prodaje imenom društva koje se ne može koristiti u pravnom prometu.

3.1.3. Poduzetničke odluke

Vođenje poslova društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, odnosno sukladno ZOO-u, s pozornošću dobrog stručnjaka članovi uprave dužni su prilikom donošenja poduzetničkih odluka. Poduzetničkim odlukama smatraju se sve odluke koje se odnose na vođenje društva i zastupanje društva prema trećima, a koje se izravno ili neizravno tiču dobrobiti društva i to dobrobiti koju treba promatrati s gledišta člana uprave u situaciji i okolnostima kakve su bile u vrijeme kada je odluka donesena.⁸³

Član uprave dužan je postupati s pozornošću dobrog stručnjaka na način da je pri donošenju poduzetničke odluke razumno pretpostavio, a temeljem primjerenih informacija, djelovao za dobrobit društva. Potrebno je prilikom prosudbe je li član uprave postupao u skladu s ovom zakonskom odredbom uzeti u obzir mjerilo kojim se određuje razumno pretpostavljanje djelovanja za dobrobit društva. To razumno pretpostavljanje trebalo bi biti mjerilo postavljeno u skladu s prosudbom osobe koja posjeduje određenu količinu znanja i iskustva koja prelazi količinu znanja i iskustva koje posjeduje prosječna osoba. Predmet analize bit će količina i primjerenost informacija, koje je član uprave pribavio, kako bi temeljem istih donio odluku. Ukoliko su informacije bile primjerene,

⁸² Objavljeno u Zborniku odluka VTSRH od 94-04 dostupno na <http://www.vtsrh.hr/default.asp?gl=200409290000050>.

⁸³ Orehovec, T., op. cit., str. 126.

član će se uprave, pozivajući na pravilo poslovne prosudbe, moći osloboditi odgovornosti za eventualnu štetu koju je njegova odluka prouzročila.

Uvođenjem pravila poslovne prosudbe u ZTD, omogućeno je definiranje poduzetničke odluke kao odluke koju temeljem stručnog znanja donosi član uprave. Uvođenjem pravila poslovne prosudbe u ZTD, pojasnit će se značenje dužne pozornosti i poduzetničke odluke. Uvođenjem pravila poslovne prosudbe pruža se mogućnost sudovima da ako član uprave, odnosno upravnog odbora dokaže da je kod donošenja poduzetničke odluke postupao s dužnom pozornošću na način da se informirao o svim relevantnim okolnostima potrebnim za donošenje opravdane odluke te je postupao u skladu s primjerenim stručnim mjerilima izuzme njegova odluka od daljnjeg prosuđivanja.

3.1.4. Poslovna tajna društva

Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika obuhvaća i čuvanje poslovne tajne društva.⁸⁴ Radi se o svim informacijama koje je član uprave saznao u obavljanju svojeg posla, a može procijeniti da se radi o povjerljivim podacima i tajnama bilo u odnosu na djelovanje društva, bilo u odnosu na treće osobe koje s tim društvom imaju bilo kakvu vezu.

Poslovne informacije mogu biti sve informacije koje je član uprave saznao i ne ograničavaju se samo na njegovo djelovanje nego mogu proizlaziti iz priopćenja trećih osoba, drugih članova društva, članova uprave, nadzornog odbora, suradnika, zaposlenih i svih trećih osoba.⁸⁵ Pri iznošenju tajne, kriterij je objektivni interes društva, odnosno bi li se iznošenjem informacija društvu mogla nanijeti šteta, neovisno o tomu je li informacija proglašena tajnom ili ne. Ova odredba o čuvanju tajne traje i nakon prestanka mandata članova uprave i predstavlja njihovu obvezu i u budućnosti.⁸⁶

Poslovna tajna određena je Zakonom o zaštiti tajnosti podataka.⁸⁷ Poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese. Općim aktom se ne može odrediti da se svi podaci, koji se odnose na poslovanje pravne osobe, smatraju poslovnom tajnom niti se poslovnom tajnom mogu odrediti podaci čije priopćavanje nije razložno protivno interesima te pravne osobe. Poslovnom tajnom ne mogu se odrediti podaci koji su od značenja za poslovno povezivanje

⁸⁴ Čl. 252. ZTD-a.

⁸⁵ Vidi tako i za članove nadzornog odbora u Barbić, J.: *Dužna pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 5/2007, str. 117.

⁸⁶ Orehovec, T., op. cit, str. 126.

⁸⁷ Zakon o zaštiti tajnosti podataka, NN 108/96.

pravnih osoba niti podaci koji se odnose na zaštićeno tehničko unapređenje, otkriće ili pronalazak.⁸⁸

3.1.5. Dobrobit društva

Dobrobit društva može se procjenjivati s gledišta članova društva, vjerovnika ili samog društva. Ovisno s kojeg se motrišta procjenjuje različitog je karaktera. ZTD-om je propisano da se trgovačka društva osnivaju za obavljanje gospodarske ili bilo koje druge zakonom dopuštene djelatnosti⁸⁹. Kako su trgovačka društva po zakonskoj definiciji trgovci to se na ista može primijeniti i određenje da se gospodarska djelatnost obavlja radi ostvarivanja dobiti.⁹⁰ Možemo dakle zaključiti da bi dobrobit društva bila maksimiziranje tržišne vrijednosti društva i njegove imovine. Osim stajališta da je dobrobit društva isključivo usmjerena na ostvarivanje dobiti, neki su autori mišljenja da takav standard treba modificirati imajući u obzir i interes članova društva pa čak i njegovih radnika.⁹¹

Uzimajući u obzir karakter standarda dobrobit društva s obzirom na interese društva nužno je uzeti u obzir niz čimbenika, koji svi zajedno ili pojedinačno, mogu dovesti do dobrobiti društva. Dobrobit društva može se tumačiti tako da je dobrobit društva kada su ciljevi povećanja vrijednosti kapitala i ostvarivanja interesa radnika ujednačeni, iako se uobičajeno, prvi cilj obično više vrednuje nego drugi. Pri tom treba voditi računa da drugi cilj ne smije biti u cijelosti podređen prvom te ga imati u vidu samo u onoj mjeri u kojoj on doprinosi ostvarenju prvog cilja.⁹²

3.2. Sadržaj odgovornosti članova upravnog odbora

Pravni standard pozornosti dobrog i savjesnog gospodarstvenika primjenjuje se i na članove upravnog odbora na odgovarajući način⁹³ pri čemu se uzimaju u obzir zakonske odredbe, kojima se uređuje odgovornost članova uprave, ali i odgovornost članova nadzornog odbora ovisno o tome radi li se o izvršnim ili neizvršnim direktorima upravnog odbora.

Izvršni direktori vode poslove društva i zastupaju društvo⁹⁴. Oni djeluju na način na koji djeluje i uprava društva pa je sukladno tomu njihova odgovornost identična odgovornosti članova uprave. Od njih se prilikom vođenja poslova društva očekuje povećani stupanj pozornosti, pozornost dobrog stručnjaka, dok se za neizvršne direktore, čija je funkcija na neki način slična funkciji članova nadzornog odbora, primjenjuju odredbe koje se odnose na pozornost članova

⁸⁸ Čl. 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka.

⁸⁹ Čl. 2. ZTD-a.

⁹⁰ Čl. 1. ZTD-a.

⁹¹ Gerželj, G., op. cit., str. 181.

⁹² Ibidem.

⁹³ Čl. 272.k. ZTD-a.

⁹⁴ Čl. 272.l., st. 2. i čl. 272.m. ZTD-a.

nadzornog odbora⁹⁵. ZTD-om izričito je određeno da se na izvršne direktore glede dužne pozornosti i odgovornosti na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. ZTD-a kojim se regulira odgovornost i pozornost članova uprave.

Odredbama ZTD-a, kojima se u hrvatsko pravo trgovačkih društava uvodi mogućnost izbora između dualističkog i monističkog sustava upravljanja omogućeno je i uvođenje pravila poslovne prosudbe iz razloga što je razlika monističkog od dualističkog sustava upravljanja u tomu da u monističkom sustavu upravni odbor kao cjelina daje naputke za rad (vođenje poslova i zastupanje društva) izvršnim direktorima. Ovo znači da su izvršni direktori dužni izvršiti radnju sukladno uputi neizvršnih direktora. Za razliku od ove vezanosti izvršnih direktora, uputama neizvršnih direktora kod dualističkog sustava upravljanja, nadzorni odbor nadzire vođenje poslova društva, te samo ukoliko je tako predviđeno daje suglasnost na odluke uprave⁹⁶, dok uprava vodi poslove društva samostalno, na vlastitu odgovornost⁹⁷.

Dualistički sustav upravljanja predviđa davanje suglasnosti od strane nadzornog odbora upravi društva u određenim situacijama. Ta suglasnost nema značaj davanja obvezne upute upravi za poduzimanje radnje za koju je dobila suglasnost, jer je na upravi odluka hoće li to učiniti ili ne. U monističkom se sustavu odluka neizvršnih članova o poduzimanju određene radnje upućena izvršnim direktorima mora provesti.⁹⁸ Izvršnim direktorima postavljaju se okviri djelovanja i daju smjernice za rad koje su za njih obvezne.⁹⁹

Upravni odbor može u svako doba opozvati imenovanje izvršnih direktora i za to ne mora postojati važan razlog. Ovdje je bitna razlika položaja članova uprave u društvima s dualističkim ustrojem organa i izvršnih direktora u onima s monističkim ustrojem.¹⁰⁰

Interpretacijom pravila poslovne prosudbe kako je ona zaživjela u američkom pravu može se omogućiti izvršnim direktorima oslobađanje od odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana društvu ili trećima u situacijama kada su donijeli odluku suprotnu uputi neizvršnih direktora jer su postupali sukladno pravilu poslovne prosudbe te su temeljem primjerenih informacija razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva.¹⁰¹ Ovo je bitna kvaliteta pravila poslovne

⁹⁵ Čl. 272.k. vezano za čl. 272. i 252. ZTD-a.

⁹⁶ Čl. 263. ZTD-a.

⁹⁷ Čl. 240. ZTD-a.

⁹⁸ Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007, Zagreb, str. 49.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, str. 52.

¹⁰¹ Izvršne direktore imenuje upravni odbor (čl. 272.1.). Na opoziv članova upravnog odbora na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 259. i 260. ZTD-a kojima je propisano da imenovanog člana nadzornog odbora (u ovom slučaju primjenjuje se na člana upravnog odbora) može u svako doba opozvati onaj tko ga je imenovao. Ovakvom je odredbom dana mogućnost da se izvršnom direktoru otkaže mandat člana upravnog odbora iz npr. razloga nepoštivanja upute neizvršnih direktora te će pravilo poslovne prosudbe predstavljati ključnu mogućnost

prosudbe koje će biti od velike važnosti upravo u ovakvim situacijama kod trgovačkih društava koja su svoj ustroj formirale prema monističkom sustavu.

3.3. Sadržaj odgovornosti člana nadzornog odbora

Dužna pozornost i odgovornost člana nadzornog odbora¹⁰² razlikuje se od dužne pozornosti člana uprave, budući da je posao člana nadzornog odbora sporedno djelovanje neke osobe za razliku od djelovanja člana uprave, odnosno izvršnog člana upravnog odbora.¹⁰³

Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika postavljen je i kao standard ponašanja člana nadzornog odbora. ZTD prilikom određivanja pozornosti člana nadzornog odbora upućuje da se na dužnost postupanja člana nadzornog odbora u obavljanju poslova odbora s dužnom pozornošću i na njihovu odgovornost na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. ZTD-a¹⁰⁴. ZTD određuje da su članovi nadzornog odbora dužni djelovati u interesu društva.¹⁰⁵ Kao posebna obveza člana nadzornog odbora navodi se da su isti obvezni čuvati kao poslovnu tajnu sve ono što saznaju iz povjerljivih izvješća i danih savjeta u društvu, a radi se o izvješćima i aktima, kojima se daju savjeti, ako su označeni kao poslovna tajna.¹⁰⁶

Djelovanje osobe kao člana nadzornog odbora njezino je sporedno djelovanje. Članovi nadzornog odbora su stručnjaci koji su s obzirom na iskustvo i znanje stečeno u obavljanju svog glavnog posla pogodni i za obavljanje posla člana nadzornog odbora. Međutim, od njih se ne može očekivati da će prilikom obavljanja svog posla istome pružiti jednaku važnost koju svojem poslu daju članovi uprave. Upravo radi toga stupanj dužne pozornosti prilikom njihovog postupanja ne može biti identičan s ocjenjivanjem rada člana uprave.¹⁰⁷ Taj stupanj dužne pozornosti oni moraju pokazati prilikom obavljanja nadzorne funkcije.

Iz gore navedenog proizlazi da je potrebno razlikovati opseg i karakter odgovornosti člana uprave, odnosno izvršnog direktora u upravnom odboru od odgovornosti člana nadzornog odbora, odnosno neizvršnog direktora, ovisno radi li se o monističkom ili dualističkom sustavu korporativnog upravljanja.

izvršnog direktora koji se nađe u ovakvoj situaciji da opravda svoju odluku koja je suprotna uputi neizvršnog direktora upravnog odbora.

¹⁰² Ova se pozornost primjenjuje i na neizvršne direktore upravnog odbora (čl. 272.k. vezano za čl. 272. ZTD-a).

¹⁰³ Djelovanje i pozornost koja se očekuje od člana uprave, odnosno nadzornog odbora međusobno se razlikuju. Od člana uprave zahtijeva se puni profesionalni angažman budući da je to njegov jedini posao. Njemu se ne tolerira kolizija interesa koja bi dala prednost drugim interesima pred interesima društva. Više vidi u Barbić, J. *Pregled odredaba ...*, op. cit., str. 176.

¹⁰⁴ Čl. 272. ZTD-a.

¹⁰⁵ Čl. 272. ZTD-a.

¹⁰⁶ Čl. 272. st. 2. ZTD-a.

¹⁰⁷ Barbić, J. (2007.), op. cit., *Dužna pozornost...*, str. 176.

Za određivanje pojma pozornosti članova nadzornog odbora, koja se od njih zahtijeva, valja uzeti u obzir da se isti moraju pridržavati pravila kojima se uređuje unutrašnji život društva, da su obvezni postupati po pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama, da su obvezni na međusobnu korektnu suradnju.¹⁰⁸ U svemu su obvezni postupati s pažnjom koja se zahtijeva u struci, moraju pokazati lojalnost prema društvu i dioničarima i pridržavati se granica koje su stavljene slobodnoj prosudbi osoba koje nadziru vođenje poslova društva.¹⁰⁹

Nadzorni odbor nadzire vođenje poslova društva. Nadzorni odbor može pregledavati i ispitivati poslovne knjige i dokumentaciju društva, blagajnu, vrijednosne papire i druge stvari. Podnosi glavnoj skupštini pisano izvješće o obavljenom nadzoru.¹¹⁰

U nadziranju poslova društva članovi nadzornog odbora moraju pokazivati prosječnu mjeru pozornosti koja se za to traži u struci u kojoj djeluje društvo. Interes članova nadzornog odbora ne smije se koristiti na štetu interesa društva što uključuje raspolaganje, odnosno čuvanje povjerljivih informacija kao tajnih¹¹¹. Iako je Zakonom definirano koje se informacije imaju smatrati tajnim, nije potrebno svaku proglašavati tajnom. Dovoljno je da član nadzornog odbora procijeni da bi iznošenje određenog podatka moglo štetiti društvu na bilo koji način, čak i ako se takva informacija zbog proteka određenog vremena više neće smatrati poslovnom tajnom¹¹². Obveza čuvanja tajne odnosit će se na sve članove nadzornog odbora.

Prilikom procjenjivanja odgovornosti za prouzročenu štetu od strane člana nadzornog odbora valja uzeti u obzir da članovi nadzornog odbora nadziru vođenje poslova društva.¹¹³ Vođenje poslova društva ne može se prenijeti na nadzorni odbor. Samo se iznimno statutom ili odlukom nadzornog odbora može odrediti da se određene vrste poslova mogu obavljati uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Odbije li nadzorni odbor dati suglasnost, uprava može zatražiti od glavne skupštine da ona dade potrebnu suglasnost. Glavna skupština donosi odluku o davanju suglasnosti s većinom od najmanje tri četvrtine od danih glasova¹¹⁴. Iz ovog proizlazi da članovi nadzornog odbora ne odgovaraju za vođenje poslova društva za što odgovaraju članovi uprave, već samo za eventualne propuste u provođenju nadzora, osim u iznimnom slučaju kada im je za određenu vrstu poslova dana ovlast, da za poduzimanje istih, mora postojati suglasnost nadzornog odbora upravi.

Prilikom procjenjivanja, pozornost člana nadzornog odbora za obavljanje nadzora rada uprave isti moraju pokazivati najmanje prosječnu mjeru pozornosti

¹⁰⁸ Ibidem, str. 177.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Čl. 263. ZTD-a.

¹¹¹ Barbić, J. (2007), op. cit., *Dužna pozornost...* str. 177.

¹¹² Ibidem, tako i Pavlović, M., op. cit., str. 38.

¹¹³ Čl. 263. st. 1. ZTD-a.

¹¹⁴ Čl. 263. st. 5. ZTD-a.

u obavljanju poslova nadzora. Ovdje će vrijediti pravilo da je viši stupanj pozornosti dužan pokazati onaj član nadzornog odbora čija je stručna razina viša kada je riječ o odluci koja se odnosi na područje djelovanja za koje je on posebno stručan¹¹⁵.

Članovi nadzornog odbora odgovarat će za nastanak štete društvu jedino u situacijama kada se odluka uprave, koja je prouzročila štetu društvu mogla donijeti samo temeljem njihove suglasnosti uzimajući pritom u obzir čl. 252., st. 4. ZTD-a, kojim je određeno da se u slučaju kada je radnja uprave odobrena od strane nadzornog odbora odgovornost uprave za štetu ne isključuje.

Jedino u slučaju kada je za odluku uprave u vođenju poslova društva potrebna suglasnost skupštine, te ju je uprava dobila, članovi uprave neće odgovornost za eventualnu štetu.¹¹⁶

Dužnost lojalnosti kao dužnost članova uprave, upravnog i nadzornog odbora sukladno hrvatskim pravnim propisima

ZTD u svojim općim odredbama definira odgovornost za obveze trgovačkog društva i njegovih članova na način da trgovačko društvo odgovara za svoje obveze svojom imovinom. Međutim, onaj član društva koji zlorabiti okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva, ne može se pozvati na to da ne odgovara za te obveze. Smatra se da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva ako koristi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen, ako koristi društvo da bi oštetio vjerovnike, ako protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovine i ako u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.¹¹⁷

ZTD određuje dužnost lojalnosti člana uprave, upravnog i nadzornog odbora prema društvu. Dužnost lojalnosti uređena je zakonskim odredbama, kojima se uređuje zabrana konkurencije, način dodjele kredita članovima uprave, upravnog i nadzornog odbora te odredbama kojima se određuje način sklapanja ugovora tih članova s društvom te davanju naknada za rad.

Člankom 248. ZTD-a, uređuje se zabrana konkurencije, kojom se brani članu uprave da bez suglasnosti nadzornog odbora ne može za svoj ni za tuđi račun obavljati poslove koji ulaze u predmet poslovanja društva, ne može biti član uprave ni nadzornog odbora u drugom društvu koje se bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva, a ne može ni u prostorijama društva obavljati poslove za svoj niti za tuđi račun. Bez te suglasnosti član uprave ne može biti ni član trgovačkog društva koji osobno odgovara za obveze tog društva, ako se ono bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva. Ako član uprave postupi protivno zabrani konkurencije, društvo može tražiti od njega da mu naknadi

¹¹⁵ Barbić, J. (2007.), op. cit., *Dužna pozornost...*, str. 178.

¹¹⁶ Čl. 252. st. 4. ZTD-a propisuje: "Obveza naknade štete (za članove uprave) ne postoji ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. Odobrene radnje od strane nadzornog odbora ne isključuju odgovornost...."

¹¹⁷ Čl. 9. i 10., st. 3. i 4. ZTD-a.

time pričinjenu štetu. Umjesto toga može tražiti da dopusti da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima sklopljenim za račun društva, a da iz poslova koje je sklopio za tuđi račun prenese društvu ono što je za to primio.¹¹⁸ Zabrana konkurencije primjenjuje se i na izvršne članove upravnog odbora.¹¹⁹

Ovakva primjena odredbi o zabrani konkurencije u priličnom se dijelu poklapa s američkim uređenjem "*duty of loyalty*".

U hrvatskom zakonodavstvu riješeno je i pitanje transakcija u vlastitu korist. Društvo može dati kredit članovima uprave, prokuristima ili članovima njihovih užih obitelji samo na temelju odluke nadzornog odbora. Odluka se može odnositi samo na određene ugovore o kreditu ili vrste kredita, a ugovor se mora sklopiti najkasnije tri mjeseca od dana kada je donesena odluka kojom se kredit odobrava.¹²⁰ Ova se odredba odnosi i na izvršne direktore u upravnom odboru.¹²¹ Davanje kredita članovima nadzornog odbora i članovima njihove uže obitelji dopušteno je samo uz odobrenje nadzornog odbora.¹²²

ZTD predviđa i mogućnost sklapanja ugovora između društva i članova nadzornog odbora. U slučaju sklapanja ugovora između člana nadzornog odbora i društva izvan obavljanja posla člana nadzornog odbora nužna je suglasnost nadzornog odbora. Član, koji sklopi ugovor s društvom, a za to ne dobije suglasnost tog odbora, dužan je društvu vratiti sve što je na temelju toga od njega primio, osim ako nadzorni odbor kasnije ne dade suglasnost za takav ugovor.¹²³

Problem nagrađivanja članova uprave u kojem bi članovi uprave imali utjecaj na određivanje nagrada za njihov rad, koji je prisutan u američkom monističkom sustavu, gdje su funkcije vođenja i nadzora nužno povezane, u dualističkom sustavu (kakav je sve do uvođenja monizma s novim Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a bio i hrvatski pravni sustav) ne postoji, odnosno nužno je manji jer je funkcija nadzora, koja uključuje i nagrađivanje članova uprave, organizacijski odvojena od funkcije vođenja poslova društva.¹²⁴ Što se tiče

¹¹⁸ Čl. 248. ZTD-a.

¹¹⁹ Čl. 272. 1. st. 8. ZTD-a.

¹²⁰ Čl. 249. ZTD-a.

¹²¹ Čl. 272. 1. st. 8. ZTD-a.

¹²² Čl. 271. ZTD.

¹²³ Čl. 270. ZTD-a.

¹²⁴ Gerželj, G., op. cit., str. 180.

Čl. 246. ZTD-a određeno je da se:

“(1) Članovima uprave društva može se za njihov rad dati pravo da sudjeluju u dobiti društva.

(2) Ako se članovima uprave daje pravo da sudjeluju u dobiti tekuće godine, njihov se udio obračunava prema toj dobiti umanjenoj za gubitak iz prethodne godine i za iznose koji se po zakonu i statutu iz dobiti tekuće godine unose u rezerve društva. Drugačije određenje sudjelovanja članova uprave u dobiti društva ništavo je.”

Čl. 247. određeno je da:

“(1) Pri određivanju ukupnih primitaka pojedinoga člana uprave (plaće, sudjelovanja u dobiti, nadoknadi izdataka, plaćanju premija osiguranja, provizija i svih ostalih davanja) nadzorni odbor mora brinuti o tome da ukupni iznosi primanja budu u primjerenome odnosu posla koji obavlja član uprave i stanja društva.

naknada za rad članova nadzornog odbora propisao je da se naknada određuje statutom društva, a može je odobriti i glavna skupština društva. Naknada mora biti primjerena poslovima koje obavlja član odbora i stanju društva.¹²⁵

4. Odgovornost za štetu članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora

U slučaju odgovornosti za štetu člana uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora subjekt odgovoran za nastanak štete je član uprave, odnosno nadzornog ili upravnog odbora. Štetna radnja manifestira se u njihovom propustu postupanja s dužnom pozornosti. Šteta mora nastati na strani društva, članova društva ili vjerovnika.¹²⁶

Kod procjene odgovornosti za štetu počinjenu društvu od strane članova uprave, primjenjuje se kriterij odgovornosti za štetu temeljem pretpostavljene krivnje.¹²⁷ Članovima uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora dana je mogućnost dokazivanja da su postupali u skladu s postavljenim mjerilom te da nisu krivi za prouzročenu štetu jer su postupali u skladu sa zakonom ili jer je štetu počinio neko treći.

Zakon navodi kada su članovi uprave odgovorni za štetu. Odgovorni su kada suprotno Zakonu:

- vrate dioničarima ono što su uložili u društvo,
- isplate dioničarima kamate ili dividendu,
- upišu, steknu, uzmu u zalog ili povuku vlastite dionice društva ili nekog drugog društva,
- izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplati iznos za koji su izdane,
- razdijele imovinu društva,
- obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,
- dadu naknadu članovima nadzornog odbora,
- dadu kredit,
- kod uvjetnog povećanja kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate.

(2) Ako se nakon što se članovima uprave odrede primanja tako bitno pogoršaju prilike društva da bi dalje isplaćivanje primanja iz stavka 1. ovoga članka za društvo značilo tešku nepravdu, nadzorni odbor, a u slučaju iz članka 245. stavka 3. ovoga Zakona na zahtjev toga odbora sud, ovlašten je da ih primjereno smanji. Smanjenje primanja nema utjecaja na ostale dijelove ugovora člana uprave s društvom. Član uprave ima pravo na raskid ugovora s krajem narednog tromjesečja s time da je otkazni rok za to šest tjedana.”

¹²⁵ Čl. 269. ZTD-a.

¹²⁶ Tako i Barbić, J. (2005), op. cit., str. 527.

¹²⁷ Pavlović, M., op. cit., str. 38.

Obveza naknade štete ne postoji ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. Odobrenje radnje od strane nadzornog odbora ne isključuje odgovornost.¹²⁸

Zahtjev za naknadu štete može staviti društvo. Osim društva, zahtjev mogu staviti i vjerovnici društva ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva. Ovakvom određenosti osigurava se poštivanje temeljnog pravila da za obveze društava kapitala odgovara društvo. Proizlazi da su ovlaštenici prava na naknadu štete u slučaju povrede dužne pozornosti društvo i vjerovnici, ali tek kada svoju tražbinu nisu mogli namiriti od društva. To uvijek vrijedi u ranije nabrojanim slučajevima i onda kada član uprave povrijedi dužnost primijene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.¹²⁹ Potrebno je dokazati uzročnu vezu između nastale štete i štetne radnje, dok se krivnja članova uprave pretpostavlja. U takvom slučaju, članovi uprave mogli bi dokazati da su odluku donijeli temeljem primjerenih informacija te razumno pretpostavljajući da djeluju za dobrobit društva, koristeći se pritom svojim stručnim znanjem ili stručnim znanjem osobe koja im je pomogla u procjeni. Na taj se način mogu osloboditi krivnje i izbjeći da sud procjenjuje njihovu odluku, ukoliko je ona donesena zadovoljavajući te pretpostavke.

Odlukom VTSRH poslovni broj Pž-4459/02 od 8. rujna 2004.¹³⁰ određeno je da se na podnošenje tužbe protiv člana uprave, koji je protivno zakonskoj zabrani obavljao poslove bez suglasnosti nadzornog odbora prodajući trgovačku robu iz predmeta poslovanja društva aktivno je legitimirano društvo, a ne fizička osoba, član društva.

Sud je prihvatio pravno stajalište prvostupanjskog suda, koji je utvrdio da tužitelj, kao fizička osoba nije aktivno legitimiran za podnošenje tužbe protiv tuženika jer je odredbom čl. 284. st. 2. ZTD izričito određeno da je ako član uprave postupi protivno zabrani iz čl. 248., st. 1. ZTD-a, kojim se regulira pitanje suglasnosti za obavljanje konkurentne djelatnosti društvo može od njega tražiti da mu se naknadi time pričinjena šteta. Zahtjev ne može staviti fizička osoba član društva.

ZTD nije taksativno naveo slučajeve odgovornosti. Primjerice navode se situacije kada je isključena svaka sumnja radi li se o štetnim radnjama ili ne.¹³¹ Prilikom postojanja svih ostalih štetnih radnji, a koje nisu nabrojene u ovom članku, vjerovnici će morati uz štetnu radnju dokazivati i povredu dužnosti primijene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Neki su autori zauzeli stav da članovi uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora trebaju postupati nesebično u odnosu na društvo te da postupajući na način da štite samo svoje interese zapravo krše svoju dužnost prema društvu bez

¹²⁸ Čl. 252., st. 4. ZTD-a.

¹²⁹ Čl. 252., st. 5. ZTD-a.

¹³⁰ Objavljeno u Zbirci odluka VTSRH za 2005. godinu, dostupno na <http://www.vtsrh.hr/Download/2006/03/10/ZBIRKA10.pdf>, str. 154.

¹³¹ Orehovec, T., op. cit., str. 132.

obzira na čiju štetu ide njihovo postupanje.¹³² Ovakvim određenjem, kao aktivno legitimirane osobe za pokretanje postupka protiv članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora osim samog društva i vjerovnika mogu se pojaviti i članovi društva kao pojedinci, radnici te sve ostale zainteresirane stranke.

Moderne definicije pravila poslovne prosudbe ističu kako ono osigurava pretpostavku da će u donošenju poslovnih odluka direktori postupati temeljem informacija koje su prikupili, u dobroj vjeri iskreno vjerujući da je odluka koju su donijeli u najboljem interesu za društvo. Ovakva uporaba pravila poslovne prosudbe moguća je jedino u situacijama kada su direktori neovisni¹³³ na način da nemaju interese koji bi ih mogli dovesti u situaciju da se nađu na obje strane, kao i da nemaju očekivanja za ostvarenjem osobne financijske koristi iz transakcije, a kao suprotnost koristi koja bi se mogla ostvariti za korist društva ili njegovih članova.¹³⁴

Neovisnost direktora temeljna je pretpostavka modernog korporativnog upravljanja i jedan od odgovora na pitanje što će motivirati člana uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora da u ispunjavanju svojih obveza djeluje s maksimalnim učinkom. Upravo neovisnost direktora, kao i njegova osobna odgovornost omogućit će da isti djeluje maksimalno efikasno. Osim ovih čimbenika, na učinkovitost djelovanja utjecat će i način nagrađivanja¹³⁵ istih.¹³⁶

Zakonska odredba predviđa solidarnu odgovornost svih članova uprave. Iako u praksi postoji mogućnost da neki članovi uprave nisu sudjelovali u donošenju odluke temeljem koje je nastala šteta jer ovi direktori koji su je donijeli nisu upotrijebili dužnu pozornost, u praksi će biti teško dokazati koji su direktori povrijedili, a koji ne dužnu pozornost.¹³⁷ Smatra se da pri donošenju odluka nitko ne smije biti pasivan, već mora kritički prosuđivati ono o čemu se odlučuje. Do povrede dužnosti, odnosno štetne radnje doći će i ako član uprave aktivno ne sudjeluje u radu uprave, ako ne obavlja potrebne radnje nadzora ili ako zna za nečiju štetnu radnju pa joj se ne suprotstavi.¹³⁸

¹³² Ribstein, L. E., Alces, K. A., op. cit., str. 3.

¹³³ Vidi i preporuke o neovisnosti Europske Komisije EC: Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board; OJ L 52, 25.02.2005., str. 51-63. i 2004/913/EC: Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29.12.2004., str. 55-59.

¹³⁴ Bishop, C.G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 24, 2007, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402> na dan 20. ožujak 2008., str. 486.

¹³⁵ Vidi i 2004/913/EC: Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29.12.2004., str. 55.-59.

¹³⁶ Cheffins, B.R., Black, B.S., Klausner, M.: *Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance: A Comparative Analysis*, European Corporate Governance Institute, Law working paper No.48(Eng)/2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/abstract=800584>, str. 2.

¹³⁷ Orehovec, T., op. cit., str. 132.

¹³⁸ Ibidem, str. 133.; vidi Barbić, J. (2001.), op. cit., str. 386.

ZTD-om je regulirana i situacija odgovornosti za štetu kod “iskorištavanja utjecaja u društvu”. Člankom 273. ZTD-a određeno je da će osoba koja s nakanom koristeći svoj utjecaj u društvu navede člana uprave, ili nadzornog, odnosno upravnog odbora da poduzme nešto na štetu društvu ili njegovih dioničara, odgovarati društvu za štetu koja mu time bude počinjena. Ta osoba odgovara za štetu i dioničarima, ako im je ona nastala, neovisno o šteti učinjenoj društvu. Pored te osobe za štetu odgovaraju kao solidarni dužnici i članovi uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora ako povrijede svoje dužnosti. Zakonom je određeno da u slučaju odgovornosti članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora oni moraju dokazati da su u obavljanju svojih dužnosti postupali uredno i savjesno. Neće postojati njihova odgovornost za nadoknadom štete ako su djelovali u skladu sa zakonitom odlukom glavne skupštine, dok odobrenje radnje od strane nadzornog, odnosno upravnog odbora ne isključuje obvezu naknade štete.¹³⁹

U situacijama kada su članovi uprave ili nadzornog, odnosno upravnog odbora navedeni na štetnu radnju korištenjem ovlasti za vođenje društva na temelju ugovora, kojim se vođenje poslova povjerava vladajućem društvu ili korištenjem ovlasti društva, kojemu se dioničko društvo priključilo tako da ono vodi poslove dioničkog društva, na njih se ne primjenjuju odredbe čl. 273. ZTD-a.¹⁴⁰

Temeljna je pretpostavka primjene ovog članka da je utjecaj treće osobe bio takav da je član uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora potpao pod isti te poduzeo radnju koja je dovela do štete za društvo, odnosno dioničare. Zakonodavac se dosljedno drži odredbe kako će se članovi uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora moći osloboditi odgovornosti ukoliko dokažu da su odluku donijeli postupajući u obavljanju svojih dužnosti uredno i savjesno. Ovom se odredbom ne proširuje odgovornost članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora, već se kao odgovorne osobe pridodaju i osobe koje su koristeći svoj utjecaj u društvu navele odgovorne članove društva (članove uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora) da poduzmu nešto na štetu društva ili dioničara. Osim ovih osoba za štetu odgovaraju i one osobe koje su imale koristi od štetne radnje te su postupale s nakanom. Međutim, zakonodavac se dosljedno drži pravila o odgovornosti članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora budući da oni odgovaraju za štetu kao solidarni dužnici ovih osoba.

5. Zaključak

Hrvatsko zakonodavstvo nema jasne odredbe koje bi definirale kako procjenjivati standard pozornosti na način kako je to uređeno u američkom pravu na primjeni “*business judgment rule*”. Kao konkretizacija moguće

¹³⁹ Čl. 273. ZTD-a.

¹⁴⁰ Čl. 273., st. 6. ZTD-a.

analogne uporabe u hrvatskom zakonodavstvu prije svega je moguće usporediti pravilo poslovne prosudbe koje obvezuje u određenom postupanju – pridobivanju i analizi potrebnih informacija kao preduvjetu donošenja poduzetničke odluke. Član uprave mora poduzeti određene radnje, koje mu osiguravaju dobivanje svih potrebnih podataka te ih uzeti u obzir zajedno s mogućim okolnostima koje su mu potrebne za odlučivanje. Pod te potrebne podatke uzimaju se u obzir one informacije pomoću kojih se može dobiti prosudba o svim relevantnim okolnostima, kao i potrebno stručno znanje za donošenje pravilne odluke. Osoba koja takve odluke donosi mora biti stručna, a u pitanjima s područja u kojima nema dovoljno znanja dužna je angažirati stručnjake iz tog područja.

Članovi uprave dužni su u vođenju društva postupati s pozornošću koja je propisana zakonom, a istodobno su dužni postizati rezultate kao mjerilo ispunjenja njihovih dužnosti. U vođenju poslova, članovi uprave donose odluke s određenim stupnjem rizika. Posve je uobičajeno da svaki posao neće uspjeti i donijeti dobit društvu. U stvari bit obveze članova uprave je savladavanje rizika. Zato se od njih, također očekuje donošenje rizičnih odluka.¹⁴¹ Međutim, čak i takve rizične odluke moraju biti utemeljene na pravilnoj poslovnoj prosudbi.

Dužna pozornost člana uprave ne može se isključiti ili umanjiti. Sukladno pravilu američkog prava potrebno je odrediti da je li član uprave učinio sve da skupi sve potrebne informacije na kojima će donijeti odluku, je li imao dovoljno znanja ili je nedostatak znanja nadomjestio adekvatnom stručnom pomoći.

Naknadno će biti moguće utvrditi samo je li dobivena informacija provjerena uporabom dovoljne dužne pozornosti, dok karakter same odluke i mogućnost drukčije procjene treba prepustiti članovima uprave, a njihovu odluku ne prosuđivati. Odluka neće doći u pitanje ukoliko je ista utemeljena na primjerenim informacijama i donesena primjerenim stručnim znanjem. U skladu s tim, element prosudbe za odgovornost je da menadžer, koji prosuđuje, ima specijalističkih znanja te da na temelju toga može valjano donositi poduzetničke odluke temeljeći ih na bitnim poslovnim informacijama. Odnosno, ukoliko sam ne posjeduje dovoljno stručnog znanja, obvezan je angažirati stručnjaka koji će mu osigurati stručnu pomoć u donošenju odluka.

Zahtjev vjerovnika prema članovima uprave koji su povrijedili obvezu vođenja poslova društva postupajući s dužnom pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika predstavlja jedan od načina osiguranja naplate vjerovnika u odnosu prema društvu kada potraživanje nisu u mogućnosti naplatiti od društva.

Zašto je u hrvatsko pravo trgovačkih društava bilo potrebno uvesti pravilo poslovne prosudbe uz postojeći standard pozornosti dobrog gospodarstvenika? Definicija pozornost dobrog gospodarstvenika kao što neki autori smatraju, a mi se tom mišljenju priklanjamo, preširoka je te je bila nužna njezina konkretizacija i to temeljem pravila poslovne prosudbe.

¹⁴¹ Ibidem, str. 177.

Uvođenjem pravila poslovne prosudbe omogućava se direktorima društva, koji su postupali s pozornošću, koja se od njih očekuje da se oslobode odgovornosti za eventualnu štetu koju su svojim odlukama prouzročili društvu ako su odluke bile opravdane u okviru njihove stručne prosudbe. Pravilo poslovne prosudbe omogućava negaciju odgovornosti članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora u slučajevima kada su postupali s dužnom pozornošću.¹⁴² Imajuću na umu i monistički sustav upravljanja, gdje je moguće da upravni odbor opozove izvršne direktore društva bez navođenja posebnih razloga, primjena pravila poslovne prosudbe može omogućiti izvršnim direktorima opravdanje donošenja svojih odluka i u situacijama kada ona nije imala uporište u uputama neizršnih direktora te na taj način eventualno opravdaju svoju odluku.

Uzimajući u obzir relativno mali broj sudskih odluka u sudskoj praksi RH iz ovog područja, koje pretežito određuju aktivnu i pasivnu legitimaciju, odnosno preduvjete za pokretanje postupka protiv članova uprave ili nadzornog odbora, a ne daju definiciju dužne pozornosti optimistično bi bilo očekivati da će primjena ovog pravila u hrvatskom zakonodavstvu utjecati na povećanje sudske prakse odnosno, definiranje primjene pravila poslovne prosudbe.

Izostanak ovakvih postupaka iz današnje pravne prakse može se opravdati nepoznavanjem zakonskih mogućnosti i troškovima vođenja ovakvih sporova u trenutku kada je od društva nemoguće naplatiti potraživanje, a naplata potraživanja od članova koji odgovaraju za štetu upitna je budući da se radi o fizičkim osobama.

Uvođenjem u hrvatsko zakonodavstvo pravila poslovne prosudbe, dana je mogućnost članovima uprave, upravnog i nadzornog odbora da svoje odluke donose u skladu s već od ranije uspostavljenim standardima pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika i standardima lojalnosti. Pravilo poslovne prosudbe članovima uprave, odnosno upravnog odbora omogućava donošenje odluke na vlastitu odgovornost, dajući im najširu moguću slobodu da koristeći se svojim stručnim znanjima vode društvo i donose rizične odluke, za što su i posebno plaćeni. Ovakva pravna određenost omogućava i veću mogućnost članovima uprave i ostalim sudionicima da se pozivaju na razumnu prosudbu temeljem okolnosti i informacija koje su im bile dostupne, a koje su prikupili u određenoj situaciji. U vođenju poslova društva možda su i donijeli pogrešnu odluku, ali su razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva.

¹⁴² Tako i Bishop, C.G., op. cit., str. 482., ističe kako je temeljem visoke financijske odgovornosti za povredu dužne pozornosti koja je za posljedicu imala velike financijske posljedice u državi Delaware uvedeno pravilo poslovne prosudbe kao negacija odgovornosti koja nije sadržavala grubu povredu pozornosti. Međutim kada se predmetni standard pokazao previše tegoban, zakonodavstvo države Delaware prihvatilo je statutaru iznimku kojom je eliminirana dužna pozornost koja je uključivala čak i grubu nepažnju.

Literatura

Knjige i članci:

1. Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260> na dan 15. prosinac 2007.
2. Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2001.
3. Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Treće izmijenjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2005.
4. Barbić, J.: *Dužna pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 5/2007., str. 117.
5. Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007., Zagreb.
6. Bishop, C. G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 24, 2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402> na dan 20. ožujak 2008.
7. Cheffins, B. R., Black, B.S., Klausner, M.: *Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance: A Comparative Analysis*, European Corporate Governance Institute, Law working paper No.48(Eng)/2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/abstract=800584>.
8. Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212.
9. Gerželj, G.: *Odškodninska obveznost kot posledica kršitve skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika*, Corporate governance v Sloveniji, ur. Katerina Zajec, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2004.
10. Gorenc, V.: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005.
11. Gorenc, V.: *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, RRIF, Zagreb, 2004.
12. Hoffinan, D. A.: *Self-handicapping and manager's duty of care*, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>.
13. Kirchner, C., Painter, R.W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214
14. Vedriš, M., Klarić, P.: *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1996.
15. Lubben, S. J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=698223.
16. Orehovec, T.: *Odgovornost članova uprave dioničkog društva za štetu nanesenu vjerovnicima*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, prosinac 2005.
17. Pavlović, M.: *Odgovornost za štetu nesavjesnih članova uprava i nadzornih odbora počinjenih društvu i vjerovnicima društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2005.
18. Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf>.
19. Tipurić, D.: *Nadzorni odbor i korporativno upravljanje*, Zagreb, Sinergija, 2006.

Propisi

1. Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07.
2. Zakon o zaštiti tajnosti podataka, NN 108/96.
3. ALI Principles of corporate governance, 1994, American law institute.
4. Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.
5. The Delaware General Corporation Law, DGCL <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml#TopOfPage>
6. EC: Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board; OJ L 52, 25.02.2005., str. 51-63.
7. Commission Recommendation 2004/913/EC of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29. 12. 2004., str. 55-59.

Internet stranice

1. Izboru odluka VTSRH, br. 12 iz 2006. godine dostupno na http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA_121.pdf
2. www.nn.hr

Summary

A BUSINESS JUDGMENT RULE IN CROATIAN AND AMERICAN LAW

The article presents an overview on business judgment rules in Croatian legislation comparing it with business judgment legal standards (“business judgment rule”) in American law. The business judgment legal standard has entered in Croatian legal system with the Amendments on Companies Act (hereinafter CA) as a supplement of the already existing legal standard of care of a good merchant which can be compared with American legal standard of “duty of care”. Introduction of business judgment rules has created a possibility for members of the management and supervisory board, that is management committee, to be released from responsibility for their business decisions if they reasonably assumed according to proper information, while making decisions in question, to act in the interest of the company in case of not acting against the obligation to manage company business in a certain way.

Key words: *business judgment rule, care of a good merchant, due care, competition ban, Company Law.*

Zusammenfassung

REGELN DER GESCHÄFTSBEURTEILUNG IM KROATISCHEN UND AMERIKANISCHEN RECHT

In der Arbeit wird ein Überblick über die Regeln der Geschäftsbeurteilung in der kroatischen Rechtsprechung gegeben, welche mit dem Rechtsstandard der Geschäftsbeurteilung (“business judgment rule”) des amerikanischen Rechts verglichen werden. Der Rechtsstandard der Geschäftsbeurteilung wird in die kroatische Gesetzgebung mit den Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes zu Handelsgesellschaften (im weiteren Text : ZTD) eingeführt neben dem schon bestehenden Rechtsstandard der Aufmerksamkeit eines guten Wirtschaftlers. Der Rechtsstandard Sorgfalt kann mit der “duty of care” im amerikanischen Recht verglichen werden. Durch die Einführung der Regeln der Geschäftsbeurteilung wird den Mitgliedern der Verwaltung und des Aufsichtsrats bzw. des Verwaltungsrats die Möglichkeit gegeben, sich von der Verantwortung für Geschäftsentscheidungen, die sie fällen, zu befreien, wenn sie vor deren Verabschiedung auf Grund angemessener Informationen der Ansicht waren, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und wenn sie dabei nicht im Gegensatz zu ihrer Pflicht der Geschäftsführung der Gesellschaft vorgegangen sind.

Schlüsselwörter: *Geschäftsbeurteilung, Sorgfalt des guten Wirtschaftlers, Sorgfaltspflicht, Konkurrenzverbot, Gesellschaftsrecht.*

Sommario

LA C.D. REGOLA DEL “BUSINESS JUDGMENT” NEL DIRITTO CROATO E NEL DIRITTO AMERICANO

Nel lavoro si esamina la c.d. regola del “business judgment” nell’ordinamento croato, come pure si compara la stessa con lo standard normativo della “business judgment rule” del diritto americano.

Lo standard normativo della c.d. regola del “business judgment” è introdotto nell’ordinamento croato con la legge sulle modifiche e le integrazioni della legge sulle società di capitali (in avanti ZTD) accanto al già esistente standard giuridico di diligenza del buon imprenditore. Lo standard giuridico di diligenza può essere paragonato allo standard americano del “duty of care”. Con l’introduzione dello standard del “business judgement” viene data ai membri dell’amministrazione ed al comitato di vigilanza, ovvero del consiglio di amministrazione, la possibilità di liberarsi della responsabilità per le decisioni prese, qualora in tale occasione, sulla base di informazioni adeguate, potevano supporre ragionevolmente di

operare nell'interesse della società, sempre che non abbiano agito contrariamente all'obbligo relativo alle modalità di conduzione delle attività della società.

Parole chiave: *la c.d. regola del “business judgment”, diligenza del buon imprenditore, doverosa diligenza, divieto di concorrenza, diritto delle società di capitali.*

POLOŽAJ DEPOZITNE BANKE U ODNOSU NA DRUŠTVO ZA UPRAVLJANJE I INVESTICIJSKI FOND

Dr. sc. Dionis Jurić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.713
336.714
Ur.: 16. lipnja 2008.
Pr.: 30. listopada 2008.
Pregledni znanstveni članak

Depozitna banka ima zadatak skrbiti nad imovinom investicijskog fonda, vodi poseban račun za investicijski fond preko kojeg se obavljaju transakcije te vodi računa da imovina investicijskog fonda bude odijeljena od imovine društva za upravljanje i njezine vlastite imovine. Ona je, također ovlaštena nadzirati pravne radnje društva za upravljanje pri prodaji, izdavanju i otkupu udjela u investicijskim fondovima i izračunu neto vrijednosti pojedine dionice ili udjela. Depozitna banka ima ovlast izvršavati naloge društva za upravljanje u vezi sa transakcijama koje se odnose na imovinu investicijskog fonda, obavlja naplate prihoda u korist fonda i nadzire zakonitost upotrebe prihoda investicijskog fonda. Radi jačanja nadzorne uloge depozitne banke valjalo bi u hrvatski Zakon o investicijskim fondovima unijeti određene mehanizme zaštite ulagatelja u investicijske fondove iz usporednog prava.

Ključne riječi: *depozitna banka, društvo za upravljanje, investicijski fond, usporedno pravo.*

1. Uvod

Pravno uređenje poslovanja investicijskih fondova obilježava postojanje pravnih odnosa između tri različita pravna subjekta: investicijskog fonda, društva za upravljanje i depozitne banke. Investicijski fondovi se pojavljuju, ili u obliku zatvorenih investicijskih fondova (investicijska društva), koji predstavljaju posebna dionička društva, čiji je cilj prikupljanje kapitala i ulaganje u prenosive vrijednosne papire i druge likvidne financijske instrumente, ili u obliku otvorenih investicijskih fondova (uzajamni fondovi) koji predstavljaju zasebnu imovinu bez pravne osobnosti, a koja se opet ulaže u prenosive vrijednosne papire i druge likvidne financijske instrumente. Društvo za upravljanje investicijskim fondom predstavlja dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću čiji je

predmet poslovanja osnivanje i upravljanje investicijskim fondovima, ulaganje novčanih sredstava investicijskih fondova te obavljanje drugih poslova. Pravni odnos između društva za upravljanje i zatvorenog investicijskog fonda zasniva se sklapanjem ugovora o upravljanju između uprave društva za upravljanje i nadzornog odbora zatvorenog investicijskog fonda, pri čemu društvo za upravljanje stječe položaj zastupnika zatvorenog investicijskog fonda. S druge strane, pravni odnos društva za upravljanje i otvorenog investicijskog fonda temelji se na ovlasti društva za upravljanje da osnuje otvoreni investicijski fond uz prethodno odobrenje nadzornog tijela te donošenje statuta (pravila upravljanja) otvorenog investicijskog fonda i sklapanje ugovora o poslovima depozitne banke (odnosno ugovor o pohrani imovine otvorenog investicijskog fonda) s depozitnom bankom, pri čemu društvo za upravljanje stječe položaj komisionara imatelja udjela u otvorenom investicijskom fondu. Konačno, depozitna banka je banka koja za potrebe investicijskog fonda obavlja poslove pohrane zasebne imovine fonda, poslove vođenja posebnih računa za imovinu fonda i odjeljivanja imovine svakog pojedinog fonda od imovine ostalih fondova te ostale poslove. Pravni odnos između depozitne banke i društva za upravljanje, a time posredno i investicijskog fonda zasniva se sklapanjem ugovora o poslovima depozitne banke uz prethodno odobrenje nadzornog tijela. Pritom depozitna banka mora biti neovisna i nepristrana u odnosu na društvo za upravljanje te voditi računa o zaštiti interesa imatelja udjela u otvorenim investicijskim fondovima, odnosno dioničara u zatvorenim investicijskim fondovima. Temeljni zadatak depozitne banke je očuvanje imovine investicijskog fonda te nadzor nad zakonitošću pravnih radnji koje poduzima društvo za upravljanje za račun investicijskog fonda. Nadzorna je uloga depozitne banke naglašena u različitoj mjeri u propisima pojedinih država.¹ To otvara pitanje odgovornosti depozitne banke prema ulagateljima u investicijske fondove u slučaju njezinih propusta u obavljanju nadzora.

2. Depozitna banka

2.1. Pojam depozitne banke

Hrvatski Zakon o investicijskim fondovima (ZIF) (NN 150/05.) u čl. 49. određuje depozitnu banku kao banku koja za potrebe investicijskog fonda

¹ Tako je nadzorna uloga depozitne banke osobito naglašena u talijanskom pravu u kojem ona ne samo da obavlja skrbničke poslove, već i provodi transakcije po nalogu društva za upravljanje te nadzire zakonitost postupanja društva za upravljanje. Vidi u Lener, Raffaele, Corporate Governance Rules for Investment Funds in Italy, *European Business Organization Law Review*, 6 (2005), str. 272-274. S druge strane, Direktiva Vijeća ministara EU o usklađivanju zakona i drugih propisa o poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire koja je usvojena 20. prosinca 1985. godine, vrlo oskudno regulira pitanje obveza depozitne banke, njihove dužne pozornosti i odgovornosti u obnašanju svojih zadataka te uvjeta koje mora ispunjavati banka da bi obavljala poslove depozitne banke u odnosu na društvo za upravljanje i investicijski fond. Vidi u Rouch, David, Smith, Katherine, *The UCITS Directive And The Single European Funds Market: A Case Review*, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 20 (6)(2005), str. 259.

obavlja poslove pohrane posebne imovine fonda, poslove vođenja posebnih računa za imovinu fonda i odjeljivanja imovine svakog pojedinog fonda od imovine ostalih fondova te obavlja druge poslove depozitne banke. Pritom, zakonodavac zahtijeva da depozitna banka investicijskog fonda, koji je registriran u Republici Hrvatskoj, mora biti banka sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koja je dobila odobrenje Hrvatske narodne banke (HNB) za obavljanje poslova depozitne banke.² Tako i Pravilnik o poslovima depozitne banke (NN 26/08.), koji je donijela HANFA, sukladno čl. 53. st. 2. ZIF-a, određuje da poslove depozitne banke može obavljati samo banka koja ima sjedište u Republici Hrvatskoj na temelju odobrenja HNB-a i koja je organizacijski i tehnički osposobljena za obavljanje tih poslova (čl. 1. st. 2. Pravilnika). Na taj način se želi osigurati nadzor domaćih regulatornih tijela nad radom depozitnih banaka domaćih investicijskih fondova. Ipak, Zakon o bankama omogućava da na hrvatskom tržištu financijskih usluga djeluju i banke sa sjedištem u državama članicama Europske unije ili u drugim stranim državama, uz uvjet osnivanja podružnice u Republici Hrvatskoj.³ To otvara mogućnost da se kao depozitna banka pojavi i inozemna banka koja te poslove obavlja za inozemni investicijski fond koji nudi svoje udjele na hrvatskom tržištu kapitala javnom ponudom (čl. 37. i 38. ZIF).⁴ S druge strane, nadzorna funkcija nad radom depozitne banke

² Zakon o bankama (NN 84/02., 141/06.) u čl. 2. st. 1. određuje da je banka financijska institucija koja je od HNB-a dobila odobrenje za rad i koja je osnovana kao dioničko društvo sa sjedištem u Republici Hrvatskoj. Banke mogu pružati bankovne usluge koje čine primanje novčanih depozita i odobravanje kredita i drugih plasmana iz tih sredstava u svoje ime i za svoj račun, kao i izdavanje sredstava plaćanja u obliku elektronskog novca (čl. 3. ZB), kao i ostale financijske usluge uz odobrenje HNB-a, uključujući i usluge vezane uz vrijednosne papire sukladno Zakonu o tržištu vrijednosnih papira, poslove upravljanja mirovinskim ili investicijskim fondovima sukladno Zakonu o mirovinskim fondovima i Zakonu o investicijskim fondovima te poslove savjetovanja u pogledu strukture kapitala, poslovne strategije i sličnih pitanja, kao i pružanje usluga koje se odnose na stjecanje dionica i poslovnih udjela u drugim društvima i druga značajna ulaganja (čl. 6. ZB).

³ Zakon o bankama u čl. 47., određuje da banka koja je ovlaštena pružati bankovne i ostale financijske usluge u državi članici Europske unije može pružati te usluge preko podružnice ili izravno na području Republike Hrvatske. Pritom je dovoljno da nadležno nadzorno tijelo države članice Europske unije u kojoj banka ima sjedište pošalje obavijest Hrvatskoj narodnoj banci s propisanim sadržajem, pa da banka otpočne s poslovanjem preko podružnice nakon isteka roka od 2 mjeseca koji počinje od dana kada Hrvatska narodna banka primi navedenu obavijest (čl. 48. st. 1. ZB). Kada se radi o poslovanju strane banke na području Republike Hrvatske ona mora osnovati podružnicu u Republici Hrvatskoj uz prethodno pribavljanje odobrenja Hrvatske narodne banke (čl. 51. i 52. ZB).

⁴ Pritom hrvatski ZIF uređuje samo poslovanje investicijskih fondova s javnom ponudom i društava za upravljanje koji imaju sjedište u državama članicama EU na području Republike Hrvatske (čl. 37.-43. ZIF). Za poslovanje investicijskih fondova s javnom ponudom traži se podnošenje zakonom određenih dokaza na uvid HANFI, a kada se radi o poslovanju društava za upravljanje ona moraju osnovati podružnicu u Republici Hrvatskoj, ako žele trajno obavljati svoju djelatnost u Republici Hrvatskoj. O svojoj namjeri osnivanja podružnica, društva za upravljanje obavještavaju svoja nacionalna nadzorna tijela, koja potom o tomu izvješćuju HANFU. Investicijski fond s javnom ponudom, odnosno podružnica društva za upravljanje sa sjedištem u

ostaje podijeljena između Hrvatske narodne banke i Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga (HANFA).⁵

U slovenskom pravu, Zakon o investicijskim fondovima i društvima za upravljanje (ZISDU)⁶ u čl. 4. st. 4. određuje da skrbnik imovine investicijskog fonda može biti skrbnička banka sa sjedištem u Republici Sloveniji ili podružnica banke države članice EU, osnovana u Republici Sloveniji u skladu sa Zakonom o bankarstvu, koja je dobila odobrenje Banke Slovenije za obavljanje skrbničkih poslova ili podružnica strane banke koja je osnovana u Republici Sloveniji sukladno Zakonu o bankarstvu i koja je dobila odobrenje Banke Slovenije za obavljanje skrbničkih poslova.⁷ Na taj način je u slovenskoj

državi članici EU mogu otpočeti poslovati u Republici Hrvatskoj u roku od 2 mjeseca od primitka obavijesti s propisanim prilogima.

⁵ U talijanskom pravu su prisutni prijedlozi o uvođenju jedinstvenog regulatornog tijela koje bi nadziralo rad društava za upravljanje investicijskih fondova, umjesto dosadašnjeg nadzora Banke Italije u segmentu ograničenja rizika i financijske stabilnosti društava za upravljanje i nadzora Consob-a (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*) u segmentu preglednog i primjerenog postupanja društava za upravljanje prema investicijskim fondovima. Vidi u Lener, R., op. cit., str. 271. i 272. U hrvatskom pravu nadzor nad zakonitošću i pravilnošću poslovanja banke i njezine sposobnosti upravljanja rizicima u poslovanju obavlja HNB s kojom u tomu sudjeluje i HANFA (čl. 115., ZB).

⁶ Zakon o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (ZISDU) (Uradni list RS, št. 110/02, 32/04, 42/04, 68/05, 114/06, 92/07, 109/07).

⁷ Za obavljanje skrbničkih poslova banka skrbnica mora ispunjavati uvjete određene u Zakonu o bankarstvu. Odobrenje za obavljanje skrbničkih poslova banki skrbnici izdaje Banka Slovenije uz prethodno mišljenje Agencije za tržište vrijednosnih papira (*Agencija za trg vrednostnih papirjev*) (čl. 55. ZISDU). Banka ima obvezu pribaviti posebnu suglasnost za obavljanje skrbničkih poslova prije upisa svojeg osnivanja u sudski registar. Uz zahtjev za izdavanje odobrenja, mora priložiti poslovni plan banke za prve tri godine poslovanja koji mora sadržavati opis poslova koje će obavljati banka i opis sustava upravljanja rizicima. Banka Slovenije će izdati banci skrbnici odobrenje za obavljanje skrbničkih poslova ako je planirani sustav upravljanja rizicima primjeren i prikladan. U slučaju ako planirani sustav upravljanja rizicima nije primjeren ili prikladan, Banka Slovenije može ograničiti odobrenje za obavljanje bankarskih poslova na određene vrste ili opseg poslova, odnosno može vezati odobrenje za druge uvjete. U odluci Banke Slovenije o davanju odobrenja potrebno je izričito navesti poslove za koje se daje odobrenje (čl. 88. ZBan-1). Do prestanka valjanosti odobrenja za obavljanje skrbničkih poslova može doći: 1. ako banka ne otpočne s poslovanjem u roku od 1 godine od izdavanja odobrenja, 2. ako banka prestane s obavljanjem skrbničkih poslova u razdoblju dužem od 6 mjeseci ili 3. s izdavanjem odluke Banke Slovenije o nastanku razloga za otpočinjanje stečajnog postupka ili početku prisilne likvidacije banke. Konačno, u slučaju prestanka valjanosti odobrenja za obavljanje bankarskih poslova, banci prestaje i odobrenje za obavljanje skrbničkih poslova. U tom slučaju, Banka Slovenije mora donijeti odluku o prestanku valjanosti odobrenja za obavljanje skrbničkih poslova (čl. 87. ZBan-1 u vezi s čl. 55. st. 5. ZISDU). Zakon o bankarstvu u čl. 97. određuje da banka, koja je ovlaštena pružati bankovne i ostale financijske usluge u državi članici Europske unije, može pružati te usluge preko podružnice ili izravno na području Republike Slovenije. Pritom je dovoljno da nadležno nadzorno tijelo države članice Europske unije u kojoj banka ima sjedište pošalje obavijest Banci Slovenije s propisanim sadržajem, pa da banka otpočne s poslovanjem preko podružnice nakon isteka roka od 2 mjeseca od dana kada Banka Slovenije primi navedenu obavijest. Kada se radi o poslovanju strane banke na području Republike Slovenije ona mora osnovati podružnicu u Republici Sloveniji uz prethodno odobrenje Banke Slovenije (čl. 102. ZBan-1).

poslovnoj praksi omogućeno poslovanje inozemnih investicijskih fondova u Republici Sloveniji, o čijoj imovini skrbe inozemne skrbničke banke, a koje su prethodno dobile odobrenje Banke Slovenije za obavljanje skrbničkih poslova, čime je liberalizirano tržište financijskih usluga sukladno Direktivi o PZIPVP. Nadzor nad skrbnikom obavlja Agencija za tržište vrijednosnih papira zajedno s Bankom Slovenije (čl. 56. ZISDU). U njemačkom pravu § 2 st. 7. Zakon o investicijama (InvG)⁸ određuje pojam depozitne banke (njem. *Depotbanken*) kao poduzeća koje skrbi i nadzire imovinu investicijskih fondova. U tu svrhu, društvo za upravljanje povjerava depozitnoj banci na skrb imovinu investicijskog fonda, kao i obavljanje ostalih poslova depozitne banke (§ 20 st. 1. InvG). Depozitna banka može biti domaća banka koja ima registrirano sjedište u SR Njemačkoj, banka sa sjedištem u državi članici EU, uz uvjet da je osnovala podružnicu u SR Njemačkoj, odnosno strana banka koja je osnovala podružnicu u SR Njemačkoj te mora imati odobrenje Savezne agencije za nadzor financijskih usluga (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsichting*) za obavljanje poslova prikupljanja depozita i skrbničkih poslova (§ 20 st. 1. i 2. InvG).⁹ Direktiva o PZIPVP¹⁰ u čl. 1.a t. 1. određuje depozitara (engl. *depository*) kao instituciju kojoj je povjerena na čuvanje imovina investicijskog fonda te obavljanje drugih poslova depozitara. Depozitar mora imati registrirano sjedište, ili u istoj državi članici, kao i društvo za upravljanje investicijskim fondom, odnosno investicijsko društvo,¹¹ ili mora biti osnovano u toj državi članici, ako ima registrirano sjedište u drugoj državi članici (čl. 8. i 15. Direktive o PZIPVP).¹² Ipak, depozitarima se ne omogućuje prekogranično obavljanje

⁸ Investmentgesetz (InvG)(Investmentgesetz vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 5. Januar 2007 (BGBl. I S. 10)).

⁹ Odobrenje za trgovačko obavljanje bankarskih poslova i pružanje financijskih usluga u SR Njemačkoj daje u pisanom obliku Savezna agencija za nadzor financijskih usluga (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsichting*) (§ 32 st. 1. Kreditwesengesetz (KWG)). Ako depozitna banka ima sjedište u nekoj drugoj državi članici EU ili u državi koja je stranka ugovornica Ugovora o Europskom ekonomskom prostoru, dovoljno je da nadležno nacionalno nadzorno tijelo obavijesti Saveznu agenciju za nadzor financijskih usluga da depozitna banka ispunjava uvjete za obavljanje bankarskih poslova u državi u kojoj ima sjedište te da osnuje podružnicu u SR Njemačkoj (§ 53b KWG). Ako se radi o depozitnoj banci sa sjedištem u državi koja nije članica EU ili stranka ugovornica Ugovora o EEP, ona mora osnovati podružnicu u SR Njemačkoj i pribaviti odobrenje Savezne agencije za nadzor financijskih usluga, uz ispunjenje uvjeta uzajamnosti (§ 53 KWG). Depozitna banka mora imati minimalni temeljni kapital u iznosu od najmanje 5.000.000,00 EUR, osim ako se kao depozitna banka pojavljuje središnja klirinška i depozitarna banka za vrijednosne papire (*Wertpapiersammelbank*) (§ 20 st. 6. InvG). Nadzor nad radom depozitne banke obavlja Savezna agencija za nadzor financijskih usluga, zajedno s Njemačkom saveznom bankom (*Deutsche Bundesbank*) (§ 21 InvG).

¹⁰ Council Directive of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS)(85/611/EEC) (OJ L 375, 31.12.1985., p. 3).

¹¹ Pod investicijskim društvom se u Direktivi o PZIPVP podrazumijeva zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom.

¹² Depozitar mora biti institucija koja je podređena javnom nadzoru te treba pružiti odgovarajuća financijska i profesionalna jamstva da je sposoban učinkovito obavljati poslove depozitara i

djelatnosti u Europskoj uniji bez pribavljanja dodatnih odobrenja nacionalnih regulatornih tijela država članica, kao što je to slučaj s društvima za upravljanje.¹³

2.2. Pravni odnos depozitne banke s društvom za upravljanje i investicijskim fondom

Pravni odnos između depozitne banke i društva za upravljanje, a posredno i investicijskog fonda,¹⁴ zasniva se sklapanjem ugovora o poslovima depozitne banke, uz prethodno pribavljanje suglasnosti HANFE. I svaka naknadna promjena depozitne banke nekom drugom depozitnom bankom zahtijeva odobrenje HANFE (čl. 56. ZIF). Odluku o promjeni depozitne banke donosi društvo za upravljanje otvorenim investicijskim fondom, odnosno nadzorni odbor zatvorenog investicijskog fonda.¹⁵ U tom slučaju, dotadašnja depozitna banka mora u pisanom obliku i u roku od 3 dana od primitka zahtjeva obavijestiti HANFU da prema svim njezinim saznanjima ne postoje nikakve nerazriješene povrede zakona ili propisa (čl. 58. ZIF). Na taj način se žele spriječiti eventualni naknadni sudski sporovi između društva za upravljanje i investicijskog fonda, odnosno želi se osigurati odgovarajuća nadzorna funkcija dotadašnje depozitne banke i prijenos njezinih ovlasti i deponirane imovine investicijskog fonda na novu depozitnu banku. Pravilnik o poslovima depozitne banke određuje u čl. 2. da društvo za upravljanje mora sklopiti ugovor o obavljanju poslova depozitne

ispunjavati obveze koje uključuje ta funkcija. Države članice same određuju koje institucije ispunjavaju navedene uvjete za depozitara.

¹³ Izmjenama i dopunama Direktive o PZIPVP iz 2001. godine, omogućeno je društvima za upravljanje investicijskim fondovima da prekogranično obavljaju svoju djelatnost u državama članicama Europske unije bez potrebe traženja dodatnih odobrenja za obavljanje tih djelatnosti. S druge strane, činjenica da nije izmijenjena odredba čl. 3. i 4. Direktive o PZIPVP onemogućava investicijskom fondu da odredi za društvo za upravljanje, društvo koje ima sjedište u državi članici, koja je različita od države članice u kojoj sjedište ima investicijski fond. Direktiva o PZIPVP u čl. 8. i 15., također određuje da depozitar mora imati registrirano sjedište u istoj državi članici u kojoj svoje sjedište ima i društvo za upravljanje ili mora osnovati podružnicu u toj državi članici, ako ima registrirano sjedište u nekoj drugoj državi članici. Vidi u Rouch, D., Smith, K., op. cit., str. 256. i 259.

¹⁴ Društvo za upravljanje u svojstvu komisionara, dakle u svoje ime, a za račun imatelja udjela otvorenog investicijskog fonda, sklapa taj ugovor, odnosno u svojstvu zastupnika po zakonu, dakle u ime i za račun zatvorenog investicijskog fonda. Vidi u Jurić, Dionis, Društva za upravljanje investicijskim fondovima i njihove statusne posebnosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1 (2008), str. 154-157.

¹⁵ Na ovaj način, ZIF pravi razliku između prvog sklapanja ugovora o poslovima depozitne banke koji se sklapa između društva za upravljanje i depozitne banke te naknadnih promjena depozitne banke i sklapanja novih ugovora o poslovima depozitne banke, kada se ugovor sklapa između nove depozitne banke i društva za upravljanje otvorenim investicijskim fondom, odnosno nove depozitne banke i nadzornog odbora zatvorenog investicijskog fonda. Pri tim naknadnim promjenama se kroz sudjelovanje nadzornog odbora zatvorenog investicijskog fonda želi osigurati adekvatna zaštita dioničara zatvorenog investicijskog fonda i njihov nadzor nad promjenom depozitne banke.

banke nad imovinom investicijskih fondova za svaki pojedinačni investicijski fond kojim upravlja. Pisani originalni primjerak ugovora društvo za upravljanje dostavlja HANFI, koja provjerava jesu li ispunjeni svi organizacijski i tehnički uvjeti za obavljanje poslova depozitne banke. Na temelju utvrđenih činjenica, HANFA u postupku odobravanja prospekta investicijskog fonda ocjenjuje ispunjava li banka sve propisane uvjete za obavljanje poslova depozitne banke.

Zakon o investicijskim fondovima u članku 57., detaljno uređuje postupak prestanka ugovora o poslovima depozitne banke na inicijativu same depozitne banke. Depozitna banka, koja želi prestati s obavljanjem djelatnosti depozitne banke ili raskinuti ugovor o poslovima depozitne banke određenog fonda ili fondova obvezna je najmanje 60 dana prije prestanka obavljanja djelatnosti, odnosno raskida ugovora uputiti pisanu obavijest o svojoj namjeri HANFI, nadzornom odboru svakog zatvorenog investicijskog fonda ili društvu za upravljanje otvorenog investicijskog fonda za koje obavlja poslove depozitne banke. Nadalje, u slučaju da društvo za upravljanje otvorenog investicijskog fonda, odnosno nadzorni odbor zatvorenog investicijskog fonda ne zaključe novi ugovor o poslovima depozitne banke s drugom depozitnom bankom u roku od 60 dana, od dana primitka obavijesti o namjeri raskida ugovora o poslovima depozitne banke, depozitna je banka dužna, ako je u mogućnosti, nastaviti s pružanjem depozitnih usluga u daljnjem roku od 30 dana. U slučaju da depozitna banka prestane poslovati u svojstvu depozitne banke, ili ako u roku od 60 dana, odnosno u dodatnom roku od 30 dana ne bude zaključen ugovor s drugom depozitnom bankom, investicijski fondovi za koje je obavljala poslove depozitne banke moraju biti likvidirani. Na taj način je propisan raskidni rok kojim se želi osigurati pravodobno obavještanje HANFE i investicijskih fondova o namjeri raskida ugovora o poslovima depozitne banke, kako bi se pripremilo sklapanje novog ugovora s drugom depozitnom bankom. Nadalje se dotadašnjoj depozitnoj banci propisuje prijelazni rok unutar kojeg mora nastaviti s obavljanjem poslova depozitne banke, ako se za vrijeme raskidnog roka ne sklopi novi ugovor s drugom depozitnom bankom. Konačno, ako depozitna banka prestane poslovati u svojstvu depozitne banke ili ne dođe do sklapanja novog ugovora o poslovima depozitne banke tijekom trajanja raskidnog roka, odnosno ni tijekom naknadnog roka u kojem dotadašnja depozitna banka privremeno obavlja poslove depozitne banke, dolazi do likvidacije investicijskog fonda. Na taj način se želi dosljedno provesti načelo odvojenosti imovine investicijskog fonda od imovine društva za upravljanje.¹⁶

U slučaju raskida ugovora o poslovima depozitne banke, depozitna banka je obvezna svu imovinu investicijskih fondova koju ima u pohrani prenijeti na pohranu depozitnoj banci s kojom društvo za upravljanje, odnosno nadzorni

¹⁶ Ovi bi se rokovi trebali primijeniti i u slučaju ako odluku o promjeni depozitne banke donosi društvo za upravljanje otvorenim investicijskim fondom, odnosno nadzorni odbor zatvorenog investicijskog fonda, kako bi im se omogućilo sklapanje novog ugovora o poslovima depozitne banke s drugom depozitnom bankom.

odbor zaključuje novi ugovor o poslovima depozitne banke, pri čemu mora predati i knjige računa, evidenciju i sve druge dokumente i materijale bitne za poslovanje fondova za koje je do tada obavljala poslove depozitne banke i to bilo u pisanom ili elektroničkom obliku, ovisno o načinu vođenja naznačenih podataka (čl. 59. ZIF).

U slovenskom pravu, društvo za upravljanje mora za račun investicijskog fonda, kojim upravlja, sklopiti ugovor o obavljanju skrbničkih poslova sa skrbnikom (čl. 53. st. 1. ZISDU).¹⁷ Za sklapanje ugovora o obavljanju skrbničkih poslova, kao i za njegovu izmjenu, društvo za upravljanje mora pribaviti prethodno odobrenje Agencije za tržište vrijednosnih papira (čl. 59. st. 1. i 5. ZISDU).¹⁸ Njemački InvG u § 20 st. 1. određuje da se pri izboru ili promjeni depozitne banke s kojom se sklapa ugovor o obavljanju poslova depozitne banke mora pribaviti prethodno odobrenje Savezne agencije za nadzor financijskih usluga.¹⁹

2.3. Poslovanje depozitne banke

Temeljno obilježje poslovanja depozitne banke odvojenost je poslova pohrane i drugih poslova koje obavlja depozitna banka od poslova upravljanja imovinom investicijskog fonda koje obavlja društvo za upravljanje, kao i odvojenost imovine same depozitne banke i imovine investicijskog fonda koja joj je povjerena na čuvanje. Na taj način se žele očuvati interesi imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova, kao i nepristranost depozitne banke u ostvarenju njezinih poslova. U tu svrhu čl. 51. ZIF-a, određuje da poslovi koje obavlja depozitna banka moraju biti organizacijski odvojeni od poslova koje obavlja društvo za upravljanje. Pravilnikom o poslovima depozitne banke (NN 26/08.) uređuju se uvjeti i način obavljanja poslova pohrane i odjeljivanja zasebne imovine svakog investicijskog fonda, kao i poslovi vođenja posebnih računa za imovinu fonda (čl. 1. st. 1. Pravilnika).²⁰ Investicijski fondovi koji su

¹⁷ Jedan investicijski fond može imati samo jednog skrbnika svoje imovine.

¹⁸ Zahtjevu za davanje odobrenja za sklapanje ugovora o obavljanju skrbničkih poslova mora se priložiti tekst ugovora, odobrenje Banke Slovenije za obavljanje skrbničkih poslova banki skrbnici te dokaz da je sjedište skrbnika ili da je skrbnik osnovan (podružnica) u istoj državi kao i sjedište društva za upravljanje, koje upravlja investicijskim fondom, a za koji će skrbnik obavljati skrbničke poslove. Ako društvo za upravljanje dostavi navedene priloge koji su dokaz da su ispunjeni uvjeti za sklapanje ugovora o obavljanju skrbničkih poslova, Agencija za tržište vrijednosnih papira će izdati odobrenje. Ako je društvo za upravljanje podnijelo zahtjev za izdavanje odobrenja za upravljanje uzajamnim fondom ili investicijskim društvom, onda se postupci za izdavanje odobrenja za upravljanje investicijskim fondom i za izdavanje odobrenja za sklapanje ugovora o obavljanju skrbničkih poslova združuju (čl. 59. st. 2.-4. ZISDU).

¹⁹ Savezna agencija za nadzor financijskih usluga može u svako doba zahtijevati od društva za upravljanje promjenu depozitne banke, a osobito ako depozitna banka ne ispunjava uredno svoje zakonske i ugovorne obveze ili joj se smanji minimalni temeljni kapital ispod iznosa od 5.000.000,00 EUR (§ 20. st. 2. InvG).

²⁰ Pravilnik u čl. 3. st. 1. i 2. određuje da su uvjeti za obavljanje poslova depozitne banke: 1. banka mora imati pozitivno mišljenje o reviziji financijskih izvješća za posljednje 3 godine; 2.

osnovani sukladno odredbama ZIF-a i koji posluju u Republici Hrvatskoj moraju imati depozitnu banku (čl. 50. st. 1. ZIF), pri čemu to može biti samo banka sa sjedištem u Republici Hrvatskoj (čl. 49. st. 2. ZIF).²¹ Kogentne odredbe ZIF-a, koje uređuju obveze investicijskih fondova i društava za upravljanje u vezi s korištenjem poslova depozitne banke primjenjuju se i na inozemne investicijske fondove i društva za upravljanje (čl. 50. st. 2. ZIF).

Imovina investicijskog fonda, uključujući vrijednosne papire, bankovne račune i drugu imovinu, depozitna banka mora čuvati i voditi na zasebnom računu za svaki pojedini fond za koji obavlja poslove depozitne banke (čl. 51. st. 2. ZIF). Ta imovina ne smije biti korištena, bilo neposredno ili posredno, za obavljanje transakcija za račun depozitne banke, odnosno za ostvarivanje koristi za samu depozitnu banku ili njezine radnike, ili u koju drugu svrhu, osim u korist dioničara ili imatelja udjela investicijskog fonda (čl. 51. st. 3. ZIF). Imovina investicijskih fondova odvojena je od imovine depozitne banke i u slučaju otvaranja postupka likvidacije ili stečaja nad depozitnom bankom, nad tom se imovinom ne može provesti ovrha radi namirenja tražbina prema depozitnoj banci (čl. 51. st. 4. ZIF).²² Na to se nadovezuje obveza depozitne banke da djeluje isključivo u interesu ulagatelja u investicijske fondove za koje obavlja poslove depozitne banke (čl. 52. ZIF).

U slovenskom pravu čl. 60. ZISDU, propisuje obvezu društva za upravljanje i skrbnika investicijskog fonda osigurati odjeljivanje imovine određenog investicijskog fonda od imovine drugih investicijskih fondova s kojima su sklopili odgovarajuće ugovore, od vlastite imovine te imovine dobro upućenih ulagatelja. Nadalje, društvo za upravljanje i skrbnik moraju s klirinško-depozitnim društvom

u tekućem poslovanju banka mora zadovoljavati uvjete propisane Zakonom o bankama i drugim aktima HNB-a; 3. mora imati posebnu organizacijsku jedinicu koja je tehnički osposobljena za poslove depozitne banke. Pod tehničkom osposobljenošću posebne organizacijske jedinice za obavljanje poslova depozitne banke posebice se smatra: 1. odgovarajuća računalna oprema; 2. programska podrška za obavljanje poslova depozitne banke; 3. uspostavljene komunikacijske veze za primanje uputa i opću komunikaciju s klijentima SWIFT-om, telefaksom, telefonom i internetom; 4. pisani postupci i procedure za primanje uputa klijenata za raspolaganje vrijednosnim papirima i novčanim sredstvima; 5. doneseni opći akti depozitne banke u poslovanju s društvom za upravljanje koji su u skladu s poslovima iz ugovora o obavljanju poslova depozitne banke; 6. izravno članstvo u sustavu Središnje depozitarne agencije s računalnim terminalom povezanim sa sustavom Središnje depozitarne agencije; 7. povezanost depozitne banke s jednom od međunarodnih depozitarnih institucija; 8. ugovorena poslovna suradnja s jednom od globalnih depozitnih banaka; 9. povezanost depozitne banke s globalnim informacijskim mrežama koje pružaju financijske informacije u realnom vremenu. U čl. 4. Pravilnika određuje se da depozitna banka može dio svojih poslova povjeriti nekom drugom pravnom subjektu u inozemstvu samo za obavljanje poslova depozitne banke nad imovinom investicijskih fondova koja je uložena u inozemne vrijednosne papire.

²¹ Kada se radi o poslovanju investicijskih fondova s javnom ponudom sa sjedištem u državama članicama EU, ona mogu poslovati preko podružnica svojih društava za upravljanje i podružnica svojih depozitnih banaka, koje su osnovane u Republici Hrvatskoj.

²² To znači da bi zatvoreni investicijski fond, odnosno članovi otvorenog investicijskog fonda bili izlučni vjerovnici u stečajnom postupku, pri čemu bi njihove interese zastupalo društvo za upravljanje.

sklopiti ugovor na temelju kojeg skrbnik postaje član klirinško-depozitnog društva i na temelju kojeg se otvara i vodi račun vrijednosnih papira pojedinog investicijskog fonda (čl. 61. st. 1. ZISDU).²³ Skrbnik mora za svaki investicijski fond za koji obavlja skrbničke poslove otvoriti poseban skrbnički (pod)račun, na kojem se odvojeno vode stanja vrijednosnih papira za taj pojedini investicijski fond (čl. 61. st. 4. ZISDU).²⁴ Za unos i izvršenje naloga u vezi s raspolaganjem s vrijednosnim papirima za račun pojedinog investicijskog fonda ovlašten je samo skrbnik koji ima ovlast obavljati skrbničke poslove za taj investicijski fond (čl. 61. st. 6. ZISDU).²⁵ Skrbnik mora čuvati vrijednosne papire pojedinog investicijskog fonda odvojeno od vrijednosnih papira drugog investicijskog fonda i drugih vrijednosnih papira koje čuva (čl. 61. st. 8. ZISDU). Društvo za upravljanje i skrbnik moraju postupati neovisno jedan o drugom te vodeći računa da osiguraju najveću korist za imatelje investicijskih kupona, odnosno imatelje dionica

²³ Ovaj ugovor nije potrebno sklopiti ako društvo za upravljanje ulaže sredstva pojedinog investicijskog fonda isključivo u vrijednosne papire ili financijske instrumente izdavatelja iz drugih država članica EU ili stranih izdavatelja ili u one nematerijalizirane vrijednosne papire koje je izdalo klirinško-depozitno društvo na temelju čl. 13. Zakona o kupovini vrijednosnih papira (čl. 61. st. 1. ZISDU). Ovim ugovorom se uređuju odnosi, prava i obveze između društva za upravljanje, skrbnika investicijskog fonda i klirinško-depozitnog društva, u vezi s otvaranjem računa vrijednosnih papira izdanih u nematerijaliziranom obliku s kojima se trguje ili ne trguje na organiziranom tržištu, za pojedini investicijski fond, u vezi s uvidom u stanje i promet s vrijednosnim papirima na tom računu, u vezi s unosom naloga za raspolaganje s vrijednosnim papirima na računima investicijskih fondova, novčanim podmirenjima kupoprodaja vrijednosnih papira za račun pojedinog investicijskog fonda i ostalo (čl. 61. st. 2. ZISDU). Društvo za upravljanje mora naloge za kupnju, ili prodaju vrijednosnih papira, ili financijskih instrumenata davati odvojeno za svaki pojedini investicijski fond kojim upravlja (čl. 61. st. 3. ZISDU).

²⁴ Društvo za upravljanje mora naloge za kupnju, ili prodaju vrijednosnih papira, ili financijskih instrumenata davati odvojeno za svaki pojedini investicijski fond kojim upravlja (čl. 61. st. 3. ZISDU). Ono ima pravo na neposredan uvid u stanja i promet s vrijednosnim papirima na računima investicijskih fondova kojima upravlja, a ne smije unositi naloge u vezi s raspolaganjem s vrijednosnim papirima na tim računima (čl. 61. st. 5. ZISDU). Društvo za upravljanje mora za račun investicijskih fondova kojima upravlja, predati vrijednosne papire koji su bili izdani u pisanom obliku i koji nisu u zbirnoj pohrani kod klirinško-depozitnog društva, u pohranu skrbniku (čl. 61. st. 7. ZISDU). Ono mora u vezi s ulaganjima investicijskog fonda u bankovne novčane depozite ili druga likvidna financijska ulaganja koja nisu vrijednosni papiri, sklopiti ugovor s bankom u svoje ime, a za račun uzajamnog fonda, odnosno u ime i za račun investicijskog društva (čl. 62. ZISDU). Društvo za upravljanje mora za svaki investicijski fond kojim upravlja otvoriti poseban novčani račun preko kojeg se obavljaju novčana plaćanja i primaju uplate u vezi s poslovima koje društvo za upravljanje sklapa za račun investicijskog fonda. Taj se račun otvara kod banke skrbnice, a na njega se vrše i uplate investicijskih kupona, isplate otkupljenih investicijskih kupona, kao i uplate dionica investicijskog društva pri njihovom izdavanju. Banka skrbnica ne smije izvršiti nalog društva za upravljanje za isplatu na teret posebnog novčanog računa ako je to protivno zakonu, pravilima upravljanja uzajamnog fonda, odnosno statutu investicijskog društva (čl. 63. ZISDU).

²⁵ Skrbnik može posebnim ugovorom prenijeti ovlast za unos i izvršenje naloga za raspolaganje vrijednosnim papirima kojima se trguje na organiziranim tržištima drugih država članica EU ili stranih država, kao i drugih vrijednosnih papira izdavatelja iz drugih država članica EU ili stranih izdavatelja, koji predstavljaju ulaganja pojedinog investicijskog fonda, na banku ili drugu financijsku instituciju s kojom je sklopio taj ugovor. Vidi čl. 61. a ZISDU.

investicijskog fonda. Skrbnik i društvo za upravljanje su ovlaštene zastupati investicijski fond u svim sudskim postupcima i drugim postupcima pred nadležnim državnim tijelima radi zaštite prava, imovine i ispunjenja obveza investicijskog fonda, kao i podnositi podneske i sklapati ugovore za investicijski fond. Pritom skrbnik nadzire pravne radnje društva za upravljanje pri zastupanju investicijskog fonda (čl. 58. ZISDU).²⁶ Skrbnik mora pri obavljanju skrbničkih poslova postupati sukladno Zakonu o investicijskim fondovima i društvima za upravljanje, Zakonu o bankarstvu, pravilima struke obavljanja skrbničkih poslova i pritom paziti na interese imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno imatelja dionica investicijskog društva (čl. 57. st. 1. ZISDU). Iz činjenice da je samo skrbnik ovlašten izvršavati naloge za ulaganja imovine investicijskog fonda koje mu daje društvo za upravljanje, kao i činjenice da je skrbnik nadređen društvu za upravljanje u zastupanju investicijskog fonda proizlazi nadzorna funkcija skrbnika nad radom društva za upravljanje.

U njemačkom pravu § 22 st. 1. InvG određuje da depozitna banka mora djelovati neovisno od društva za upravljanje u obavljanju svojih poslova isključivo u interesu ulagatelja. Ona mora ispunjavati naloge koje joj upućuje društvo za upravljanje, osim ako ti nalozi predstavljaju povredu zakonskih odredbi ili pravila postupanja investicijskog fonda.²⁷ Zastupnici depozitne banke (članovi uprave, prokuristi, trgovački punomoćnici) moraju imati potrebno iskustvo u obavljanju poslova depozitne banke, a sama depozitna banka mora biti spremna osigurati potrebne organizacijske uvjete za obavljanje poslova depozitne banke (§ 20 st. 5. InvG). Depozitna banka obavlja poslove izdavanja i otkupa investicijskih kupona fondova, skrbništva nad imovinom fondova, plaćanja i isporuka za račun investicijskih fondova, nadzora nad radom društva za upravljanje i investicijskog fonda i zastupanja investicijskog fonda u sudskim postupcima. Depozitna banka ima obvezu pohraniti vrijednosne papire i potvrde o ulaganjima koji pripadaju investicijskom fondu na poseban skrbnički račun koji se vodi kod središnje klirinško-depozitne banke (*Wertpapiersammelbank*) ili nekog drugog domaćeg skrbnika (§ 24 InvG).²⁸ Depozitna je banka ovlaštena podnositi tužbene zahtjeve u vlastito ime, a za račun ulagatelja protiv društva za

²⁶ Ako su postupovne radnje skrbnika i društva za upravljanje suprotstavljene u postupku pred državnim tijelom, vrijede one radnje koje su korisnije za investicijski fond. Društvo za upravljanje mora izvijestiti skrbnika bez odlaganja o otpočinjanju sudskih i drugih postupaka i njihovom tijeku. Ono ne smije raspolagati s tužbenim zahtjevom, sklopiti sudsku nagodbu ili povući pravno sredstvo bez suglasnosti skrbnika.

²⁷ Članovi uprave, prokuristi i trgovački punomoćnici koji su ovlaštene zastupati depozitarnu banku u obavljanju njezinih poslova ne smiju istodobno biti i radnici društva za upravljanje. To isto vrijedi i za zastupnike društva za upravljanje (§ 20 st. 2. InvG).

²⁸ Depozitna banka može povjeriti stranoj banci na skrb vrijednosne papire koji su uvršteni na stranu burzu ili strana organizirana tržišta, ili bilo koje druge vrijednosne papire stranih izdatelja. Sva novčana sredstva koja pripadaju investicijskom fondu vode se i čuvaju na posebnom bankovnom računu. Na temelju naloga društva za upravljanje depozitna banka je ovlaštena i obvezna obavljati novčane transakcije s računa koji je otvoren za investicijski fond u korist računa otvorenog kod druge kreditne institucije. Ulaganja u nekretnine, udjeli u trgovačkim društvima

upravljanje koje je povrijedilo zakonske odredbe ili pravila postupanja fonda, ako je društvo za upravljanje poduzelo određene poslove bez suglasnosti depozitne banke ili ulagati prigovore u ovršnom postupku koji se provodi nad imovinom investicijskog fonda (§ 28 InvG).²⁹ Direktiva o PZIPVP u čl. 7. i 14. određuju da imovina investicijskog fonda mora biti povjerena na skrb depozitaru.³⁰ Jedno trgovačko društvo ne može istodobno obnašati funkciju depozitara i društva za upravljanje. Društvo za upravljanje i depozitar moraju u obavljanju svojih poslova djelovati neovisno i isključivo u interesu imatelja udjela u investicijskom fondu (čl. 10. i 17. Direktive o PZIPVP).

2.3.1. Prava i obveze depozitne banke

Pored temeljne obveze depozitne banke da skrbi o imovini svakog pojedinog investicijskog fonda, vodi posebne račune za imovinu svakog pojedinog fonda te drži odvojenom imovinu pojedinog fonda od imovine ostalih fondova, depozitna banka obavlja i druge poslove za investicijske fondove. Tako u slučaju kada se radi o otvorenom investicijskom fondu, depozitna banka osigurava da se prodaja i otkup udjela za račun fonda obavljaju u skladu sa zakonom i pravilima fonda, ona otkupljuje i isplaćuje udjele, vrši isplate imateljima udjela otvorenog investicijskog fonda iz dobiti fonda te vodi računa da je izračun neto vrijednosti pojedine dionice ili udjela u fondu obavljen u skladu sa Zakonom o investicijskim fondovima, mjerodavnim propisima te prospektom i statutom fonda (čl. 53. st. 1. t. 1.-3. ZIF). Na taj način je depozitnoj banci povjeren nadzor nad radom društva za upravljanje prilikom prodaje i otkupa udjela u otvorenim investicijskim fondovima kojima upravlja društvo, kao i pri podjeli dobiti koja je ostvarena poslovanjem investicijskog fonda.³¹ Poslove prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima obavljaju društva za upravljanje (čl. 186. i 192. ZIF),³²

za promet nekretninama te druga imovina koja se ne može držati u skrbništvu kontinuirano se nadzire.

²⁹ Pored depozitne banke, tužbu protiv društva za upravljanje koje je nezakonito postupalo i time prouzročilo štetu ulagateljima, mogu podnijeti i sami ulagatelji u investicijski fond. S druge strane, društvo za upravljanje može u svoje ime, a za račun ulagatelja podnijeti tužbeni zahtjev protiv depozitne banke, a to pravo imaju i sami ulagatelji.

³⁰ Depozitar može povjeriti svu ili dio imovine investicijskog fonda koja mu je povjerena na pohranu trećoj osobi, no to nema utjecaja na njegovu odgovornost prema društvu za upravljanje i imateljima udjela, odnosno dioničarima investicijskog fonda (čl. 7. st. 2. i čl. 14. st. 2. Direktive o PZIPVP).

³¹ Ukoliko se radi o zatvorenom investicijskom fondu koji je osnovan u pravnom obliku dioničkog društva, odluku o upotrebi dobiti, pa tako i podjeli dividende donosi glavna skupština, a na prijedlog uprave zatvorenog investicijskog fonda koju čini uprava društva za upravljanje, koja je sklopila ugovor o upravljanju s nadzornim odborom zatvorenog investicijskog fonda (čl. 85. ZIF).

³² Prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom mogu pored društva za upravljanje obavljati i banke, osiguravajuća društva, brokerska društva i druge pravne osobe, koje su sklopile ugovor s društvom za upravljanje i imaju ovlaštenje za rad u Republici Hrvatskoj (čl. 186. st. 2. ZIF).

a nadzorna funkcija depozitne banke se očituje upravo pri izračunu neto vrijednosti pojedinih dionica ili udjela u fondovima (čl. 151. st. 2. ZIF).³³ Nadalje, depozitna banka izvršava naloge društva za upravljanje u vezi sa transakcijama s vrijednosnim papirima i drugom imovinom koja tvori portfelj fonda, pod uvjetom da nisu u suprotnosti sa ZIF-om, propisima HANFE, prospektom i/ili statutom fonda te osigurava da transakcije vrijednosnim papirima budu namirene, odnosno da dospjele novčane tražbine budu naplaćene u zakonskim ili ugovornim rokovima (čl. 53. st. 1. t. 4. ZIF). Na taj način depozitna banka neposredno sudjeluje s društvom za upravljanje u obavljanju transakcija koje su vezane uz imovinu investicijskog fonda.³⁴ Depozitna banka izvještava društvo za upravljanje o korporativnim akcijama vezanim za imovinu fonda koju drži u pohrani i izvršava njegove naloge koji iz toga proizlaze, naplaćuje sve prihode i druga prava dospjele u korist fonda, a koja proizlaze iz njegove imovine te osigurava korištenje prihoda fonda u skladu sa ZIF-om i prospektom i/ili statutom fonda te da su troškovi, koje plaća fond, u skladu s uvjetima iz prospekta i/ili statuta fonda, odredbama ZIF-a i drugih propisa (čl. 53. st. 1. t. 5.-7. ZIF).³⁵

³³ Društvo za upravljanje ima obvezu izračunavanja vrijednosti imovine zatvorenih i otvorenih investicijskih fondova te cijene udjela, odnosno dionica u investicijskom fondu (čl. 151. st. 1. ZIF). Depozitna banka nadzire i potvrđuje taj izračun vrijednosti te odgovara za njegovu točnost. Ona potpisuje i čuva jedan primjerak isprave o utvrđenoj vrijednosti imovine fonda te ga je dužna dati na uvid HANFI (čl. 151. st. 2. ZIF). Izračun vrijednosti imovine investicijskih fondova i cijene udjela i dionica fondova podliježe reviziji (čl. 151. st. 3. ZIF).

³⁴ Društvo za upravljanje je dužno kupovati imovinu za investicijske fondove isključivo u svoje ime i za račun otvorenog investicijskog fonda, odnosno imatelja udjela fonda kojim upravlja te u ime i za račun zatvorenoga investicijskog fonda, pohranjujući je u depozitnoj banci, a u skladu s postupkom predviđenim propisima HANFE, dostavljati depozitnoj banci preslike svih izvornih isprava vezanih uz transakcije imovinom investicijskih fondova i to neposredno po sastavljanju tih isprava ili njihovom primitku te evidencije transakcija s imovinom pojedinog fonda voditi odvojeno od svojih vlastitih računa, kao i od evidencija transakcija ostalih fondova te ih u pravilnim vremenskim razmacima usklađivati s računima depozitne banke (čl. 30. st. 1. t. 11.-13. ZIF). Društvo za upravljanje izdaje depozitnoj banci naloge za ostvarivanje prava povezanih s imovinom investicijskog fonda (čl. 30. st. 1. t. 26. ZIF).

³⁵ Depozitna banka obavlja i druge stručne ili upravne poslove koji su predviđeni ugovorom između društva za upravljanje ili nadzornog odbora i depozitne banke, vodi evidenciju poslovanja koje obavlja kao depozitna banka svakog pojedinog fonda i na redovnoj osnovi usklađuje s evidencijom društva za upravljanje, prijavljuje HANFI svako trajnije kršenje ZIF-a i ugovora od strane društva za upravljanje u slučaju da društvo za upravljanje odbije prihvatiti njen zahtjev za prestankom takvog kršenja te ima obvezu da revizorima i drugim osobama ovlaštenim za obavljanje uvida, uključujući HANFU, omogućuje pristup podacima i računima vezanim uz fond i njegovu imovinu (čl. 53. st. 1. t. 8-11. ZIF). Pravilnikom o poslovima depozitne banke u čl. 5. se propisuje da depozitna banka mora osigurati da otkup, prodaja, izdavanje, povrat isplata i poništavanje udjela koje je izvršeno za račun društva za upravljanje ili ga je izvršilo društvo za upravljanje, bude obavljeno u skladu sa ZIF-om i prospektima fondova kojima upravlja društvo za upravljanje, da joj naknada iz poslova koji uključuju imovinu društva za upravljanje bude doznačena u uobičajenim vremenskim rokovima te u slučaju primjećivanja trajnijeg kršenja zakona i ugovora od strane društva za upravljanje, mora odmah uputiti društvu za upravljanje zahtjev za prestankom takvog kršenja te odrediti vremenski rok društvu za upravljanje za ispravak kršenja ZIF-a i ugovora nakon

U slovenskom pravu su poslovi koje obavlja skrbnik na temelju ugovora o obavljanju skrbničkih poslova za račun investicijskih fondova određeni u čl. 53. st. 2. ZISDU. Tako skrbnik ima obvezu obavljati poslove vođenja računa nematerijaliziranih vrijednosnih papira i poslove pohrane vrijednosnih papira,³⁶ voditi poseban novčani račun koji otvara društvo za upravljanje za svaki pojedini investicijski fond kojim upravlja, kao i osigurati da se na teret tog računa obavljaju samo one isplate koje su na temelju ZISDU-a, pravila uzajamnog fonda ili statuta investicijskog društva dopuštene na teret imovine investicijskog fonda. Skrbnik mora osigurati da se obveze iz poslova koje je društvo za upravljanje sklopilo za račun investicijskog fonda ispune u poslovno uobičajenim rokovima, da se čista vrijednost sredstava investicijskog fonda izračunava u skladu sa ZISDU-om, podzakonskim aktima, pravilima upravljanja uzajamnog fonda ili statutom investicijskog društva, da se provizija na koju ima pravo društvo za upravljanje obračunava u skladu sa ZISDU-om, pravilima upravljanja uzajamnog fonda ili statutom investicijskog društva te obavlja druge poslove. Na ovaj način skrbnik nadzire poslovanje društva za upravljanje i njezino upravljanje s imovinom investicijskog fonda. Skrbnik za račun uzajamnog fonda osigurava da prodaja, izdavanje, otkup, isplata i privremena obustava ponovne kupnje ili otkupa jedinica imovine uzajamnog fonda ili investicijskih kupona teče sukladno ZISDU i pravilima upravljanja uzajamnog fonda, da se vrijednost jedinice imovine uzajamnog fonda izračunava u skladu sa ZISDU-om, podzakonskim aktima i pravilima upravljanja uzajamnog fonda, da se prihod uzajamnog fonda upotrijebi sukladno ZISDU, podzakonskim aktima, pravilima upravljanja i prospektu uzajamnog fonda, da se cjelokupni troškovi investicijskog fonda, izraženi u postotku od čiste vrijednosti sredstava investicijskog fonda, izračunavaju u skladu s metodologijom koju je odredila Agencija za tržište vrijednosnih papira te ispunjava upute društva za upravljanje, osim ako su u suprotnosti sa zakonima i pravilima upravljanja uzajamnog fonda (čl. 53. st. 3. ZISDU). Kada se radi o investicijskom društvu, skrbnik mora za račun tog društva osigurati da prva i daljnje prodaje i izdavanja dionica investicijskog društva teku sukladno ZISDU i statutu investicijskog društva, da otkup vlastitih dionica investicijskog društva teče sukladno ZISDU i statutu investicijskog društva te da se prihodi investicijskog društva upotrebljavaju u skladu sa ZISDU-om, podzakonskim aktima i statutom i prospektom investicijskog društva (čl. 53. st. 4. ZISDU). Kroz spomenute ovlasti, depozitna banka nadzire postupak utvrđivanja vrijednosti imovine uzajamnog fonda, kao i prodaju i otkup udjela u uzajamnom fondu, odnosno prodaju i izdavanje dionica investicijskog društva te financijske tijekomove u imovini uzajamnog fonda, odnosno investicijskog društva koji je u nadležnosti društva za

isteka kojeg će kršenje prijaviti HANFI, uzimajući u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja i to na način da društvo za upravljanje ima dovoljno vremena za ispravak nezakonitosti, a da istovremeno nezakonitost bude što brže otklonjena.

³⁶ U tu svrhu društvo za upravljanje i skrbnik moraju s klirinško-depozitnim društvom sklopiti ugovor na temelju kojeg skrbnik postaje član klirinško-depozitnog društva i na temelju kojeg se otvara i vodi račun vrijednosnih papira pojedinog investicijskog fonda (čl. 61. st. 1. ZISDU).

upravljanje. Skrbnik za obavljanje skrbničkih poslova ima pravo na proviziju i naknadu troškova (čl. 53. st. 5. i 6. ZISDU).³⁷

U slovenskom pravu se posebno propisuju zabranjeni poslovi i ulaganja skrbnika imovine investicijskog fonda u čl. 54. ZISDU.³⁸ Svrha tih ograničenja je sprječavanje pojave sukoba interesa između investicijskih fondova, s jedne strane, i društava za upravljanje i skrbnika, s druge, kao i pojava uzajamnih udjela u društvima za upravljanje, investicijskim fondovima i skrbnicima.³⁹ Skrbnik ima ovlast zastupati investicijski fond u svim sudskim postupcima i postupcima pred drugim državnim tijelima, čiji su predmet prava, obveze ili imovina investicijskog fonda, pored društva za upravljanje (čl. 58. st. 2. ZISDU). U sudskim postupcima, koji se vode protiv društva za upravljanje za naknadu štete, koja je nastala investicijskom fondu zbog postupanja društva za upravljanje koje je bilo protivno sa ZISDU-om, pravilima upravljanja uzajamnog fonda, odnosno statutom investicijskog društva ili s pravilima struke upravljanja financijskim ulaganjima, investicijski fond zastupa skrbnik koji podnosi odgovarajuću tužbu (čl. 138. st. 4. i čl. 182. st. 4. ZISDU).⁴⁰ Na taj način se skrbnik pojavljuje kao subjekt koji štiti

³⁷ Provizija se određuje u postotku od čiste vrijednosti imovine investicijskog fonda. Skrbnik ima pravo na naknadu troškova nastalih u vezi s unosom i izvršavanjem naloga društva za upravljanje o raspolaganju vrijednosnim papirima za račun pojedinog investicijskog fonda, pohranom ili vođenjem računa vrijednosnih papira ili financijskih instrumenata pojedinog investicijskog fonda kod drugih banaka ili financijskih institucija, kao i transakcijskih troškova, ako je došlo do prijenosa obavljanja pojedinih skrbničkih poslova na druge osobe. Skrbnik ima pravo i na naknadu troškova koji nastaju u odnosu na klirinško-depozitno društvo te troškova koje je imao skrbnik u sudskim i upravnim postupcima koje je vodio za račun investicijskog fonda.

³⁸ U čl. 54. st. 1. ZISDU-a određuje se da društvo za upravljanje i osoba koja je s njime povezana ne smiju u svoje ime i za svoj račun, ni u svoje ime, a za račun investicijskog fonda kojim upravlja, sklapati ugovore o kupoprodaji ili druge poslove kojima su predmet ulaganja investicijskih fondova kojima upravlja društvo, sa skrbnikom koji za njezine investicijske fondove obavlja skrbničke poslove, odnosno s osobama koje su povezane sa skrbnikom. Skrbnik i s njim povezane osobe ne smiju stjecati investicijske kupone ili dionice investicijskog fonda za koji obavljaju skrbničke poslove (čl. 54. st. 2. ZISDU). Fizička osoba koja upravlja imovinom skrbnika ne smije istodobno obavljati skrbničke poslove (čl. 54. st. 3. ZISDU). Skrbnik ima obvezu usvojiti pravilnik kojim uređuje ograničenje prijenosa podataka o imovini investicijskog fonda, uzajamnog mirovinskog fonda ili imovine za pokriće mirovinskog društva između fizičkih osoba koje su ovlaštene upravljati imovinom skrbnika, kao i urediti ograničenje mogućih sukoba interesa, koji se mogu pojaviti pri obavljanju skrbničkih poslova za investicijski fond, uzimajući u obzir ostale poslove i djelatnosti te imovinu skrbnika, tako i u pogledu kapitalne povezanosti skrbnika s drugim subjektima i vlasničke strukture skrbnika (čl. 54. st. 4. ZISDU). O ulaganjima i poslovima skrbnika, čiji su predmet ulaganja investicijskih fondova za koje obavlja skrbničke poslove, skrbnik mora izvijestiti Agenciju za tržište vrijednosnih papira (čl. 54. st. 5. ZISDU). U čl. 54. st. 6. ZISDU ograničavaju se ulaganja društva za upravljanje za račun investicijskih fondova kojima upravlja u skrbniku na najviše 10 % udjela u temeljnom kapitalu skrbnika, odnosno kvalificiranog udjela na temelju kojeg bi mogla ostvarivati značajan utjecaj na upravu skrbnika.

³⁹ Vidi detaljnije u Jurić, Dionis, Društva za upravljanje investicijskim fondovima i njihove statusne posebnosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1 (2008), str. 158-160. i 167-168.

⁴⁰ Ako skrbnik u roku od 30 dana od primitka pisanog zahtjeva imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno pisanog zahtjeva nadzornog odbora ili dioničara investicijskog društva

interese ulagatelja u investicijske fondove, kao i interese samih investicijskih fondova. Zahvaljujući nadzornim ovlastima koje ima skrbnik u odnosu na društvo za upravljanje i svakodobnom uvidu u poslovanje društva za upravljanje, skrbnik može pravodobno reagirati radi zaštite interesa ulagatelja u investicijske fondove. Hrvatski zakonodavac je propustio urediti takvu ovlast depozitne banke da štiti interese ulagatelja u investicijske fondove u sporovima s društvima za upravljanje, pa bi trebalo prihvatiti rješenja iz slovenskog prava.⁴¹ Nadzor nad skrbnikom obavlja Agencija za tržište vrijednosnih papira zajedno s Bankom Slovenije (čl. 56. ZISDU).⁴²

U njemačkom su pravu ovlasti depozitne banke određene u § 23-28 InvG. Depozitna banka ima obvezu obavljati poslove izdavanja i otkupa udjela u investicijskim fondovima (§ 23. InvG).⁴³ Ona obavlja plaćanja i isporuke koje su

ne podnese tužbu, tu tužbu mogu u ime investicijskog fonda podnijeti svaki imatelj investicijskog kupona uzajamnog fonda, odnosno nadzorni odbor ili svaki dioničar investicijskog društva (čl. 138. st. 5. i čl. 182. st. 5. ZISDU). Ove odredbe ne isključuju pravo imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno dioničara investicijskog društva na naknadu štete koja im je nastala uslijed kršenja obveza društva za upravljanje pri prodaji, izdavanju, otkupu ili isplati vrijednosti investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno prodaji ili izdavanju dionica investicijskog društva ili otkupu vlastitih dionica investicijskog društva ili ako je društvo za upravljanje dalo neistinite ili nepotpune podatke u prospektu ili izvratku prospekta za upis investicijskih kupona, odnosno dionica investicijskog fonda (čl. 138. st. 6. i čl. 182. st. 6. ZISDU).

⁴¹ Kada se radi o zatvorenim investicijskim fondovima koji posluju u pravnom obliku dioničkih društava mogle bi se primijeniti odredbe ZTD-a iz čl. 273.a koji uređuje način podnošenja tužbe protiv članova uprave i nadzornog odbora za naknadu štete koju su pričinili dioničkom društvu pri vođenju poslova društva. Vidi u Jurić, Dionis, Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1 (2007), str. 576-578.

⁴² Agencija za tržište vrijednosnih papira obavlja nadzor nad skrbnikom s ciljem provjere poštuje li skrbnik odredbe ZISDU-a, drugih zakona i propisa koji uređuju obavljanje skrbničkih poslova za investicijske fondove, za uzajamne mirovinske fondove i za fond za pokriće mirovinskog društva (čl. 56. st. 1. ZISDU). Za nadzor nad skrbnikom se na odgovarajući način primjenjuju odredbe Zakona o tržištu financijskih instrumenata (Zakon o trgu finančnih instrumentov (ZTFI)(Uradni list RS, št. 67/07)) o nadzoru nad bankom koja obavlja investicijske usluge i poslove (čl. 56. st. 2. ZISDU). Agencija za tržište vrijednosnih papira u obavljanju nadzora surađuje s Bankom Slovenije koja nadzire poslovanje skrbničke banke sukladno odredbama Zakona o bankarstvu o nadzoru nad obavljanjem skrbničkih ili dodatnih financijskih poslova (čl. 56. st. 3. ZISDU). Ako skrbnik pri obavljanju skrbničkih poslova utvrdi da je došlo do kršenja odredbi ZISDU-a ili podzakonskih akata od strane investicijskog fonda, ili društva za upravljanje, ili nepravilnosti pri njihovom poslovanju, mora o tomu bez odlaganja izvijestiti društvo za upravljanje (čl. 56.a st. 1. ZISDU). Skrbnik mora voditi i evidenciju utvrđenih nepravilnosti i povreda zakonskih i podzakonskih odredbi (čl. 56.a st. 2. ZISDU). Skrbnik mora čuvati sve isprave iz kojih se vide nepravilnosti ili kršenja propisa od strane investicijskog fonda ili društva za upravljanje pod tekućim evidencijskim brojem utvrđene povrede ili nepravilnosti (čl. 56.a st. 3. ZISDU). Skrbnik ima obvezu izvijestiti Agenciju za tržište vrijednosnih papira o povredama ili nepravilnostima (čl. 56.a st. 4. ZISDU).

⁴³ Udjeli se mogu izdati samo uz uvjet potpune uplate cijene izdavanja udjela. Uplate u stvarima su dopuštene samo iznimno (§ 23 st. 1. InvG). Cijena izdavanja (njem. *Ausgabepreis*) udjela u investicijskom fondu mora biti jednaka vrijednosti udjela u fondu, uvećana za nadoplate (njem. *Aufschlag*) određene u pravilima upravljanja investicijskog fonda kao troškove izdavanja udjela. Cijena izdavanja udjela u investicijskom fondu se plaća depozitnoj banci, koja bez odlaganja

vezane uz imovinu investicijskog fonda te raspoređuje udio u dobiti između imatelja udjela u investicijskom fondu (§ 25 InvG).⁴⁴ U § 26 InvG se određuju poslovi koje društvo za upravljanje ne smije poduzimati bez prethodnog odobrenja depozitne banke. Tako ono mora pribaviti suglasnost depozitne banke za uzimanje kredita za račun investicijskog fonda,⁴⁵ ulaganje sredstava investicijskog fonda u bankovne depozite kod drugih kreditnih institucija, kao i raspolaganja takvim depozitima, otuđenja i opterećenja nekretnina koje su imovina investicijskog fonda za ulaganje u nekretnine te odricanje od tražbina koje proizlaze iz pravnih odnosa koji su vezani s predmetnim nekretninama te otuđenja poslovnih udjela i dionica u trgovačkim društvima za nekretnine,⁴⁶ ili, ako se ne radi o većinskom udjelu, otuđenja imovine tih društava, kao i za izmjene društvenih ugovora ili statuta takvih društava (§ 26. st. 1. InvG).⁴⁷ Takvo pravno uređenje treba izričito predvidjeti i u hrvatskom pravu kako bi se ojačala nadzorna uloga depozitne banke nad radom društva za upravljanje investicijskim fondom.

Nadzorne ovlasti depozitne banke su određene u § 27 InvG-a. Tako depozitna banka nadzire postupak izdavanja i otkupa udjela i izračunavanje vrijednosti udjela u investicijskim fondovima i njegovu usklađenost s odredbama InvG i

knjiži takve uplate, umanjene za nadoplate, na poseban račun investicijskog fonda. Cijena otkupa (njem. *Rücknahmepreis*) udjela u investicijskom fondu mora biti jednaka vrijednosti udjela u fondu, umanjena za iznos (njem. *Abschlag*) određen u pravilima upravljanja investicijskog fonda kao trošak otkupa udjela. Cijena otkupa, umanjena za trošak otkupa udjela u investicijskom fondu plaća se ulagatelju s posebnog računa koji depozitna banka vodi za investicijski fond. Nadoplate za izdavanje, odnosno trošak za otkup udjela u investicijskom fondu mogu biti isplaćene društvu za upravljanje (§ 23 st. 2. InvG).

⁴⁴ Cijene prikupljene prodajom imovine koja pripada investicijskom fondu, nastale prihode, naknade za pozajmljivanje vrijednosnih papira, cijene za opcije koje plaćaju treće osobe za prava opcija koja su im dodijeljena, kao i svi drugi novčani iznosi u korist investicijskog fonda depozitna banka knjiži na poseban račun koji se vodi za investicijski fond. Na temelju uputa društva za upravljanje depozitna banka obavlja na teret posebnog ili skrbničkog računa koji vodi za investicijski fond: 1. plaća cijenu za kupnju vrijednosnih papira, nekretnina, poslovnih udjela i dionica u društvima za nekretnine ili druge imovine, jamči za derivativne vrijednosne papire, pozajmljuje vrijednosne papire, plaća pristojbe i obavlja ostale obveze koje proizlaze iz upravljanja investicijskim fondom; 2. izvršava isporuke u vezi s prodajom imovine, pozajmljivanjem vrijednosnih papira i izvršava druge isporuke te 3. raspodjeljuje udio u dobiti investicijskog fonda između imatelja udjela u investicijskim fondovima.

⁴⁵ Društvo za upravljanje može uzeti kratkoročni kredit za zajednički račun ulagatelja u investicijski fond samo ako je takva ovlast predviđena u pravilima upravljanja investicijskog fonda i ako je kredit odobren pod uobičajenim tržišnim uvjetima. Iznos kredita je ograničen na 10 % vrijednosti imovine investicijskog fonda (§ 53 InvG).

⁴⁶ Trgovačko društvo za nekretnine (njem. *Immobilien-Gesellschaft*) je svako trgovačko društvo čiji društveni ugovor ili statut ograničava gospodarsku djelatnost na stjecanje nekretnina i upravljanje nekretninama (§ 2 st. 4. t. 6. i § 68 st. 1. InvG).

⁴⁷ Depozitna banka mora dati svoju suglasnost za spomenute poslove ako oni ispunjavaju propisane uvjete te su u skladu s drugim odredbama InvG-a i pravilima upravljanja investicijskog fonda. Ako to nije slučaj, a depozitna banka daje suglasnost, tada to neće utjecati na valjanost pravnog posla ili izmjenu temeljnog akta trgovačkog društva za nekretnine. Svaki pravni posao, koji je poduzet bez odobrenja depozitne banke, bit će bez pravnog učinka prema ulagateljima u investicijski fond (§ 26 st. 2. InvG).

pravilima upravljanja fonda, ekvivalentnost davanja za pravne poslove koji se poduzimaju za zajednički račun imatelja udjela u investicijskom fondu te da su ta davanja preuzeta u uobičajenim rokovima, upotrebu dobiti investicijskog fonda sukladno odredbama InvG i pravilima upravljanja fonda te valjanost pribavljanja i postojanja potrebnih osiguranja u slučaju pozajmljivanja vrijednosnih papira (§ 27 st. 1. InvG).⁴⁸ U slučaju, ako imovinu investicijskog fonda čine poslovni udjeli ili dionice trgovačkih društava za nekretnine, tada depozitna banka nadzire stjecanje tih poslovnih udjela i dionica u skladu s InvG-om, ispituje svaki mjesec popis imovine društva za nekretnine te nadzire da sva dugovana plaćanja za račun investicijskog fonda, obračuni i ostali dugovani iznosi budu pravodobno plaćeni na posebni račun koji se vodi kod depozitne banke (§ 27 st. 2. InvG).⁴⁹ Depozitna banka ima ovlast i dužnost u vlastito ime, a za račun imatelja udjela u investicijskom fondu, podnijeti tužbeni zahtjev protiv društva za upravljanje ako je ono svojim postupanjem povrijedilo odredbe InvG-a ili pravila upravljanja investicijskog fonda,⁵⁰ u slučaju poduzimanja određenih pravnih radnji bez odobrenja depozitne banke, od strane društva za upravljanje, podnijeti tužbeni zahtjev za račun imatelja udjela u investicijskom fondu protiv stjecatelja imovine fonda za nekretnine⁵¹ te stavljati prigovore u vlastito ime u slučaju ovrhe nad imovinom investicijskog fonda, ako investicijski fond nije odgovoran za nastanak tužbenog zahtjeva (§ 28 st. 1. InvG).⁵² Na taj način se depozitnoj banci daje mogućnost aktivne zaštite interesa imatelja udjela u investicijskom fondu u postupcima koji se tiču imovine investicijskog fonda.⁵³

⁴⁸ Društvo za upravljanje može, ako je to predviđeno pravilima upravljanja investicijskog fonda, za račun investicijskog fonda pozajmiti vrijednosne papire trećim osobama na određeno ili neodređeno vrijeme uz plaćanje uobičajene tržišne naknade, uz uvjet da treća osoba vrati društvu za upravljanje vrijednosne papire iste vrste, kvalitete i količine. Ukupni iznos vrijednosti zajmova vrijednosnih papira koji su prije odobreni i zajma koji se odobrava ne smije biti veći od 10 % vrijednosti imovine fonda. Društvo za upravljanje može prenijeti vrijednosne papire na treću osobu samo ako je ona, prije ili istodobno s prijenosom vrijednosnih papira, dala odgovarajuće osiguranje (novčana svota, ustup ili zalog tražbine, prijenos ili zalog vrijednosnog papira) (§ 54 InvG).

⁴⁹ Depozitna banka brine o tomu da svako ograničenje na otuđenje nekretnina koje pripadaju fondovima za nekretnine bude upisano u zemljišne knjige ili, ako se radi o nekretnini u inozemstvu, da jamči valjanost tog ograničenja i u inozemstvu (§ 27 st. 3. InvG).

⁵⁰ Mogućnost da tužbeni zahtjev protiv društva za upravljanje podnese depozitna banka ne isključuje pravo imatelja udjela u investicijskom fondu da samostalno podnesu tužbeni zahtjev protiv društva za upravljanje.

⁵¹ Tu se radi o onim pravnim poslovima koje društvo za upravljanje može poduzeti samo uz odobrenje depozitne banke (§ 26 InvG).

⁵² Taj se prigovor u postupku ovrhe podnosi u obliku posebne tužbe (njem. *Widerspruchsklage*). Ako tu tužbu podnese depozitna banka, imatelji udjela u investicijskom fondu ne mogu samostalno ulagati prigovor u postupku ovrhe. S druge strane, društvo za upravljanje je ovlašteno i ima obvezu podnijeti tužbeni zahtjev u vlastito ime, a za račun imatelja udjela u investicijskom fondu protiv depozitne banke. Pored toga, imatelji udjela u investicijskom fondu mogu u svoje ime podnijeti zahtjev za naknadu štete protiv depozitne banke (§ 28 st. 2. InvG).

⁵³ Tako depozitna banka traži naknadu štete protiv društva za upravljanje, povrat imovine koja je stečena na temelju pravnog posla koji je poduzet bez odobrenja depozitne banke, kao i ulagati prigovore u postupcima ovrhe nad imovinom investicijskog fonda.

Isplate, koje depozitna banka obavlja s računa investicijskog fonda u korist društva za upravljanje, ograničene su samo na naknadu za upravljanje investicijskim fondom, na koju ima pravo društvo za upravljanje, kao i na naknadu troškova u vezi s upravljanjem investicijskim fondom (§ 29 st. 1. InvG).⁵⁴

Direktiva o PZIPVP u čl. 7. st. 3., određuje da pored poslova skrbništva nad imovinom uzajamnog fonda, depozitna banka mora obnašati i sljedeće zadaće: a) osigurati da prodaja, izdavanje, ponovni otkup, isplata i povlačenje jedinica imovine iz optjecaja u ime društva za upravljanje i za račun uzajamnog fonda budu provedeni u skladu sa zakonom i pravilima upravljanja uzajamnog fonda; b) osigurati da se vrijednost jedinice imovine izračuna u skladu sa zakonom i pravilima upravljanja uzajamnog fonda; c) ispunjavati upute društva za upravljanje, osim ako su u suprotnosti sa zakonima i pravilima upravljanja; d) osigurati da se ispunjenje obveza u transakcijama koje uključuju sredstva uzajamnog fonda obavlja u uobičajenim rokovima te e) osigurati da se prihod uzajamnog fonda koristi u skladu sa zakonima i pravilima upravljanja uzajamnog fonda.⁵⁵

⁵⁴ Depozitna banka ne smije s računa koji pripadaju investicijskom fondu podizati iznose na ime naknade koja joj pripada za skrbništvo nad imovinom investicijskog fonda i obavljanje ostalih poslova, sukladno zakonskim odredbama, bez prethodnog odobrenja društva za upravljanje (§ 29 st. 2. InvG). Na taj način se depozitna banka i društvo za upravljanje uzajamno nadziru kada se radi o naknadama za rad i naknadi troškova na koje imaju pravo pri obavljanju svojih funkcija.

⁵⁵ U čl. 14. st. 3. Direktive o PZIPVP, određuju se obveze depozitne banke u odnosu na investicijsko društvo. Tako depozitna banka pored pohrane sredstava investicijskog društva ima i sljedeće ovlasti: a) osigurati da prodaja, izdavanje, ponovni otkup, isplata i povlačenje jedinica imovine iz optjecaja za račun investicijskog društva budu provedeni u skladu sa zakonom i temeljnim aktima investicijskog društva; b) osigurati da se ispunjenje obveza u transakcijama koje uključuju sredstva investicijskog društva obavlja u uobičajenim rokovima; e) osigurati da se prihod investicijskog društva koristi u skladu sa zakonima i temeljnim aktima investicijskog društva. U čl. 14. st. 4.-6. Direktive o PZIPVP, određuju se izuzeća koja se mogu primjenjivati na investicijska društva. Tako država članica EU može odlučiti da investicijska društva koja su smještena na njezinom području i trguju jedinicama svoje imovine isključivo na jednoj ili više burzi, na kojima kotiraju njihove jedinice, ne trebaju imati depozitare u smislu Direktive o PZIPVP (čl. 14. st. 4. Direktive o PZIPVP). Nadalje, država članica EU može odlučiti da investicijskim društvima koja su smještena na njezinom području i trguju s najmanje 80 % jedinica svoje imovine na jednoj ili više burzi, određenih u svojim temeljnim aktima, ne moraju imati depozitare u smislu Direktive o PZIPVP, uz uvjet, da jedinice njihove imovine kotiraju na burzama u onim državama članicama EU u kojima se njima trguje i da se sve transakcije koje investicijsko društvo može obaviti izvan tih burzi budu izvršene po tržišnim cijenama na burzi. U temeljnim aktima investicijskog društva mora biti navedena burza države trgovanja, po čijim cijenama će društvo izvršavati transakcije izvan organiziranog tržišta te države. Država članica EU može koristiti tu mogućnost samo ako smatra da imatelji jedinica imovine imaju zaštitu koja je jednakovrijedna zaštiti imatelja jedinica imovine u poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire, koji imaju depozitare u smislu Direktive o PZIPVP. Ta investicijska društva moraju osobito: a) ako nema zakonskih odredbi, u svojim temeljnim aktima navesti metode izračunavanja čiste vrijednosti sredstava na jedinicu imovine; b) posredovati na tržištu kako bi spriječili da otklon tržišne vrijednosti jedinice njihove imovine na burzi premaši 5 % svoje čiste vrijednosti sredstava na jedinicu imovine; c) utvrditi čistu vrijednost sredstava na jedinicu svoje imovine, izvještavati o toj vrijednosti nadležna

2.3.2. *Odgovornost depozitne banke*

Depozitna banka za svoj rad odgovara društvu za upravljanje, kao i imateljima udjela, odnosno dioničarima investicijskog fonda (čl. 54. ZIF).⁵⁶ Ta odgovornost postoji i u slučaju ako je depozitna banka prenijela obavljanje nekih svojih poslova u cijelosti ili djelomično na treće osobe. Depozitna banka ima obvezu čuvati kao poslovnu tajnu podatke o imateljima udjela, njihovim udjelima, odnosno dioničarima, kao i uplatama i isplatama, a koje je doznala pri obavljanju svojih funkcija (čl. 55. ZIF).

U slovenskom pravu čl. 57. st. 2. ZISDU, određuje da skrbnik odgovara imateljima investicijskih kupona uzajamnog fonda, za kojega obavlja skrbničke poslove, odnosno investicijskom društvu, za kojega obavlja skrbničke poslove, za štetu koju prouzroči imovini uzajamnog fonda, odnosno investicijskom društvu s postupanjima koja su protivna ZISDU ili pravilima struke obavljanja skrbničkih poslova. Tužbu za naknadu štete protiv depozitne banke ima ovlast podnijeti društvo za upravljanje za račun imovine uzajamnog fonda, odnosno u ime i za račun investicijskog društva (čl. 57. st. 3. ZISDU). Ako društvo za upravljanje ne podnese tužbu za naknadu štete protiv depozitne banke u roku od 30 dana od primitka pisanog zahtjeva imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno člana nadzornog odbora ili dioničara investicijskog društva, takvu tužbu može za račun imovine uzajamnog fonda, odnosno u ime i za račun investicijskog društva uložiti svaki imatelj investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno nadzorni odbor ili svaki dioničar investicijskog društva (čl. 57. st. 4. ZISDU).⁵⁷ Odgovornost skrbnika za štetu nastalu imateljima investicijskih kupona u uzajamnom fondu, odnosno investicijskom društvu i njegovim dioničarima nije moguće isključiti ili ograničiti (čl. 57. st. 6. ZISDU). Na sličan način valjalo bi urediti mogućnost podnošenja tužbe za naknadu štete protiv depozitne banke i u hrvatskom pravu.

Direktiva o PZIPVP u čl. 9. i 16. određuje da depozitar sukladno nacionalnom zakonodavstvu države članice EU u kojoj je registrirano sjedište društva za upravljanje, odnosno investicijskog društva, odgovara društvu za upravljanje i

tijela najmanje dvaput tjedno i objaviti tu vrijednost dvaput mjesečno. Najmanje dvaputa na mjesec mora utvrditi neovisni revizor da je izračun vrijednosti jedinica imovine obavljen u skladu sa zakonima i temeljnim aktima investicijskog društva. Pritom se revizor mora izjasniti da se sredstva investicijskog društva ulažu u skladu s pravilima određenim u zakonu i temeljnim aktima investicijskog društva (čl. 14. st. 5. Direktive o PZIPVP). Države članice EU moraju izvijestiti Komisiju EU o investicijskim društvima koja koriste navedene izuzetke (čl. 14. st. 6. Direktive o PZIPVP).

⁵⁶ Tužbu za naknadu štete protiv depozitne banke zbog neobavljanja ili nepravilnog obavljanja poslova predviđenih ugovorom o skrbničkim i depozitnim poslovima, odnosno nezakonitog postupanja mogu podnijeti ili društvo za upravljanje za račun imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda, ili sami imatelji udjela investicijskog fonda.

⁵⁷ Ove odredbe ne isključuju pravo svakog pojedinog imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno dioničara investicijskog društva na naknadu štete, koju mu je prouzročio skrbnik neispunjenjem, odnosno nepravilnim ispunjenjem obveza iz čl. 53. st. 3. i 4. ZISDU (čl. 57. st. 5. ZISDU).

imateljima jedinica imovine uzajamnog fonda, odnosno investicijskom društvu i imateljima jedinica imovine investicijskog društva za štetu koja nastane kao posljedica neopravdanog neispunjenja ili nepravilnog ispunjenja obveza depozitara. Odgovornost imateljima jedinica imovine je, ili neposredna, ili posredna preko društva za upravljanje, ovisno o pravnoj prirodi odnosa između depozitara, društva za upravljanje i imatelja jedinica imovine.

3. Zaključak

U pravnom odnosu između investicijskog fonda, društva za upravljanje i depozitne banke, depozitna banka ima zadatak obavljanja poslova pohrane zasebne imovine fonda, poslove vođenja posebnih računa za imovinu fonda i odjeljivanja imovine svakog pojedinog fonda od imovine ostalih fondova. Depozitna banka pored poslova pohrane imovine investicijskog fonda obavlja i nadzor nad određenim poslovima koji su u nadležnosti društva za upravljanje. Tako ona nadzire postupak prodaje i otkupa udjela u otvorenim investicijskim fondovima, prodaje dionica zatvorenih investicijskih fondova, otkupa i isplate udjela, izračuna neto vrijednosti udjela i dionica investicijskih fondova te isplate dobiti ostvarene poslovanjem investicijskog fonda. Depozitna banka ima obvezu i izvršavati naloge društva za upravljanje u vezi s transakcijama s vrijednosnim papirima i drugom imovinom koja se nalazi u portfelju investicijskog fonda te brinuti o pravodobnom ispunjenju obveza iz takvih transakcija. Direktiva o PZIPVP je samo okvirno uredila položaj depozitara (depozitne banke) u odnosu na društvo za upravljanje i investicijske fondove s javnom ponudom. Hrvatski zakonodavac je pri donošenju Zakona o investicijskim fondovima uvažio odredbe Direktive, ali je propustio detaljnije regulirati određene ovlasti depozitne banke, čime bi se još više naglasila njezina nadzorna uloga nad radom društva za upravljanje i zaštitna funkcija u odnosu na interese ulagatelja u investicijske fondove. Tako bi po uzoru na usporedno pravo valjalo posebno urediti ovlast depozitne banke na podnošenje tužbe protiv društva za upravljanje koje je prouzročilo štetu investicijskom fondu svojim poslovanjem, kao i pravo svakog imatelja udjela ili dioničara investicijskog fonda na podnošenje takve tužbe ako to ne učini depozitna banka. Nadalje bi trebalo propisati određene pravne poslove za čije poduzimanje društvo za upravljanje mora pribaviti prethodnu suglasnost depozitne banke, a u slučaju izostanka te suglasnosti dolazi do ništavosti takvih pravnih poslova. Konačno, kada se radi o odgovornosti depozitne banke prema investicijskom fondu, treba urediti ovlast društva za upravljanje na podnošenje tužbe za naknadu štete protiv depozitne banke, a za račun investicijskog fonda. U slučaju ako tu tužbu pravodobno ne podnese društvo za upravljanje, tužbu može podnijeti svaki imatelj udjela, odnosno dioničar investicijskog fonda, kao i nadzorni odbor zatvorenog investicijskog fonda.

Summary

**THE POSITION OF DEPOSITARY IN RELATION TO
MANAGEMENT COMPANY AND INVESTMENT FUND**

A depositary is in charge of safely holding the assets of an investment fund, keeping a separate bank account for transactions and paying attention to keep separate the assets of an investment fund from assets of a management company and its own assets. It is also authorized to control legal activities of the management company concerning the sale, issue and redemption of fund units and calculation of net value per share or unit. The depositary has an authorisation to carry out instructions of the management company regarding transactions relative to investment fund's assets. It conducts payments for account of the investment fund and controls the application of investment fund's income to be in accordance with the law and fund rules. It is necessary to introduce certain protective mechanisms for investors in investment funds from comparative law into the Croatian Investment Fund Act. Such mechanisms will strengthen the depositary's supervisory role.

Key words: *depositary, management company, investment fund, comparative law.*

Zusammenfassung

**DIE POSITION DER DEPOSITENBANK IM VERHÄLTNIS ZU
MANAGEMENTGESELLSCHAFT UND INVESTMENTFOND**

Die Depositenbank hat die Aufgabe für das Vermögen des Investmentfonds zu sorgen, ein Sonderkonto für den Investmentfond zu führen, über das Transaktionen ablaufen, sowie sich darum zu kümmern, dass das Vermögen des Investmentfonds von dem Vermögen der Managementgesellschaft und dem eigenen Vermögen getrennt wird. Sie ist außerdem befugt, die Rechtshandlungen der Managementgesellschaft bei Verkauf sowie bei Abgabe und Kauf von Anteilen in Investmentfonds und die Ausrechnung der Nettowerte einzelner Aktien oder Anteile zu beaufsichtigen. Die Depositenbank hat die Befugnis, die Aufträge der Managementgesellschaft auszuführen hinsichtlich der Transaktionen, die sich auf das Vermögen des Investmentfonds beziehen, sowie die Gesetzmäßigkeit der Benutzung der Einnahmen aus dem Investmentfond zu beaufsichtigen. Zur Stärkung der Aufsichtsfunktion der Depositenbank wäre es nötig, in das kroatische Gesetz über Investmentfonds bestimmte Mechanismen aus dem komparativen Recht zum Schutz der Anleger einzufügen.

Schlüsselwörter: *Depositenbank, Managementgesellschaft, Investmentfond, komparatives Recht.*

Sommario

POSIZIONE DELLA BANCA DEPOSITARIA IN RELAZIONE ALLA SOCIETÀ DI RAPPRESENTANZA ED AL FONDO DI INVESTIMENTO

La banca depositaria ha il compito di tutelare il patrimonio del fondo di investimento, gestisce un conto distinto per il fondo di investimento tramite il quale vengono effettuate le transazioni, come pure si prende cura che il patrimonio del fondo di investimento sia distinto dal patrimonio della società di rappresentanza così come dal proprio patrimonio. Essa, altresì, è autorizzata a vigilare sulle operazioni giuridiche della società di rappresentanza in occasione della vendita, dell'emissione e del riscatto di partecipazioni nei fondi di investimento ed in occasione del computo del valore netto delle singole azioni o partecipazioni. La banca depositaria ha il potere di eseguire le disposizioni della società di rappresentanza relative alle transazioni, le quali si riferiscono al patrimonio del fondo di investimento, provvede al pagamento delle entrate a favore del fondo e vigila sulla legalità dell'utilizzo delle entrate dei fondi di investimento. Al fine di rafforzare il ruolo di controllo della banca depositaria sarebbe opportuno introdurre nella legge croata sui fondi di investimento determinati meccanismi di tutela dell'investitore nei fondi di investimento, ricavabili dal diritto comparato.

Parole chiave: *banca depositaria, società di rappresentanza, fondo di investimento, diritto comparato.*

PRAVNI REŽIM ZA KONCENTRACIJE PODUZETNIKA U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EZ I HRVATSKE S POSEBNIM OSVRTOM NA MJERE RESTRUKTURIRANJA KONCENTRACIJA I MJERE PRAĆENJA PONAŠANJA SUDIONIKA KONCENTRACIJE

Dr. sc. Dubravka Akšamović,
viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 339.13::061.1
339.13::497.5
Ur.: 29. rujna 2008.
Pr.: 25. studenog 2008.
Pregledni znanstveni članak

U radu se razmatra aktualna problematika o koncentracijama, s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja poduzetnika i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, kojima se pribjegava u slučaju spornih koncentracija.

Koncentracije poduzetnika, kao jedan od tri instituta kojim se bavi pravo i praksa tržišnog natjecanja, predstavljaju zabranjeno djelo prava tržišnog natjecanja, ako je njihov učinak na tržištu, stvaranje i/ili jačanje vladajućeg položaja i slabljenje tržišnog natjecanja.

Kako bi se utvrdili mogući učinci koncentracije na tržišno natjecanje, ali i kako bi se prevenirao nastup štetnih posljedica neke koncentracije na tržišno natjecanje, u svim se suvremenim zakonodavstvima o tržišnom natjecanju, provodi postupak kontrole koncentracija.

Cilj je takva postupka, u prvom redu spriječiti one koncentracije za koje se neosporno u postupku njihove ocjene utvrdi da će ograničavajuće i štetno djelovati na slobodno tržišno natjecanje. Međutim, u novije se vrijeme, uvažavajući nužnost jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja, postupak ocjene koncentracije često okončava na način da sudionici neke sporne koncentracije izmjene okolnosti koncentracije i u dogovoru s nadležnim tijelom riješe sporni problem konkurencije.

To se postiže određivanjem jedne ili više mjera: mjera restrukturiranja (structural remedies) i mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije (behavioural remedies).

Upravo su naznačene mjere središnje pitanje ovoga rada. Prisutne su, i u domaćoj i inozemnoj praksi prava tržišnog natjecanja već niz godina.

Riječ je o iznimno značajnom instrumentu prava tržišnog natjecanja. Njihovom se primjenom postiže prijeko potreban balans i zadovoljenje ciljeva prava tržišnog natjecanja i prava poduzetnika na slobodno udruživanje i povezivanje s drugim poduzetnicima.

Ključne riječi: *pravo tržišnog natjecanja, kontrola koncentracija, uvjetno dopuštene koncentracije (sporne koncentracije), mjere za restrukturiranje poduzetnika, mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije.*

1. Uvodna razmatranja

U eri globalne konkurentnosti i globalizacije, koncentracije trgovačkih društava sastavni su i neizostavni dio suvremene poslovne prakse. Poduzetnici provode koncentracije u cilju jačanja konkurentnosti, širenja na nova tržišta ili pak radi očuvanja postojećih tržišnih pozicija.

Koncentracije poduzetnika u pravilu imaju za ishod jačanje tržišnog natjecanja i unaprjeđenje konkurencije jer doprinose unapređenju proizvodnje i inovacijama, a time i konkurentnosti poduzetnika. No, s druge strane nesporno je da u pojedinim slučajevima koncentracije mogu rezultirati značajnim ograničenjima tržišnog natjecanja i slabljenjem konkurencije. Pitanjima štetnih učinaka koncentracija, a napose spornim i zabranjenim koncentracijama bavi se pravo i praksa tržišnog natjecanja.

Od sredine 70-ih godina 19. stoljeća na ovamo, provodi se kontrola koncentracija s ciljem procjene mogućih (štetnih ili pozitivnih) učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Većina su koncentracija u konačnici dopuštene koncentracije. No, i u domaćoj, i u stranoj praksi bilježe se slučajevi zabrane provedbe koncentracije. Svaka odluka o zabrani koncentracije redovito otvara brojne dvojbe o tomu je li zabrana koncentracije nužna i neizbježna, napose ako se ima u vidu važnost i nužnost jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja, na danas globalnom tržištu.

Osim toga, trgovački subjekti koji sudjeluju u koncentraciji potrebu provedbe koncentracije brane važnim argumentima, kao što su potreba ulaganja u istraživanje i razvoj, sniženje troškova proizvodnje, razvoj nove tehnologije.

Iako je neosporno da gotovo svaku koncentracije prate i potonje okolnosti, navedeni argumenti sami za sebe u pravilu neće biti dostatni za dopuštanje koncentracije, ako se u postupku ocjene koncentracije nesporno utvrdi da će koncentracija za krajnji ishod imati jačanje vladajućeg položaja poduzetnika i slabljenje konkurencije.

No u praksi su situacije apsolutne zabrane provedbe koncentracije ipak vrlo rijetke. Bilježi se tek nekolicina takvih odluka¹.

¹ U domaćoj je praksi prava konkurencije zabilježen samo jedan slučaj zabrane koncentracije. Riječ je o koncentraciji provedenoj između trgovačkih društva Zagrebačke banke d.d., Unicredit

U većini slučajeva, tzv. spornih koncentracija, problem se rješava na način da sudionici koncentracije pristanu izmijeniti okolnosti koncentracije prihvaćanjem jedne ili više mjera, tzv. mjera restrukturiranja ili mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije, čijom se provedbom rješava sporni problem konkurencije i koncentracija dopušta.

Takve su mjere, zapravo kompromisno rješenje u odnosu na mjeru o apsolutnoj zabrani provedbe koncentracije i njima se zadovoljavaju interesi svih stranaka koji su na neki način involvirane u postupak u svezi s provedbom koncentracije.

S jedne strane, na taj se način, na zadovoljstvo antimonopolnih tijela uklanja uočeni problem konkurencije. S druge strane, poduzetnicima se omogućuje, uz nužne izmjene, provođenje željenog povezivanja.

Spomenute mjere predviđaju propisi svih država koje provode kontrolu koncentracija i suvremenu politiku tržišnog natjecanja. Jednako tako, nisu nepoznate ni u našem zakonodavstvu i praksi o koncentracijama. U radu se analizira naznačena problematika o koncentracijama u svjetlu rješidbi domaće i strane prakse antimonopolnih tijela, s posebnim osvrtom na pravne mjere koje doprinose razrješenju problema kod spornih koncentracija.

2. O pojmu koncentracija, zabranjenim koncentracijama i uvjetno dopuštenim koncentracijama

2.1. Pojam i određenje koncentracije u ZZTN i poredbenim zakonskim vrelima tržišnog natjecanja

Što su koncentracije, pitanje je na koja domaće i usporedno pravo tržišnog natjecanja danas daju manje više isti odgovor.

Pod pojmom koncentracije podrazumijevaju se raznovrsni oblici povezivanja poduzetnika, na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima je zajedničko obilježje stvaranje pravnog i/ili ekonomskog zajedništva između sudionika koncentracije koji su prije provedbe koncentracije bili međusobno pravno i ekonomski neovisni poduzetnici².

Italiano S.p.A. i Allianz d.d. (V. Rješenje AZTN UP/I 030-02/2001-01/43). No i ta je koncentracija u konačnici dopuštena, nakon prihvaćanja mjere restrukturiranja, odnosno nakon prodaje udjela u temeljnom kapitalu koju je jedan od poduzetnika, sudionika koncentracije, držao u Splitskoj banci. Slična je situacija i u praksi Komisije EZ. Komisija EZ je od 1990. godine do kolovoza 2008. godine ocjenjivala 3917 koncentraciju, od toga je 20 koncentracija bilo zabranjeno, a što je manje od 1% ukupno ocjenjivanih koncentracija (V. o tome: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>).

² Postoje brojne definicije kojima se određuje pojam koncentracija, ali ne i općeprihvaćeno određenje koje bi se moglo prihvatiti kao univerzalno. Neke od definicija su: Koncentracija je izraz koji se koristi u Uredbi o kontroli koncentracija EZ za pripajanja i spajanja i postupke stjecanja nadzora ili kontrole (Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland Oregon, 8th ed., 2002., str. 410); Koncentracija je izraz koji označava situacije kada se više poduzetnika objedine jedinstvenim vodenjem poslova, a uslijed toga gube svoju

ZZTN³ je temeljni propis kojim se u nas uređuje materija koncentracija, određuje da koncentracije nastaju: 1/ pripajanjem i spajanjem, 2/ stjecanjem kontrole ili prevladavajućeg utjecaja jednog poduzetnika nad drugim u skladu s odredbama ZTD-a i drugim propisima te 3/ stvaranjem zajedničkog pothvata koji na trajnijoj osnovi djeluje kao neovisan pravni subjekt⁴.

Jednako tako i Uredba o kontroli koncentracija EZ⁵, čija rješenja slijedi i naš ZZTN, ali i propisi drugih europskih država⁶, ne definira posebno što su koncentracije, već navodi poslovne operacije i transakcije koje za učinak imaju koncentraciju poduzetnika.

Pojedinačno se kao oblici koncentracija navode, pripajanje i spajanje te zajednički pothvat (joint venture).

No, jedna je od važnih značajki suvremenog pojma koncentracija u pravu tržišnog natjecanja EZ i drugih zakonodavstava, da se pojam koncentracija vezuje uz promjenu ili stjecanje kontrole jednog poduzetnika nad drugim, ranije pravno i ekonomski neovisnim poduzetnikom⁷.

ekonomsku neovisnost (Banks, K., *Merger and Partial Mergers under EEC Law*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004., str. 43); Pojam koncentracije poduzetnika odnosi se na situaciju kada je više pravno samostalnih poduzetnika objedinjeno zajedničkim vođenjem poslova zbog čega gube ekonomsku neovisnost (Venit, J., *The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger regulation-Almost through the thicket*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004., str. 517.); U domaćoj doktrini vidi o tome: Petrović, S., Ružić, T., *Koncentracija banaka*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 9/2001., str. 6.; Mlikotin Tomić, D., *Uvod u primjenu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja –koncentracije*, Računovodstvo i financije, Zagreb, br. 12, 1995.

³ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja NN broj 122/03. (u daljnjem tekstu ZZTN).

⁴ Članak 19. ZZTN.

⁵ Uredba Vijeća EZ-a br. 139/04 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika, Službeni list L 24, 29/01/2004, str. 1.-22.

⁶ Vidi primjerice: njemački *GWB* ili *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Siebenter Abschnitt, *Zusammenschlusskontrolle*, §§ 37, *Zusammenschluss*, 1990. ili francuski trgovački zakon *Code de commerce*, Livre IV, Titre III, *De la concentration économique*, L 430-1, I.

⁷ Pojam kontrole definira se u čl. 3(2) Uredbe 139/04 na sljedeći način: *Kontrola se temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje zasebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima omogućuju ostvarenje prevladavajućeg utjecaja, poglavito putem: (a) vlasništva ili prava na korištenje cijele ili dijela imovine poduzetnika, (b) prava ili ugovora koji omogućuju prevladavajući utjecaj na sastav, glasovanje ili odlučivanje tijela poduzetnika*. I dalje se određuje da *“kontrolu stječu osobe ili poduzetnici koji: (a) su imatelji prava ili se mogu koristiti pravima iz predmetnih ugovor ili (b) ako nisu imatelji takvih prava niti se mogu koristiti pravima iz takvih ugovora, imaju ovlaštenje za ostvarivanje prava koja iz njih proizlaze*. U članku 2. ZZTN određuje se da se smatra da je poduzetnik pod kontrolom drugog poduzetnika ako neki poduzetnik: 1. ima više od polovine udjela ili dionica u drugom poduzetniku, 2. ako može ostvarivati više od polovine glasačkih prava ili 3. ima pravo na postavljanje više od polovine članova uprave, nadzornog odbora, te ako 4. na drugi način ima pravo na upravljanje poslovanjem poduzetnika.

Pojam kontrole, kako je definiran u našem ZZTN i zakonodavstvu EZ sadržajno se poklapa s pravnim konceptom ostvarenja prevladavajućeg utjecaja jednog poduzetnika nad drugim iz članka 475. ZTD, s tim da je pravni koncept kontrole sveobuhvatniji. Prevladavajući utjecaj prema ZTD,

Ovakvo je pravno određenje odraz prilagodbe pravne norme pojavnostima uočenim u suvremenoj trgovačkoj praksi.

Suvremena je praksa koncentracija iznimno raznolika. Poduzetnici uobličavaju svoje poslovne odnose i provode koncentraciju kroz raznovrsne poslovne aranžmane ili ugovore različita nazivlja i forme.

Stoga ovako široko određenje omogućuje da će kontrolom koncentracija biti obuhvaćene raznovrsne poslovne operacije koje dovode do koncentracija, a ne samo neki od tipičnih i univerzalnih pravnih oblika koncentracija (na primjer pripajanje i spajanje), a što i jest krajnji cilj odredbe kojom se definiraju pojave koncentracija⁸.

No, treba napomenuti da kontrolom koncentracija nisu obuhvaćeni svi postupci povezivanja između trgovačkih subjekata koji dovode do koncentracija, već samo oni koji se provode između poduzetnika značajne veličine i tržišne snage, čije povezivanje može izazvati značajno i trajno narušavanje odnosa slobodne konkurencije.

U tom smislu, središnje su pitanje kojim se bavi, i domaće, i strano pravo tržišnog natjecanja u odnosu na koncentracije poduzetnika, tzv. "zabranjene koncentracije".

2.2. *Zabranjene koncentracije*

Koncentracije trgovačkih društava nisu zabranjene *per se*. Za razliku od drugih instituta, kojima se bavi suvremeno pravo tržišnog natjecanja (zabranjenih sporazuma⁹ i zlorababe vladajućeg položaja¹⁰) koncentracije poduzetnika vrlo su rijetko predmetom apsolutnih zabrana.

Ovo iz razloga jer su *izravne štete* od koncentracija po tržišno natjecanje znatno manje negoli štete koje nastupaju na tržištu sklapanjem zabranjenih sporazuma ili zlorababom vladajućeg položaja.

na ovisno društvo ostvaruje, neposredno ili posredno, vladajuće društvo. Zakonska je presumpcija da je vladajuće društvo ono društvo koje drži većinski udio u temeljnom kapitalu ovisnog društva, temeljem čega ono može ostvarivati prevladavajući utjecaj na poslovanje ovisnog društva da ili organima upravljanja ili drugim načinima odlučujuće utječe na vođenje poslova ovisnog društva. Prema Uredbi 139/04, ostvarenje kontrole ne vezuje se nužno uz većinsko sudjelovanje vladajućeg društva u kapitalu ovisnog društva, već se postojanje kontrole i ostvarenje prevladavajućeg utjecaja određuje na temelju svih pravnih i činjeničnih okolnosti konkretnog slučaja. Vrlo široko se određuje da se kontrola temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu koje zasebno ili u kombinaciji s drugim pravnim sredstvima omogućuje ostvarenje prevladavajućeg utjecaja.

⁸ Tako se primjerice, ugovor o dugoročnoj kooperaciji ili ugovor o strateškom savezništву, sklopljen između dva trgovačka društva mogu smatrati oblicima koncentracija, pod uvjetom da su nakon sklapanja rečenih ugovora, poduzetnici na tržištu nastavili djelovati kao pravno jedinstvo, odnosno pod uvjetom da jedan poduzetnik temeljem sklopljenog ugovora može ostvarivati kontrolu i prevladavajući utjecaj nad drugim, ranije pravno i ekonomski neovisnim poduzetnikom.

⁹ Vidi s tim u svezi odredbe članka 9. do članka 15. ZZTN te članak 81. Ugovora o EZ.

¹⁰ Vidi s tim u svezi odredbe članka 15. do 18. ZZTN te članak 82. Ugovora o EZ.

No, ipak, treba imati u vidu da “prekomjerne koncentracije” pogoduju i olakšavaju stvaranje kartela i rezultiraju jačanjem vladajućeg položaja, što otvara vrata zlouporabi istog, zbog čega koncentracije i jesu predmetom obuhvata propisa o tržišnom natjecanju.

Opasnosti koje mogu nastupiti provedbom koncentracije, uočene su već u ranim razdobljima provedbe politike tržišnog natjecanja, u začetima industrijske revolucije¹¹. Prve se zabrane provedbe koncentracija bilježe na američkom kontinentu, početkom 20. stoljeća¹².

Od tada pa da danas provedba prava tržišnog natjecanja, i na američkom, i na europskom kontinentu prolazi kroz različite stadije, od vrlo rigorozne do vrlo liberalne provedbe politike tržišnog natjecanja u odnosu prema koncentracijama¹³.

No, neovisno o tomu, opći je dojam da je pravo i politika tržišnog natjecanja ipak bitno tolerantnija prema koncentracijama, nego prema druga dva instituta prava tržišnog natjecanja.

Ovo se ponajprije ogleda u činjenici da za razliku od sporazuma ili zlouporabe vladajućeg položaja, koji se smatraju zabranjenom trgovačkom praksom, koncentracije nisu *a priori* zabranjene.

Neka će se koncentracija zabraniti tek ako, i nakon što se utvrdi da će nakon koncentracije na mjerodavnom tržištu doći do trajnog i značajnog slabljenja tržišnog natjecanja ili stvaranja vladajućeg položaja sudionika koncentracije.

Stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu nakon provedbe koncentracije primarni je negativni učinak neke koncentracije na tržišno natjecanje¹⁴.

Poduzetnici u vladajućem položaju¹⁵ koriste se svojom tržišnom snagom kako bi uklonili sa tržišta konkurente, spriječili im pristup i slično.

¹¹ Vidi o tome više: Amato, G., *Antitrust and Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997., i dalje, Gellhorn, E., *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Company, 1981.

¹² Jedna je od prvih presuda kojoj je za cilj bilo poništiti učinke već provedene koncentracije, presuda s kraja 19. stoljeća u predmetu *U S. v. E. C. Knight Co.* 166 U.S. 290 (1897).

¹³ V. o tome primjerice: Leary, T., *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, u knjizi *Merger remedies in American and European Union Competition law*, ed. by Lévêque, F, Shelanski, H, Edward Elgar Publishing, 2003., str. 13.-48.

¹⁴ Slično o tome vidi: Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, studeni, 2005., str. 10.

¹⁵ Vladajući položaj određuje se kao položaj takve ekonomske snage koji omogućuje poduzetniku u vladajućem položaju da se ponaša neovisno od svojih stvarnih ili potencijalnih konkurenata, potrošača i dobavljača. Ovakvo je gledište zauzeo Sud EZ u predmetu *United Brands i Continental Can*. U tom smislu, suvremeno se pravo tržišnog natjecanja EZ u određenju vladajućeg položaja koristi apstraktnim pravnim konceptom, a taj je neovisnost u ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju, u odnosu na njegove konkurente ili potrošače. To znači da se u svakom pojedinom slučaju utvrđivanja postojanja vladajućeg položaja potonja neovisnost u ponašanju mora i dokazati. Gotovo identično rješenje sadrži i ZZTN u članku 15. st. 1. gdje se određuje da se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati neovisno od svojih konkurenata, potrošača ili dobavljača. No, ZZTN sadrži i pravilo o zakonskoj presumpciji o

Iako sam vladajući položaj na tržištu nije zabranjen, jer bi to bilo protivno ekonomskoj logici koja podupire jačanje konkurentnosti poduzetnika i zauzimanje boljeg tržišnog položaja, pa i vladajućeg, suvremeno pravo tržišnog natjecanja ipak zabranjuje koncentracije koje za učinak imaju stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja.

Slijedom navedenog, jedna je od temeljnih zadaća postupka ocjene koncentracije utvrditi dolazi li koncentracijom do stvaranja novog ili jačanja postojećeg vladajućeg poduzetnika na tržištu. Potvrđi li se potonje, velika je vjerojatnost da će se koncentracija zabraniti.

No unatoč tomu, moguće je da će neka koncentracija koja ima za učinak stvaranje novog ili jačanje postojećeg vladajućeg položaja, ipak biti dopuštena.

To će napose biti slučaj ako sudionici koncentracije uspiju dokazati da će usprkos stvaranju ili jačanju vladajućeg položaja, prednosti od koncentracije biti veće negoli štetne posljedice koje će nastupiti na tržištu stvaranjem novog ili jačanjem postojećeg vladajućeg položaja¹⁶.

Jednako tako, ako je jedan od sudionika koncentracije, poduzetnik s opadajućim poslovanjem, tada se smatra da provedba koncentracije neće bitno promijeniti stanje koje bi na tržištu ionako nastupilo, jer će poduzetnik, koji se suočava s opadajućim poslovanjem, kroz neko vrijeme uslijed financijskih poteškoća nestati s tržišta¹⁷.

vladajućem položaju poduzetnika. Prema njemu se smatra da vladajući položaj na tržištu ima poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu prelazi 40 posto.

¹⁶ Takav zaključak proizlazi iz drugog dijela odredbe iz članka 18. ZZTN koji propisuje da su "zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika ... osim u slučaju ako sudionici koncentracije dokažu da će takva koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja na tržištu koje će biti značajnije od negativnih učinaka stvaranja ili jačanja njihovoga vladajućeg položaja".

¹⁷ Ovdje je riječ o pravnom konceptu u stranoj doktrini poznatom pod nazivom *failing firm defence* ili *rescue merger*. Potonji pravni koncept potječe iz prava i prakse tržišnog natjecanja SAD-a. Vodeći je predmet u kojem je Vrhovni sud razmatrao taj pravni koncept predmet *Citizen Publishing Company* (US, 394 U.S. 131) iz 1969. godine.

U pravu tržišnog natjecanja EZ primjena ovog kriterija proizlazi iz Smjernica Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija. Za njegovu primjenu traži se ispunjenje sljedećih pretpostavki: 1/ sudioniku koncentracije zbog stečaja prijeti prestanak djelovanja i izlazak sa tržišta, 2/ nepostojanje boljeg pravnog rješenja za rješavanje problema konkurencije, 3/ stečaj je sudionika koncentracije neizbježan.

U nas je jedino pravno vrelo koje se bavi ovim pitanjem Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija. Navedeni je kriterij bio pravni temelj za dopuštanje koncentracije u predmetu koncentracije Belje/Agrokor (Rješenje AZTN od 28. prosinca 2005., Klasa: UP/I-030-02/2004-02/91, Objavljeno u NN broj 9/04.).

O kriteriju opadajućeg poslovanja vidi više: Ceveat, A., *Horizontal Mergers and "Failing Firm" defense Under Section 7 of Clayton Act*, 45 Va.L.Rev. 421, 1959, i dalje, Paredes, T., *Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, 13 Yale L. J. on Reg. 347, 1996., Ghosh, S., *Relaxing Antitrust During Economic Downturns: A Real Options Analysis of Appalachian Coals and the Filing Firm Defense*, 68 Antitrust L.J. 115, 2000-2001., *Failing Firm Defence*, OECD/GD(96) 23, Paris, 1996.

Jedna je od novina, na koju u okviru razmatranog svakako treba ukazati, primjena novog kriterija na osnovu kojeg se određuje pojam zabranjenih koncentracija u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ.

Riječ je o tzv. kriteriju “značajnoga učinka” ili “značajnog slabljenja tržišnog natjecanja” (SLC test ili *substantially lessen competition*).¹⁸ U pravu tržišnog natjecanja EZ, ovaj je pravni standard uveden posljednjom reformom zakonodavstva o tržišnom natjecanju, provedenom 2004. godine.

Isti je kriterij od ranije na snazi u SAD-u, Australiji, Kanadi i nekim drugim zakonodavstvima. Dvojbeno je, je li isti kriterij na snazi i u nas.¹⁹

Primjena ovog (novog) kriterija nije donijela bitne novine u samom postupku ocjene koncentracije.

Međutim, njegovim je uvođenjem u postupak ocjene koncentracija uveden viši stupanj fleksibilnosti negoli je to bio slučaj kada je na snazi bio test “vladajućeg položaja”.

Antimonopolnim tijelima je omogućen viši stupanj diskrecije kada su u pitanju, tzv. sporne koncentracije.

Ranije se u praksi događalo da neka koncentracija ima za učinak jačanje vladajućeg položaja sudionika koncentracije nakon njezine provedbe, ali da je istovremeno takvo stanje tek privremeno ili da su pozitivni učinci koncentracije prevalentni u odnosu na štetne.

Takvu je koncentraciju, primjenom kriterija vladajućeg položaja trebalo zabraniti.

Kako bi se takve situacije ublažile i kako bi se u uvjetima povećane konkurentnosti u današnje vrijeme moglo odgovoriti na potrebe suvremene gospodarske prakse, uveden je spomenuti, novi test “značajnog učinka”.

¹⁸ Vidi o tome: Green paper on the review of Council regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 final, 11. 12. 2001., str. 39. i dalje, Riesenkauff, Alexander, *The New EC Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation*, 24 *Nw.J.Int'l L. &Bus.* 715, 2003-2004.

¹⁹ Pojedini domaći autori zastupaju gledište da je i u nas na snazi kriterij “značajnoga učinka” ili SLC kriterij (V. primjerice: Cerovac, M., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, 2005., str. 10., u svezi s bilj. 15.). No, ne bi se u potpunosti mogli složiti s tim. Ne dvoji se u to je li kriterij iz članka 18. ZZTN kojim se određuje pojam zabranjenih koncentracija dovoljno fleksibilan u smislu da je on prepreka dopuštanju koncentracije kod koje dolazi do jačanja vladajućeg položaja sudionika koncentracije. Iz prakse AZTN nedvosmisleno proizlazi da se u postupku ocjene koncentracije uistinu ispituju krajnji učinci neke koncentracije na tržišno natjecanje, koji se ne smije manifestirati kao značajno slabljenje tržišnog natjecanja, iako nije poželjna posljedica koncentracije stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja. Međutim sama formulacija iz članka 18. ZZTN ne podržava tezu da je u nas na snazi kriterij značajnoga učinka, već kriterij “vladajućeg položaja”. U spomenutom se članku navodi da su “zabranjene koncentracije” kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj...ako mogu značajno utjecati na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja. Za razliku od našeg ZZTN u Uredbi 139/04 se koristi formulacija kojom se zabranjuju koncentracije koje imaju za učinak slabljenje tržišnog natjecanja, a jačanje vladajućeg položaja se ističe samo kao temeljni način na koji će doći do slabljenja tržišnog natjecanja.

Njegovom je primjenom u središtu analize krajnji učinak neke koncentracije na tržišno natjecanje, koji se ne smije manifestirati kao “značajno slabljenje tržišnog natjecanja”.

Drugim riječima rečeno, ima li neka koncentracija za učinak trajno i značajno slabljenje tržišnog natjecanja, treba ju zabraniti.

U odnosu prema ranijem testu, prema kojem su bile zabranjene koncentracije kojima je dolazilo do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja znači da se sada mogu dopustiti koncentracije kojima dolazi do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, ali je sada bitno da zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja ne dolazi istovremeno i do slabljenja tržišnog natjecanja.

Slijedom navedenog, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja nije nebitna činjenica za zabranu neke koncentracije, no to nije i presudna činjenica na kojoj će Komisija EZ ili drugo antimonopolno tijelo, temeljiti svoju odluku o zabrani provedbe neke koncentracije.

Osim u slučaju stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja sudionika koncentracije nakon njezine provedbe, koncentracija će biti predmetom zabrane i ako njome dolazi do stvaranja *zajedničkog vladajućeg položaja* sudionika koncentracije i njihovih takmaca na mjerodavnom tržištu, odnosno ako koncentracija ima za učinak zajedničko vladanje tržištem.

Potonji je pravni institut o *zajedničkom vladajućem položaju* osebujan pravni koncept, koji je u Europi u prvom redu razvijen kroz praksu Komisije EZ i Suda EZ,²⁰ da bi ga kasnije prihvatile u svojim zakonodavstvima države članice EZ.

U nas je dijelom odredbe iz čl. 15. st. 4. ZZTN²¹. Članak 15. st. 4. ZZTN glasi: pretpostavlja se da se više poduzetnika u smislu stavka 2. ovog članka nalazi u vladajućem položaju kada:

1. tri ili manje poduzetnika imaju zajednički tržišni udjel na mjerodavnom tržištu od više od 60% ili
2. pet ili manje poduzetnika imaju zajednički tržišni udjel na mjerodavnom tržištu od više od 80%.

Prema ovom konceptu, koncentraciju treba zabraniti ako će na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije doći do slabljenja tržišnog natjecanje jer će se provedbom koncentracije na tržištu uspostaviti takvo stanje koje će

²⁰ Komisija EZ-a je po prvi puta primijenila koncept o zajedničkom vladajućem položaju u slučaju koncentracija poduzetnika u postupku ocjene koncentracije *Kali& Salz* (France v. Commission (C-68/94 i 30/95) 31. 03. 1998., [1998] ECR I-1375, [1998] 4 CMLR 829), a potom i u brojnim drugim (vidi primjerice: *Gencor/Lonrho* (IV/M 619), (1999) 4 CMLR 1076).

Prethodno su o tome pitanju već raspravljali i Komisija EZ i Sud EZ-a, ali u svezi s primjenom članak 82. Ugovora o EZ koji regulira temeljna pitanja vladajućeg položaja i zlouporabe vladajućeg položaja, a ne i pitanje koncentracija (vidi recimo predmet: *Italian Flat Glass*, Case T-68, 77-78/89, *Re Italian Glass: Società Italiana Vetro v. Commission*, (1992) ECR I-1403). Kasnije je isti pravni koncept primijenjen i na situacije koje se tiču koncentracija poduzetnika.

²¹ Članak 15. st. 4. ZZTN treba čitati u konjunkciji sa člankom 18. ZZTN, koji u određenju zabranjenih koncentracija propisuje da su zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika. Iz toga proizlazi mogućnost zabrane.

omogućiti i/ili olakšati zajedničko vladanje tržištem sudionicima koncentracije i njihovim konkurentima.²²

To znači da sama koncentracija nema za posljedicu prekomjerno jačanje tržišne snage (stvaranje vladajućeg položaja) samih sudionika koncentracije.

Opasnost od provedbe koncentracije u ovom slučaju počiva na tomu što se njom povećava vjerojatnost i stvaraju pretpostavke za moguću (nedopuštenu) suradnju (prešutnu ili izričitu) između na tržištu preostalih konkurenata, a koja prije provedbe koncentracije, u pravilu, nije bila moguća.

No, da bi se teorija o zajedničkom konceptu održala u konkretnom slučaju koncentracije, danas se uobičajeno traži ispunjenje određenih pretpostavki: a/ na tržištu je prisutan mali broj konkurenata, b/ proizvodi su homogeni, i c/ cijene su ujednačene.²³

Uobičajeno se zahtijeva da su potonji uvjeti kumulativno ispunjeni. Neće biti dostatno za zabranu koncentracije i utvrđivanje zajedničkog vladanja tržištem samo dokazati činjenicu da je smanjen broj tržišnih natjecatelja, već da su i stvarne i pravne okolnosti takve da je izvjesno da će provedena koncentracija stvoriti pretpostavke suradnje konkurenata, koja prije koncentracije nije postojala niti bila moguća.

Što je gospodarsko okružje manje složeno i stabilnije, to je poduzetnicima lakše sporazumjeti se o uvjetima zajedničkog djelovanja.²⁴

Primjerice, lakše je nekolicini poduzetnika djelovati zajedno negoli većem broju poduzetnika.

Također je jednostavnije koordinirati cijenu jednog proizvoda, negoli stotine cijena na tržištu s mnogo diferenciranih proizvoda. Jednako tako, jednostavnije je koordinirati cijenu ako su uvjeti ponude i potražnje razmjerno stabilni, nego ako se stalno mijenjaju.²⁵

2.3. Uvjetno dopuštene koncentracije

Treći je pravni pojam suvremenog prava tržišnog natjecanja, osobito važan u kontekstu ovoga rada, pojam uvjetno dopuštenih ili spornih koncentracija. Ovo iz razloga jer se mjere restrukturiranja i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, koje su središnje pitanje rada, izriču upravo kod spornih koncentracija.

Spornim se koncentracijama smatraju one koncentracije kod kojih je uočen neki problem konkurencije, ali koji nije takvih razmjera da iziskuje potrebu apsolutne zabrane koncentracije.

²² Vidi o tome: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004, p. 5-18., (u daljnjem tekstu Smjernice Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija).

²³ Ibidem, str. 13.- 19.

²⁴ Ibidem, toč. 45.

²⁵ Ibidem.

Ili drugačije rečeno, spornim se koncentracijama smatraju zabranjene koncentracije koje se uvjetno dopuštaju pod pretpostavkom da sudionici koncentracije prihvate izmijeniti okolnosti koncentracije i uklone sporni problem konkurencije.

U domaćoj su i stranoj praksi tržišnog natjecanja uvjetno dopuštene koncentracije relativno česte. U svakom slučaju, daleko su zastupljenije i raširenije negoli "zabranjene koncentracije".

No unatoč tomu, u našem je pravnom sustavu ovim koncentracijama u zakonskim vrelima prava tržišnog natjecanja posvećeno vrlo malo prostora, tek jedna zakonska odredba.

Tako se u ZZTN određuje da će AZTN u rješenju kojim se koncentracija ocjenjuje **uvjetno dopuštenom, odrediti mjere, uvjete te rokove njihova ispunjenja kako provedba koncentracije ne bi imala za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu.**²⁶

Ova odredba dakako nije dovoljna da bi se na temelju nje moglo razumjeti složenu problematiku spornih koncentracija i spomenutih mjera. Znatno je podatnije pravno vrelo u tome pogledu Napatuk AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija²⁷.

Iako rečeni Napatuk, sustavno i detaljno razrađuje materiju uvjetno dopuštenih koncentracija, isti međutim, nije pravno obvezujuće pravno vrelo i njegova su rješenja tek smjernice sudionicima koncentracije kako postupati u slučaju spornih koncentracija ili postići dogovor s AZTN u slučaju uvjetno dopuštenih koncentracija.

Jednako tako i u poredbenim se zakonodavstvima materija o uvjetno dopuštenim koncentracijama razrađuje smjericama ili naputcima. Tako se primjerice u SAD-a, potonja materija nalazi u smjericama Ministarstva pravosuđa (Department of Justice) i Federalne trgovačke komisije (Federal Trade Commission).²⁸

Najvažnije se "europsko" pravno vrelo, koje se bavi ovom problematikom, već spominjane Smjernice Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija.

Iako se takav pristup ne smatra i najboljim mogućim modelom za uređenje neke pravne materije, pogodnosti ipak postoje. Takav pristup dopušta brzu i jednostavnu prilagodbu ili izmjenu predloženih pravnih rješenja pojavnostima u praksi, a što je osobito važno kada je riječ o koncentracijama poduzetnika.

No neovisno o navedenom, treba naglasiti, da bi se uopće utvrdilo je li neka koncentracija zabranjena, dopuštena ili uvjetno dopuštena, potrebno je u svakom pojedinom slučaju koncentracije provesti postupak ocjene koncentracije, odnosno postupak kontrole.

²⁶ Čl. 26. st. 4. ZZTN.

²⁷ Op. cit., bilj. 19.

²⁸ Horizontal Merger Guidelines 1997., U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 2, 1992, revised April 8. 1997., str. 2., dostupno na: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>.

3. O postupku nadzora i ocjene koncentracija

3.1. Kontrola koncentracija

Institut kontrole koncentracija poznaju sva suvremena zakonodavstva o tržišnom natjecanju.

Kontrola koncentracija u svim se suvremenim zakonodavstvima provodi institutom obvezatne prijave namjere koncentracije nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.²⁹

Prve su s kontrolom koncentracija započele SAD, još 1976. godine, donošenjem Hart Scott Rodinos Antitrust Improvement Act-a.³⁰

U Europi se kontrola koncentracija provodi od početka 90-ih godina dvadesetog stoljeća, nakon što je u okviru EZ donesena prva uredba o kontroli koncentracija Uredba 4064/89³¹.

Postupno, takav pravni režim za koncentracije uvode sve europske države.

U nas se kontrola koncentracija provodi od donošenja prvog ZZTN, 1995. godine.

Cilj je postupka kontrole koncentracija preventivno djelovati na pojave koncentracija te spriječiti provedbu onih koncentracije za koje se u postupku njihove ocjene utvrdi da će se negativno odraziti na tržišno natjecanje na način da će za ishod imati slabljenje tržišnog natjecanja, a podredno i stvaranje i/ili jačanje vladajućeg položaja sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu.

Na taj se način sprječava stvaranje takvih tržišnih struktura koje će trenutno ili kroz neko vrijeme, onemogućiti učinkovito tržišno natjecanje na nekom tržištu ili djelatnosti.

Ne, kontrola koncentracija se ne provodi u svim slučajevima koncentracija.

Odnosno, drugačije rečeno, prijavu namjere provedbe koncentracije nisu obvezni podnijeti svi poduzetnici u svim slučajevima koncentracija, nego samo poduzetnici značajne veličine i tržišne snage, a što se u većini zakonodavstava određuje pomoću kriterija ukupno ostvarenog prometa.

Tako primjerice Uredba o kontroli koncentracija EZ, Uredba 139/04, propisuje da su obvezu prijave namjere koncentracije dužni prijaviti sudionici koncentracije kada:

- (a) ukupan promet svih poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji, u cijelom svijetu premašuje 5.000 milijuna EUR i
- (b) ukupan promet unutar Zajednice svakog od najmanje dva poduzetnika premašuje 250 milijuna EUR.³²

²⁹ Vidi čl. 22. ZZTN i čl. 4. Uredbe 139/04.

³⁰ Hart –Scott Rodino Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C. § 18a, u daljnjem tekstu HSR Act.

³¹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30/12/1989, u daljnjem tekstu Uredba 4064/89.

³² Kriterijom ukupno ostvarenog prometa sudionika koncentracije na tržištu EZ utvrđuje se obim aktivnosti sudionika predmetne koncentracije na tržištu EZ.

Njemački GWB u §35. propisuje da obveza prijave namjere provedbe koncentracije nastupa ako u poslovnoj godini koja je prethodila koncentraciji: 1. ukupan promet (*Umsatzelöse*) svih sudionika koncentracije ostvaren na svjetskom tržištu prijeđe iznos od 500 milijuna eura, 2. ukupan promet barem jednog od sudionika koncentracije ostvaren na domaćem tržištu prijeđe iznos od 25 milijuna EUR.

Naš ZZTN obvezu prijave namjere provedbe koncentracije vezuje uz dvije okolnosti.

U prvog je riječ o poslovnim operacijama koje za učinak imaju koncentraciju poduzetnika. Dakle, nema li neka poslovna operacija za učinak koncentraciju poduzetnika, obveza prijave namjere koncentracije ne postoji. Istovjetno pravno rješenje sadrže i sva druga razmatrana zakonodavstva i države.

Druga je da je riječ o poduzetnicima koji prelaze pragove *prihoda* utvrđene u ZZTN. Tako se u članku 22. ZZTN navodi da obveza namjere provedbe koncentracije nastupa ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti:

1. ako ukupan *prihod* svih poduzetnika sudionika koncentracije, ostvaren prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu, iznosi najmanje jednu milijardu kn u financijskoj godini koja je prethodila koncentraciji i

2. ako ukupan *prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije*, ostvaren prodajom robe i/ili usluga u Republici Hrvatskoj, iznosi najmanje 100.000.000,00 kn u financijskoj godini koja je prethodila koncentraciji.³³

Ne može se ne zamijetiti da se u ZZTN obveza prijave namjere provedbe koncentracije vezuje uz kriterij ukupno ostvarenog *prihoda*, a ne *prometa*, kako je to u većini drugih zakonodavstava.

Ovakvo je zakonsko rješenje nerijetko rezultiralo neučinkovitosti u sustavu kontrole koncentracije u nas, te unatoč apelima struke za izmjenom, do toga još uvijek nije došlo.

Naime, primjenom kriterija prihoda, a ne prometa bitno manji broj koncentracija dolazi pod ingerenciju AZTN i u tom smislu podliježe postupku ocjene, pa i onih za koje je nesporno da su koncentracije između najvećih poduzetnika na domaćem tržištu.

Da je kriterij ostvarenog prihoda kao kriterij za utvrđivanje tržišne snage poduzetnika pogrešan, pokazuje i sljedeći primjer.

Riječ je o nedavno provedenoj koncentraciji između T- HT i Iskon Interneta. Prije provedbe koncentracije TH-T i Iskon Internet bili su izravni i najznačajniji konkurenti na tržištu. TH-T je uz to na tržištu uživao i vladajući položaj. Iako je po svim pokazateljima u ovom slučaju bila riječ o koncentraciji koja bi bila, ako ne zabranjena, tada bi zasigurno bila sporna koncentracija, do postupka ocjene koncentracije nije ni došlo jer primjenom kriterija prihoda, koncentracija nije podlijegala obvezi prijave koncentracije, budući da Iskon Internet kao jedan od

³³ Ukupan prihod utvrđuje se uzimajući u obzir prihode svih povezanih društava poduzetnika koji stječu prevladavajući utjecaj ili kontrolu, osim prihoda ostvarenog prodajom robe i usluga, između društava unutar koncerna. Čl. 22. st. 4. i 5. ZZTN.

sudionika koncentracije nije premašio prag do 100.000.000,00 kuna prihoda, a koliko je bilo potrebno da bi obveza prijave namjere provedbe koncentracije nastupila.

Osim u pogledu navedenog, razmatrana odredba ZZTN, trpi prigovor i u svezi s formulacijom iz čl. 22. st. 2., gdje se propisuje da se obveza prijave namjere koncentracije određuje s obzirom na ukupno ostvareni prihod *svakog* od najmanje dva sudionika koncentracije.

Tako primjerice, ako je jedan od sudionika koncentracije ostvario prihod od 100 milijuna kn, a drugi ne, (ali je recimo ostvario prihod od 99 milijuna kn), obveza prijave namjere koncentracije ne postoji.

To u praksi može dovesti do paradoksalnih situacija. Poduzetnik A na taj način može preuzimati jednog po jednog (uvjetno rečeno) "malog" poduzetnika, čiji prihod ne prelazi prag na osnovu kojeg se određuje obveza prijave namjere provedbe koncentracije i na taj način steći u konačnici i vladajući položaj, pa i monopol na tržištu, a da takve transakcije nikada ne budu podvrgnute postupku ocjene iz razloga jer drugi poduzetnik nije ostvario prihod na temelju kojeg bi nastupila obveza prijave namjere koncentracije.

Za razliku od ZZTN-a, propisi drugih europskih država su koristeći različite formulacije izbjegli ovakve zamke.

Recimo, njemački GWB u §35. st. 2. propisuje da obveza prijave namjere koncentracije postoji ako ukupan promet *barem jednog* od sudionika koncentracije ostvaren na domaćem tržištu prijeđe iznos od 25 milijuna EUR.

Talijanski Zakon br. 287. u odjeljku 16 (1) određuje da obveza prijave namjere koncentracije postoji kada ukupan promet *jednog* od poduzetnika koji sudjeluje u koncentraciji premaši iznos od 44 milijuna EUR.

3.2. *Suspenzivan učinak prijave namjere provedbe koncentracije*

Prijavom namjere provedbe koncentracije nastupa suspenzivan učinak koncentracije³⁴. To znači da se započeta provedba koncentracije prekida na određeno vrijeme dok se u postupku ocjene ne utvrde njezini mogući učinci na tržišno natjecanje.

Maksimalno vrijeme trajanja postupka ocjene koncentracije razlikuje se od zakonodavstva do zakonodavstva (u pravilu je to između 105 radnih dana koliko predviđa Uredba 139/04 pa čak do maksimalno sedam mjeseci koliko dopušta naš ZZTN)^{35, 36}.

³⁴ Vidi s tim u svezi čl. 22. st. 3. ZZTN te čl. 7. Uredbe 139/04.

³⁵ Vidi s tim u svezi čl. 56 st. 1. i 5. ZZTN te čl. 10 Uredbe 139/04.

³⁶ Ovdje se može iznijeti primjedba da postupak ocjene koncentracije u nas predugo traje. Poduzetnicima je iznimno važno da se koncentracije provede što prije, u što kraćem roku. U nas, postupak ocjene traje najduže sedam mjeseci, što se smatra predugim rokom. Stoga se ocjenjuje da bi se trebalo preispitati je li moguće sadašnji rok skratiti na neki razumniji, kraći rok.

Za to su se vrijeme sudionici koncentracije dužni suzdržati od provođenja bilo kakvih radnji koje bi za učinak imale stvaranje pravnog ili ekonomskog jedinstva između njih.

To znači i da se sudionici koncentracije na tržištu, neovisno o tomu što će koncentracija vjerojatno uslijediti, još neko vrijeme moraju ponašati kao stvarni ili potencijalni konkurenti.

Prijavom namjere provedbe koncentracije započinje postupak ocjene koncentracije. Prvo se pristupa formalnom ispitivanju prijave, kada se utvrđuje je li prijava potpuna, pravodobna i slično.

Ukoliko se tijekom ovog formalnog postupka ocjene utvrdi da je prijava potpuna, pravovremeno podnesena te da je riječ o koncentraciji, koja podliježe obvezi prijave, tada započinje postupak ocjene koncentracije u materijalnom smislu.

U nas su ova pitanja detaljno regulirana Uredbom o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika³⁷.

Njezina rješenja manje više odgovaraju rješenjima koja su na snazi i u stranim zakonodavstvima napose u EZ³⁸.

Postupak ocjene koncentracije danas je u svijetu manje više standardiziran i provodi se na temelju sličnih ili istih kriterija i načela.

3.3. Postupak ocjene koncentracije

Postupak ocjene koncentracije ima središnje mjesto u sklopu procjene učinaka neke koncentracije na tržišno natjecanje. Riječ je o iznimno složenom postupku u kojem se primjenom niza pravnih i ekonomskih mjera, u prvom redu ispituju moguće štetne posljedice neke koncentracije na tržišno natjecanje.

No, cilj je postupka ocjene koncentracije osim eventualnih štetnih posljedica, koje mogu nastupiti provedbom koncentracije na tržištu, utvrditi i sve prednosti koje provedbom koncentracije mogu nastupiti na tržištu.

Pogodnosti koje će nastupiti provedbom koncentracije ponajprije se očituju kao sniženje cijene proizvoda, unapređenje proizvoda, skraćanje tokova prodaje i/ili distribucije, unapređenje ponude, usavršavanje proizvoda i slično.

Da bi se potonje utvrdilo u postupku ocjene koncentracije primjenjuje se niz kriterija, u nas konkretiziranih u odredbi iz čl. 25. ZZTN.

Primjerice, navodi se da je u postupku ocjene koncentracije potrebno provesti analizu strukture mjerodavnog tržišta, tržišne snage sudionika koncentracije i njihovih konkurenata, utvrditi broj potencijalnih i stvarnih konkurenata, utvrditi učinke koncentracije na ostale poduzetnike, a osobito s obzirom na pogodnosti za potrošače.

³⁷ NN broj 51/04.

³⁸ Vidi o tome: Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentration between undertakings OJ L 133/1, 30. 04. 2004.

Gotovo identične kriterije nalazimo i u drugim zakonodavstvima. Recimo Uredba 139/04 EZ propisuje da se sljedeći čimbenici moraju ispitati pri procjeni učinaka neke koncentracije na tržišno natjecanje: tržišni udjeli sudionika koncentracije i njihova ekonomska i financijska moć, stanje konkurencije na mjerodavnom tržištu gdje se ispituje tržišna snaga i broj stvarnih i potencijalnih konkurenata, zapreke ulaska na tržište, koristi koje će nastupiti provedbom koncentracije za potrošače i slično.³⁹

Međutim, neovisno o navedenom, nužno je istaknuti da svaki postupak ocjene koncentracije u konačnici je krajnje individualiziran.

U postupku ocjene koncentracija prihvaćen je tzv. *case by case* pristup, prema kojem se svaka koncentracija ocjenjuje u svjetlu konkretnih okolnosti koje je karakteriziraju.

Nema dvije iste koncentracije. Tako ono, što je prevalentni čimbenik za dopuštanje jedne koncentracije, može biti temeljni razlog zabrane neke druge.

No, bez obzira na to koji će sve elementi biti ključni u postupku ocjene koncentracije i koji će biti prevalentni za donošenje neke odluke nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, danas se univerzalno prihvaća da se u postupku ocjene koncentracije temeljno utvrđuju sljedeće okolnosti.

Prva, hoće li koncentracijom doći do stvaranje novog ili jačanja vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu, druga, ima li koncentracija za posljedicu stvaranje zajedničkog vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu.

Ukoliko koncentracija za učinak ima stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja ili stvaranje zajedničkog vladajućeg položaja,⁴⁰ može se smatrati da je riječ o koncentraciji koja pobuđuje sumnje nadležnih antimonopolnih tijela u pogledu njezine dopuštenosti.

U tom se slučaju inicira i provodi detaljnija analiza procjene učinaka koncentracije na tržišno natjecanje (tzv. druga faza postupka ocjene koncentracije) i to u prvom redu kako bi se utvrdilo hoće li koncentracija za ishod imati značajno i trajno narušavanje odnosa slobodne konkurencije.

Provedeni postupak ocjene koncentracije može okončati donošenjem jedne od sljedećih odluka. Prva, da se koncentracija ocjeni dopuštenom i njezinim se sudionicima dopušta nastavljanje s provedbom.

Druga, da se koncentracija zabrani jer je u postupku ocjene utvrđeno da su štetne posljedice koje će nastupiti na mjerodavnom tržištu neizbježne i preznačajne da bi se koncentracija mogla dopustiti.

Treća, da se koncentracija "uvjetno dopusti", ali tek nakon što njezini sudionici u dogovoru s mjerodavnim antimonopolnim tijelom prihvate izmijeniti koncentraciju i na taj način otklone sporni problem konkurencije, zbog kojeg je koncentracija uopće smatrana spornom.

To znači da se kod potonjih koncentracija obvezatno izriče jedna ili više mjera s ciljem otklanjanja spornog problema konkurencije.

Navedene su mjere središnje pitanje rada i detaljna rasprava o istima slijedi.

³⁹ Vidi čl. 2. Uredbe 139/04.

⁴⁰ Vidi o tome u radu točka 2.2., str. 5.

4. Mjere restrukturiranja poduzetnika i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije u domaćem i poredbenom pravu i praksi tržišnog natjecanja

Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija govori o tri vrste mjera koje AZTN može izreći u postupku ocjene neke koncentracije:

1. strukturne mjere ili mjere restrukturiranja poduzetnika,
2. mjera čine mjere za praćenje ponašanja sudionika koncentracije i
3. kombinacija mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije i strukturnih mjera. U stranoj ih se doktrini još naziva i hibridnim ili kvazi-strukturnim mjerama.

Izložena tipologija odgovara klasifikaciji mjera koje spominju komparativni pravni izvori prava tržišnog natjecanja EZ i SAD-a,⁴¹ gdje se također spominje tri moguće vrste mjera, tzv. strukturne mjere (*structural remedies*), mjere praćenja (*behaviourial remedies*) i tzv. kvazistrukturne mjere (*quasi structural remedies*).⁴²

Izbor odgovarajuće mjere, za koju se smatra da je optimalno rješenje u nekom slučaju koncentracije, zavisen je od okolnosti konkretne koncentracije. Premda je danas dominantno stajalište, zastupljeno i u domaćoj i u stranoj praksi prava tržišnog natjecanja⁴³, da prednost kada god je to moguće, treba dati mjerama restrukturiranja.

⁴¹ U većini je doktrinarnih pravnih izvora prava tržišnog natjecanja prihvaćena izložena klasifikacija (V. primjerice Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., *Merger remedies in the EU: An Overview*, u knjizi Lévéq, F., Shelanski, Howard, *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003., str. 106- 129; Ezrachi, A., *Under Prescribing of Behavioural Remedies*, Center for Competition Law and Policy, Oxford, Working paper 13/05 Ray, P., *Economic Analysis and the Choice of Remedies*, u knjizi Lévéq, F., Shelanski, H., *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003., str. 129.- 137.), osobito kada je riječ o klasifikaciji na strukturne mjere i mjere praćenja. Međutim, postoje i druge klasifikacije. Primjerice govori se i o mjerama informiranja, nadalje, provodi se subklasifikacija mjera praćenja na "čiste" mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije i kvazimjere praćenja. Pored toga, uočena je i svojevrсна zbrka u definiranju kada je o kojoj vrsti mjere riječ. Tako se mjere praćenja u pojedinim izvorima označavaju i kao kvazistrukturne mjere.

⁴² V. o tome Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika predviđenim Uredbom Vijeća (EEZ) 4064/89 (*Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Council Regulation EEC 447/98, OJ C 68, 2.3. 2001*) te nacrt revidirane Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika prema Uredbi Vijeća (EEZ) br. 139/04 i prema Uredbi Komisije br. 802/2004 od 14. 04. 2007. DOJ i FTC objavili su 2004. godine tzv. *Policy Guide to Merger Remedies*, s detaljnim opisom mjera i načinima njihove implementacije. Dostupno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>.

⁴³ Sud EZ je u predmetu Gencor (Case T- 102/96 (1999) ECR II-753) zauzelo gledište da prednost treba, kada je god to moguće, dati strukturnim mjerama. Potom je istovjetno stajalište iznio i u Obavijesti prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika (v. toč. 9).

Ovo iz razloga jer tada nije potrebno osigurati kontinuirani nadzor nad sudionicima koncentracije u cilju utvrđivanja drže li se dogovorenog, a što je slučaj kada nadležno tijelo za ocjenu koncentracije prihvati preuzetu obvezu sudionika da će se suzdržati od nekog ponašanja ili omogućiti pristup sirovinama ili ključnoj tehnologiji drugim konkurentima, kako bi se tržišno natjecanje neometano odvijalo.⁴⁴

Međutim, u pojedinim slučajevima poduzimanje strukturnih mjera nije moguće ili nije ni nužno.

Tada se smatra da treba usvojiti onu mjeru koja će na odgovarajući način ukloniti postojeći ili mogući problem.⁴⁵

Pri tome se u stranoj doktrini uobičajeno ističe da se pri izricanju odgovarajuće mjere nadležna tijela trebaju rukovoditi dvama načelima, načelom proporcionalnosti i načelom prema kojem predložena mjera mora u potpunosti ukloniti potencijalni problem konkurencije.

Prema prvom načelu proporcionalnosti, predložena mjera mora biti proporcionalna problemu konkurencije.

Odnosno, drugačije rečeno, predložena mjera ne smije nametati sudionicima koncentracije nepotrebna i prekomjerna ograničenja, koja nisu nužna za ostvarenje cilja koji se želi ostvariti poduzimanjem mjere.⁴⁶

Primjerice, ako provedbom koncentracije dolazi do ograničavanja konkurencije na samo jednom od više mjerodavnih tržišta, tada poduzeta mjera treba pridonijeti rješavanju spornog problema samo na mjerodavnom tržištu na kojem se utvrdilo da koncentracija može dovesti do slabljenja konkurencije i ograničavanja slobodnog tržišnog natjecanja.

Prema drugom načelu, predložena mjera mora: (i) predstavljati trajno rješenje problema za koji se smatra da bi nastupio provedbom koncentracije te (ii) mora biti izvjesno da je provođenje mjera moguće i to u kratkom roku i maksimalno učinkovito⁴⁷.

U tom smislu neprihvatljivim treba smatrati:

- (i) predlaganje mjera koje rješavaju postojeći problem, ali koje s druge strane dovode do stvaranja novih problema konkurencije koji ranije nisu postojali,

U nas takvo gledište proizlazi iz Naputka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, op. cit., bilj. 16.

⁴⁴ Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit. „bilj. 37., toč. 9.; Vidi u tom smislu i Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracije poduzetnika, op. cit., bilj. 19.

⁴⁵ Sud EZ je povodom žalbe sudionika koncentracije u predmetu Gencor naveo da se prijenos licencije ili druga mjera koja po pravnoj prirodi nije strukturna, a kojom se rješava sporni problem konkurencije, ne može *a priori* isključiti kao odgovarajuća pravna mjera.

⁴⁶ Drautz, G., *Remedies Under the Merger Regulation*, u knjizi *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. by Hawk, B., Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 120.

⁴⁷ *Ibidem*.

- (ii) mjere koje predstavljaju samo djelomično rješenje naznačenog problema,
- (iii) mjere za koje je izvjesno da ih stranke neće moći provesti u razumnom roku,
- (iv) mjere za koje je izvjesno da ih stranke, sudionici koncentracije zbog bilo kojih razloga uopće neće moći provesti.⁴⁸

Izbor najprikladnije mjere u većini je zakonodavstava prepušten strankama sudionicima koncentracije. U tom smislu, teret dokaza o tomu da će predložena mjera u potpunosti ili u najvećoj mogućoj mjeri ukloniti probleme konkurencije na koje je nadležno tijelo ukazalo, leži na sudionicima koncentracije, što neće uvijek biti jednostavno i dokazati.⁴⁹

4.1. Strukturne mjere ili mjere restrukturiranja poduzetnika

U nedostatku zakonskog određenja, strukturne se mjere doktrinarno uobičajeno određuju opisno.

Strana doktrina određuje da se strukturnim mjerama smatraju pravne radnje i poslovne operacije kojima se sudionici koncentracije u cilju ishođenja odobrenja koncentracije, obvezuju otuđiti dio imovine ili sporni dio djelatnosti.⁵⁰

Naputak AZTN samo nabroja kao primjere, neke od strukturnih mjera, bez da posebno određuje što su to strukturne mjere.

Ističe se da su to primjerice:

- prijenos (otuđenje) stečenih dionica, odnosno poslovnih udjela,
- zabrana ostvarivanja prava glasa vezanog uz dionice ili udjele poduzetnicima-sudionicima koncentracije,
- prestanak kontrole zajedničkog pothvata,
- prestanak drugih oblika kontrole,
- prodaja jedne ili više djelatnosti koje obavljaju sudionici koncentracije i
- prodaja ili prestanak korištenja dijela, ili svih nekretnina, ili imovine sudionika koncentracije⁵¹.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 6.

⁵⁰ Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., op. cit., bilj. 36., str. 106.

⁵¹ Vidi Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit. bilj. 19., str. 56.

U komparativnom pravu tržišnog natjecanja, napose u zakonodavstvu EZ i SAD-a, strukturne se mjere na jedinstven način označavaju pravnotehničkim izrazom *divestiture*^{52,53}.

Klasičnom i najpoznatijom strukturnom mjerom smatra se prodaja poduzeća, dijela poduzeća ili društva kćeri, a tu ubrajamo i prijenos licencije i know how, prodaju dionica ili udjela i slične poslovne transakcije⁵⁴.

Provedba strukturnih mjera ima za cilj osigurati da tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije bude barem onoliko dinamično koliko je bilo prije provedbe koncentracije, odnosno poželjno je da bude i intenzivnije negoli je bilo prije provedbe koncentracije.

Prodajom dijela imovine ili sličnom mjerom nastoji se na mjerodavnom tržištu u pravilu zamijeniti poduzetnik koji je provedbom koncentracije na njemu nestao.

Njima u biti dolazi do razbijanja gospodarskog jedinstva, pravnog subjekta koji je, ili već nastao, ili tek treba nastati u postupku koncentracije i to prodajom i prijenosom dijela njegove imovine konkurentskom poduzetniku, a s ciljem smanjenja tržišne snage poduzetnika sudionika koncentracije i jačanja konkurencije na mjerodavnom tržištu na kojem je tržišno natjecanje, ili ukinuto, ili na kojem je došlo do slabljenja tržišnog natjecanja.

Međutim strukturne mjere ne moraju uvijek biti i najbolje rješenje za razrješenje nekog problema konkurencije.

Smatra se da su strukturne mjere najučinkovitija vrsta mjera:

(i) u slučaju kada je koncentracija već provedena, a ima za posljedicu trajno ukidanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Tada kao alternativa poništavanju poslovnih transakcija koje su dovele do koncentracije poduzetnicima preostaje jedino mogućnost preuzimanja obveza prodaje dijela imovine, ili poslovanja, ili drugih obveza, a kako bi se na mjerodavnom tržištu ponovno uspostavile pretpostavke za dinamično tržišno natjecanje,⁵⁵ i

⁵² Izraz *divestiture* u prijevodu znači oduzimanje, lišavanje, odricanje od čega, Englesko-hrvatski rječnik, Filipović, Rudolf et al., Školska knjiga, Zagreb, 1983., str. 308. U pravu tržišnog natjecanja pod tim se pojmom podrazumijevaju slučajevi kada neki poduzetnik restrukturira svoju djelatnost da proda ili se na koji drugi način, lišava dijela svoje djelatnosti (npr. nekog pogona ili jednog od društava kćeri).

⁵³ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, op. cit., A Study of the Commission's Divestiture Process, FTC, Bureau of Competition, 1999, dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>; Baer, W., Feinstein, D., Meisner, M., Fixing the problem: recent developments in US merger remedies, *The Antitrust Review of the Americas*, 2004., *Global Competition Review*, str. 50-54; Jenny, F., *Guidelines for Merger Remedies-Prospectus and Principles*, Antitrust Technology and Intellectual Property Conference, Berkeley Center for Law and Technology, University of California, Berkeley, 2001.

⁵⁴ Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 13-22.

⁵⁵ Ovlast Komisije da poništi poslovne operacije i poduzme bilo koju drugu mjeru u cilju ponovnog uspostavljanja tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu predviđena je člankom 8(4) Uredbe 139/04 koji određuje da Komisija kada utvrdi da je: "neka koncentracija (a) već bila provedena, a proglašena je neusklađenom sa zajedničkim tržištem, ili je (b) bila provedena

(ii) u slučaju kada se u drugoj fazi postupka ocjene koncentracije nedvojbeno utvrdi da je riječ o koncentraciji koju treba zabraniti. I u tom slučaju jedina alternativa zabrani provedbe koncentracije preuzimanje je obveza restrukturiranja prodajom dijela imovine ili na drugi način, iako je u potonjem slučaju stanje za nadležno antimonopolno tijelo daleko jednostavnije jer koncentracija nije provedena, pa nije potrebno djelovati u smislu uklanjanja štetnih učinaka koji su na tržištu već moguće nastupili provedbom koncentracije⁵⁶.

No bez obzira na navedeno, nema dvojbe da primjena strukturnih mjera nije lišena izvjesnih problema.

Jedan je od čestih problema u svezi s primjenom strukturnih mjera taj što nije uvijek moguće pronaći odgovarajućeg kupca imovine koja se u postupku restrukturiranja nudi na prodaju⁵⁷.

Sudionici koncentracije nisu u pravilu visoko motivirani da se kao kupac imovine pojavi konkurent značajne tržišne snage. Njihovi naporu u pravcu pronalazanja kupca bit će usmjereni na odabir konkurenta za kojeg znaju da se neće moći ravnopravno natjecati na tržištu.

Slijedom toga, kriteriji za odabir odgovarajućeg kupca stajališta tijela kojima je povjerena zadaća zaštite tržišnog natjecanja i sudionika koncentracije se bitno razlikuju. Dok će prvi inzistirati na pronalasku kupca koji će biti sposoban i aktivan tržišni igrač, to neće biti kriteriji kojima će se u odabiru kupca rukovoditi sudionici koncentracije.

Nadalje, jedan je od učestalih problema s kojima se susreće praksa o tržišnom natjecanju u provedbi strukturnih mjera i taj što je za samostalno djelovanje na tržištu poduzetnika, koji se pojavljuje kao kupac imovine koju prodaju sudionici koncentracije, često potrebna, barem u jednom prijelaznom razdoblju, asistencija sudionika koncentracije, koji zasigurno neće učiniti u tom pravcu više negoli je nužno.

Jačanjem konkurenta slabi njihov tržišni položaj, zbog čega sudionici koncentracije neće biti "previše" motivirani pomoći konkurentu da učvrsti svoj tržišni položaj i ojača kao tržišni takmac.

protivno uvjetu uz odluku koja je donesena u skladu sa stavkom 2. prema kojoj bi, da nema toga uvjeta, dotična koncentracija ispunjavala kriterij iz članak 2. st. 3... Komisija može: zahtijevati od sudionika koncentracije poništiti koncentraciju poglavito poništavanjem pripajanja ili prodaje svih stečenih udjela ili imovine, kako bi ponovo uspostavili stanje prije provedbe koncentracije; u slučajevima kada ponovna uspostava stanja prije provedbe koncentracije nije moguća poništavanjem koncentracije Komisija može poduzeti druge prikladne mjere za maksimalno uspostavljanje takvog prethodnog stanja; narediti bilo koju drugu odgovarajuću mjeru kako bi predmetni poduzetnici poništili koncentracije ili poduzeti druge mjere za maksimalno uspostavljanje prethodnog stanja u skladu sa svojom odlukom".

⁵⁶ Vidi o tome primjerice, Drautz, G., op. cit., bilj. 41., str. 122.

⁵⁷ Vidi primjerice: Ray, Patrick, *Economic Analysis and the Choice of Remedies*, u knjizi, *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, ed.by Lévéque, François, Shelanski, Howard, Edwar Elgar Publishing Inc., str. 129-134 i dalje, Duso, T., Gugler, K., Yurtoglu, B., *EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment*, Discussion Paper No. 81, GESY, January 2006., dostupno na www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/.

I konačno, kao čest se problem spominje i problem suradnje koja se uspostavlja nakon provedbe koncentracije između sudionika koncentracije i njihovih konkurenta. S obzirom na to da se preuzetim mjerama sudionici koncentracije često obvezuju surađivati s konkurentom, taj odnos koji bi trebao biti uspostavljen s ciljem jačanja konkurenta često prerasta u njihovo zajedničko djelovanje na obostranu korist.

Time se zapravo stvaraju pretpostavke stvaranja zajedničkog vladajućeg položaja u smislu kako je taj pravni koncept prethodno definiran.⁵⁸

4.2. Mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije

Kada poduzimanje mjera restrukturiranja nije moguće iz razloga jer primjerice ne postoji odgovarajući kupac, ili kada prodaja imovine ne rješava problem, ili kada se prodaja može negativno odraziti na ulaganja u istraživanje i razvoj, u ovim i u drugim slučajevima, sudionici koncentracije kao alternativu strukturnim mjerama, mogu predložiti provođenje ne –strukturnih ili mjera praćenja budućeg ponašanja sudionika koncentracije⁵⁹.

Potonje mjere mogu biti raznovrsne. Iz teorije i prakse prava tržišnog natjecanja proizlazi da je najčešće riječ o mjerama koje se sastoje u:

(i) propisivanju određenog načina ponašanja sudionika koncentracije kroz određeno vrijeme, (ii) praćenja budućeg ponašanja sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu⁶⁰.

Tipični primjeri ovih mjera, koje je u svojim odlukama izricala AZTN, su: obveza obavještavanja AZTN o svakom stjecanju udjela u drugim poduzetnicima⁶¹ ili obavještavanje o povećanju cijena proizvoda nakon koncentracije,⁶² ili obavještavanje AZTN o promjeni distribucijskih kanala,⁶³ zabrana unošenja

⁵⁸ Vidi o tome i: Motta, M., et al, op. cit., bilj. 36., str. 111.-116.

⁵⁹ Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 26., Vidi i: Motta, M., et al, op. cit., bilj. 36, str. 116.

⁶⁰ Primjerice u predmetu koncentracije Tvornice duhana Rovinj d.d. i Tvornice duhana Zadar d.d. (Rješenje AZTN od 6. listopada 1998., Klasa: UP/I-030-02/98-01/42) AZTN je izrekla niz takvih mjera koje su imale za cilj praćenje ponašanja Tvornice duhana Rovinj nakon provedene koncentracije. Cilj je izricanja takvih mjera bio spriječiti eventualno daljnje jačanje tržišnog položaja Tvornice duhana Rovinj i spriječiti zlouporabu stečenog vladajućeg položaja. Rješenjem je AZTN propisala sljedeće obveze Tvornici duhana Rovinj: (i) prijaviti AZTN svaku promjenu cijena cigareta iz asortimana sudionika koncentracije, (ii) obavijestiti AZTN o svakoj namjeri promjene distribucijskih tijekova (iii) prijaviti namjeru svakog daljnjeg povezivanja (bilo izravnim ili neizravnim stjecanjem dionica ili udjela ili s drugim poduzetnicima na teritoriju Republike Hrvatske), (iv) dostavljati na ocjenu AZTN sve ugovore o licenci i ugovore o poslovnoj suradnji sklopljene s domaćim ili stranim poduzetnicima i druge mjere.

Navedene mjere praćenja određene su na rok duži od dvije godine, odnosno do listopada 1998. do 31. prosinca 2000. godine.

⁶¹ V. Rješenje AZTN u predmetu koncentracije Tvornice duhana Rovinj d.d. i Tvornice duhana Zadar d.d.; Rješenje AZTN od 6. listopada 1998., Klasa: UP/I-030-02/98-01/42, toč. VII (a).

⁶² Ibidem, toč. V.

⁶³ Ibidem, toč. VI.

određenih odredbi u društveni ugovor,⁶⁴ obveza obavještavanja AZTN o raskidu postojećih ugovora s nekim od dosadašnjih partnera,⁶⁵ obveza suzdržavanja od određenog ponašanja⁶⁶ i slično.

Slične primjere nestrukturnih mjera nalazimo i u praksi Komisije EZ te američkog DOJ-a i FTC-a.

Klasičan je primjer nestrukturane mjere, koji ističe Komisija EZ u svojim dokumentima, raskidanje ugovora o isključivoj distribuciji kojim se privilegiraju pojedini poslovni partneri u odnosu na druge ili preuzimanje obveze da se neće ulaziti u sklapanje ugovora kojima se daju isključiva prava⁶⁷.

Posebnu kategoriju nestrukturnih mjera predstavljaju, tzv. *verical firewalls*. Poduzimanje ovih mjera karakteristično je u slučaju vertikalne koncentracije, kada se koncentracija provodi povezivanjem, primjerice proizvođača nekog proizvoda i distributera.

Tada je čest slučaj da proizvođač osim distributera s kojim provodi povezivanje snabdijeva i druge konkurente potonjeg, zbog čega su mu dostupne informacije o količini robe koju nabavlja, vrsti proizvoda koje nabavlja i slične informacije.

U potonjem slučaju mogućnost uvida u povjerljive poslovne podatke može narušiti ranije ustanovljene odnose snaga na tržištu. U takvim slučajevima koncentracija se može dopustiti ako se sudionici koncentracije obvežu da neće razmjenjivati navedene podatke o aktivnostima konkurenata (tzv. *non disclosure provision*)⁶⁸.

⁶⁴ U predmetu koncentracije Distri-press d.o.o i Europapress holidng d.o.o. AZTN je u rješenju odredila da društveni ugovor društva Distri-press ne smije sadržavati odredbe kojima se utvrđuje da skupština društva donosi odluke većinom glasova većom od ¾, osim u slučajevima: (a) izmjene društvenog ugovora, (b) promjene oblika ili u slučaju pripajanja i spajanja, (c) sklapanja, izmjene ili raskidanja poduzetničkih ugovora, (d) donošenja odluka o utvrđivanju godišnjeg financijskog izvješća, (e) donošenja odluka o davanju suglasnosti upravi društva za sklapanje poslova sa članovima društva ili članovima uprave ili njihovim srodnicima. V. Rješenje AZTN od 15. siječnja 2005., Klasa UP/I -030-02/2004-01/17, objavljeno u NN 11/2005., toč. I. 1.

⁶⁵ U predmetu koncentracije Distri-press d.o.o i Europapress holidng d.o.o. AZTN je naložila poduzetniku Distri press d.o.o AZTNa obavještavati o namjeri jednostranog raskida ugovora o distribuciji tiska sklopljenih s trgovcima na malo u svim slučajevima kada je raskid ugovora inicirao Distri press d.o.o, a druga se ugovorna strana takvom raskidu ugovora protivila. V. Rješenje AZTN od 15. siječnja 2005., Klasa UP/I -030-02/2004-01/17, objavljeno u NN broj 11/2005., toč. II. 3.

⁶⁶ Primjerice, u predmetu koncentracije poduzetnika UniCredito/ Allianz i Zagrebačke banke, gdje je bila riječ o zabranjenoj, a potom o uvjetno dopuštenoj koncentraciji, poduzetnik UniCredito se obvezao "suzdržati od koordiniranja poslova Splitske banke i ZABA-e, kako bi se time osiguralo da se te dvije banke i dalje efektivno natječu na hrvatskom tržištu univerzalnog bankarstva". V. Rješenje AZTN UP/I 030-02/2001-01/87.

⁶⁷ Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 27.

⁶⁸ U izloženom je slučaju posebno izraženo pitanje mogućnosti provođenja nadzora nad time da li se sudionici koncentracije pridržavaju preuzete obveze. Njihovo pravo na komunikaciju i poslovnu korespondenciju je neupitno. Kako onda osigurati da u okviru toga ne dođe i do razmjene informacija o djelatnosti, sada njihovog zajedničkog konkurenta. Vidi više o tome: Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., op. cit., bilj. 36., str. 118.

Mjere praćenja ponašanja mogu se odrediti kao samostalne mjere ili u kombinaciji s strukturnim mjerama.

Općenito se smatra da su ove mjere najprikladnije kada koncentracija još nije provedena⁶⁹, a ograničavanje tržišnog natjecanja za koje se u postupku ocjene koncentracije utvrdi da će provedbom koncentracije nastupiti, nije trajno.

Međutim, primjena mjera praćenja ponašanja nije isključena niti nemoguća u slučaju već provedenih koncentracija, kada primjerice nije moguće provesti strukturne mjere i na taj način poništiti učinke već provedene koncentracije, već je jedino moguće rješenje, praćenjem njihova ponašanja, kontrolirati sudionika koncentracije i na taj način utjecati i spriječiti da sudionici koncentracije dalje jačaju svoj tržišni položaj ili zloupotrebljavaju stečeni tržišni položaj.

Nadzor nad provedbom mjera praćenja u nas ima AZTN, koja u rješenju u kojem određuje mjere praćenja ujedno propisuje i način na koji će pratiti ponašanje sudionika koncentracije i rok na koji se izriču mjere praćenja.

Nadzor se u pravilu provodi na temelju podataka koje su dužni dostaviti sudionici koncentracije, no nema razloga da AZTN i sama ne prikupi podatke iz drugih izvora i na taj način provjeri točnost podataka koji su joj dostavili sudionici koncentracije.⁷⁰

Problem na koji se doktrinarno ukazuje u komparativnom pravu tržišnog natjecanja EZ u svezi s primjenom mjera praćenja ističe se i u domaćoj literaturi koja se bavi ovom problematikom, a riječ je da se dvoji u maksimalnu djelotvornost, odnosno učinkovitost mjera praćenja.

Iskustvo AZTN pokazuje da će mjere praćenja dati rezultate samo ako je riječ o poduzetniku koji je i inače discipliniran, odnosno koji nije sklon kršenju propisa o tržišnom natjecanju. No i takav poduzetnik će nakon nekog vremena početi neredovito dostavljati tražene podatke iz razloga što su njegovi zaposlenici angažirani na drugim, za njegovu djelatnost, važnijim poslovima.⁷¹

S druge strane, poduzetnici koji su i inače skloni nepoštivanju propisa o tržišnom natjecanju ignorirat će svoje obveze koje je propisala AZTN, pogotovo ako procijene da će materijalna korist, koja će proizaći iz namjernog kršenja propisanih obveza biti veća od novčanih kazni koje bi im mogao izreći nadležni sud.⁷²

Pored navedenog, poseban problem u primjeni mjera praćenja je osiguranje nadzora nad provođenjem mjera.

Mjere se određuju na određeni rok, odnosno na određeno vrijeme.

Koliko će dugo trajati propisana mjera ili mjere određuje se u svakom konkretnom slučaju koncentracije, a to će ovisiti o stvarnim uvjetima na tržištu i

⁶⁹ Cerovac, M., Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: Mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela, dostupno na http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac_ocjdopknc.pdf, str. 12.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Cerovac, Mladen, op. cit., bilj. 64., str. 14.

⁷² Ibidem.

drugim gospodarskim okolnostima koje bi mogle biti od utjecaja na održavanje mjera praćenja na snazi.

ZZTN, niti u radu drugi razmatrani poredbeni propisi, ne propisuje najkraći niti najduži rok u kojem bi izrečene mjere morale biti na snazi.

U Napatku u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija kao instruktivan rok se navodi rok od tri godine⁷³.

U roku koji AZTN propiše u rješenju u kojem se određuju mjere praćenja, AZTN je dužna provoditi stalan nadzor nad pridržavanjem mjera od strane sudionika koncentracije, za što je potreban i stručan i brojnik kadar, a što se navodi da je vrlo problematično i logistički i materijalno bolje ustrojenim tijelima, kao što je Komisija EZ.

Stoga je jasna sklonost i opredjeljenje AZTN, ali i Komisije EZ za izricanjem strukturnih mjera, koje su u naravi takve da njihovom provedbom dolazi do trajnog i konačnog rješavanja problema, zbog čega ne postoji potreba za eventualnim daljnjim praćenjem ponašanja sudionika koncentracije.

4.3. Kvazistrukturane mjere

Treća su vrsta mjera koje spominju domaći i poredbeni pravni izvori prava konkurencije, tzv. kvazistrukturane mjere, hibridne mjere ili kombinacija mjera praćenja ponašanja i strukturnih mjera.

U domaćoj literaturi i praksi, osim u rečenom Napatku AZTN, gotovo da ne postoji izvor iz kojeg bi se moglo crpiti saznanja o ovoj problematici, a značajno se manje problematikom ovih vrsta mjera bavi i poredbena doktrina.

U komparativnom se pravu tržišnog natjecanja EZ kao neki od primjera ove vrste mjere navode: prodaja dijela imovine uz preuzimanje obveze sklapanja ugovora kojim se prenosi na stjecatelja imovine i pravo iskorištavanja predmeta licencije vezano uz mogućnost iskorištavanja imovine ili prodaja imovine uz istodobno preuzimanje obveze sklapanja s novim kupcem ugovora o isporuci neke robe i/ili usluge pod nediskriminirajućim uvjetima, preuzimanje obveze pružanja tehničkih ili intelektualnih usluga konkurentskom poduzetniku kroz određeno vrijeme i druge mjere⁷⁴.

Kombinaciji mjera praćenja i strukturnih mjera pribjegava se samo u slučajevima kada se optimalni rezultati za rješenje problema konkurencije ne mogu postići izricanjem samo strukturnih mjera ili samo mjera praćenja.

Primjerice, ako sudionici koncentracije preuzmu obvezu prodaje jednog od društava kćeri, čiji je daljnji opstanak na tržištu pod novom upravom, odnosno upravom kupca, zavisao od opskrbe sirovinama koju proizvode sudionici koncentracije, tada će se osim mjere kojom se nalaže prodaja društva kćeri morati izreći i mjera kojoj će biti cilj osiguranje daljnje opskrbe (bivšeg društva

⁷³ Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, op. cit., bilj.19., str. 55.

⁷⁴ V. o tome: Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika prema Uredbi Vijeća (EEZ) 4064/89, op. cit., bilj. 37.

kćeri), sirovinama važnim ili ključnim za proizvodnju u cilju njegova opstanka na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije, koja je u naravi mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije.

Kao primjer iz prakse AZTN može se navesti predmet koncentracije između poduzetnika Europapress holdinga d.o.o. i Slobodne Dalmacije d.d.

AZTN je u ovoj uvjetnoj koncentraciji izrekla kao strukturnu mjeru, obvezu prodaje udjela koje je Europapress holding d.o.o. imao u Tisku i to u roku od šest mjeseci od dana sklapanja ugovora kojim isti poduzetnik stječe udjele u Slobodnoj Dalmaciji d.d, te je pored toga, AZTN u navedenom rješenju odredila i da nakon prodaje udjela u Tisku d.d. poduzetnik Europapress holding d.o.o. neće u roku dvije godine, od dana donošenja rješenja, AZTN raskidati ugovore o distribuciji koje je imao sklopljene s drugim distributerima tiska, uključujući i ugovore koje je sklopio s Tiskom d.d.⁷⁵

5. Institut povjerenika

Provedba strukturnih mjera i mjera praćenja ponašanja sudionika u pravilu je neizvjesna ishoda. Samim prihvaćanjem ili predlaganjem mjere od strane sudionika koncentracije zapravo tek započinje rješavanje složenog problema.

Česte su situacije da se sudionici koncentracije, unatoč obećanju da će postupiti na odgovarajući način, nakon donošenja odluke o dopuštenosti koncentracije, ne pridržavaju preuzetih obveza.

Stoga su u cilju osiguranja nadzora nad provedbom izrečenih mjera, suvremena zakonodavstva o tržišnom natjecanju, prihvatila "institut povjerenika".

"Institut osobe povjerenika" prihvaćen je i u praksi AZTN, što proizlazi iz Naputka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija⁷⁶ i iz prakse AZTN, međutim zakonodavno, ovo pitanje kod nas nije riješeno.

ZZTN ne sadrži niti jednu odredbu iz koje bi se dalo naslutiti da takav pravni institut uopće postoji u našem pravu tržišnog natjecanja, dok rečeni Naputak sadrži tek temelje.

U pravu tržišnog natjecanja EZ, ovo je pitanje temeljno uređeno u Obavijesti Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje poduzetnika predviđenim Uredbom 4064/89 i to vrlo iscrpno, s jasnim i definiranim pravima i obvezama osobe koja prihvati posao povjerenika.

Osnovna je zadaća povjerenika, kako proizlazi iz komparativnih pravnih vrela prava tržišnog natjecanja, osigurati monitoring i izvještavati o dinamici i opsegu izvršenja preuzetih obveza od strane sudionika koncentracije, nadležno tijelo.

U pravu tržišnog natjecanja EZ, povjerenik ima još jednu bitnu funkciju, a to je prodaja imovine (*divestiture*) koju su se obvezali otuđiti sudionici koncentracije

⁷⁵ Rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., Klasa UP/I-030-02/2004-01/33.

⁷⁶ Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracije, op. cit., bilj. 19., str. 57. i 58.

u cilju ishođenja odobrenja za provedbu koncentracije, ako oni to ne učine u zadanom roku.

Međutim, uloga će i zadaci povjerenika biti zavisni od okolnosti konkretne koncentracije.

Posao povjerenika, redovito je vrlo zahtjevan i složen. Stoga se u poredbenoj praksi prava tržišnog natjecanja, osobom povjerenika sve češće imenuju trgovačka društva koja se bave financijskim poslovanje, primjerice banke ili osiguravajuća društva.

Moguće je i dopušteno da povjerenika predlože i samo sudionici koncentracije. No u svakom slučaju, da bi neka osoba ispunjavala uvjete za imenovanje povjerenikom, mora biti neovisna od sudionika koncentracije, u smislu da nije kapitalno ili osobno povezana sa sudionicima koncentracije te da je riječ o osobi koja posjeduje potrebitu stručnost za obavljanje poslova koji su joj stavljeni u nadležnost.⁷⁷

6. Zaključna razmatranja

Jačanje konkurentnosti poduzetnika čimbenik je koji se ne može zanemariti u današnjim uvjetima poslovanja na sve zahtjevnijem domaćem i inozemnom tržištu.

Sve intenzivnije tržišno natjecanje i sve veći zahtjevi potrošača u pravcu sniženja cijena i osiguranja bolje kvalitete robe i/ili usluga, potakli su poduzetnike da kroz koncentracije i drugim oblicima suradnje, pokušaju očuvati svoje tržišne pozicije i postanu konkurentniji u tržišnoj utakmici.

U tim nastojanjima poduzetnici koriste sve raspoložive pravne institute i tehnike, ne vodeći pri tomu računa je li takvo povezivanje legitimno i dopušteno sa stajališta propisa o tržišnom natjecanju.

Ta zadaća pripada tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.

Njihova je temeljna zadaća osigurati neometano odvijanje tržišnog natjecanja. U ostvarenju potonjeg cilja na raspolaganu im stoje brojni instituti prava konkurencije, koji su u prvom redu usmjereni na najteže oblike ograničavanja slobodnog tržišnog natjecanja, a to su karteli.

Kada je riječ o koncentracijama, pravo tržišnog natjecanja usredotočuje se samo na koncentracije između najznačajnijih i najvećih poduzetnika na nekom tržištu, čije povezivanje može imati učinak stvaranja takvih tržišnih struktura koje mogu trajno i značajno dovesti do narušavanja odnosa slobodne konku-

⁷⁷ Pitanja imenovanja, položaja, prava i obveza povjerenika uređena su u sljedećim dokumentima EZ: *Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission regulation (EC) No 447/98*, OJ C 68/3, 02. 03. 2001., toč 50- 57. i *Best Practice Guidelines: The Commission's Model Text for Divestiture Commitments and Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*; dostupno na: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf.

rencije. Ovakvo je gledište bezuvjetno prihvaćeno u domaćem, stranom pravu i praksi tržišnog natjecanja.

Domaće je pravo tržišnog natjecanja uzor u oblikovanju vlastitih pravnih rješenja, primarno našlo u zakonodavstvu i praksi o tržišnom natjecanju EZ.

Usklađenim razvojem prava i prakse o tržišnom natjecanju već niz godina, uspjelo se izgraditi učinkovit sustav pravnih pravila koja omogućuju dosljednu i učinkovitu provedbu politike tržišnog natjecanja u odnosu na koncentracije poduzetnika.

Iako je opća ocjena, da je domaće pravo tržišnog natjecanja uglavnom na razini pravnih rješenja koja su na snazi u svim najsuvremenijim zakonodavstvima o tržišnom natjecanju, istraživanje provedeno u radu potvrdilo je da neke postojeće pravne koncepte ipak treba posebno preispitati, dodatno ili detaljnije regulirati ili, pak osuvremeniti te prilagoditi mijenama koje su obilježile razvoj prava tržišnog natjecanja u svijetu u posljednjih nekoliko godina.

U radu se tako, na niz mjesta ukazuje na odstupanja koja nalazimo u ZZTN u odnosu na rješenja koja su na snazi prvenstveno u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ.

Tako se primjerice, ukazuje na neadekvatnost pravnog rješenja prema kojem se određuju kriteriji za prijavu namjere provedbe koncentracije AZTN⁷⁸.

U nas je za razliku od drugih zakonodavstava, na snazi kriterij ukupno ostvarenog prihoda, a ne prometa. Ovo je jedno od rješenja koje svakako ubuduće treba ili preispitati, a ocjenjuje se i izmijeniti⁷⁹.

Nadalje, ukazuje se i na novi pravni standard na temelju kojeg se u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ određuje pojam zabranjenih koncentracija. Riječ je o tzv. SLC kriteriju. Prema istom, zabranjenim se smatraju one koncentracije čiji se krajnji učinak na mjerodavnom tržištu manifestira kao značajno slabljenje tržišnog natjecanja.

Usvajanjem ovog novog kriterija, u zakonodavstvu EZ napušten je raniji kriterij, tzv. kriterij vladajućeg položaja (dominance test), koji je s druge strane, po formulaciji vrlo sličan onome iz našeg ZZTN.

Iako ova različitost, primarno lingvističke naravi, nema za ishod manje učinkovit postupak ocjene koncentracije u domaćoj praksi o tržišnom natjecanju, ipak se predlaže prilagodba domaćeg rješenja onome koje je na snazi u zakonodavstvu EZ⁸⁰.

Potom, jedna je od stvari na koju se u radu ukazuje i djelomična neusklađenost pravnog pojma koncentracija iz ZZTN s odredbom Uredbe 139/04 EZ koja regulira isto pitanje.

U pravu tržišnog natjecanja EZ u određenju neke pojave koncentracijom, težište je na pravnom konceptu kontrole (nadzora). Ukoliko dakle, neka poslovna operacija za posljedicu ima promjenu ili stjecanje nadzora nad ranije

⁷⁸ Vidi o tome u radu toč. 3.1.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Vidi o tome u radu pod točkom 2.2. i bilj. 19.

pravno samostalnim poduzetnikom smatra se da ista za učinak ima koncentraciju poduzetnika.

U nas se pojave koncentracija ipak nešto uže tumače. U tom smislu, riječ je o jednom od rješenja koje sljedećom izmjenom domaćeg zakonodavstva o tržišnom natjecanju treba preformulirati i osuvremeniti na način da obuhvati i one najsuvremenije pravne institute i tehnike koje služe kao pravni instrument za provedbu koncentracije.⁸¹

I konačno, u odnosu na središnje pitanje rada, a to su mjere restrukturiranja i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, uočeno je da je riječ o pravnom institutu koji je reguliran tek jednom jedinom zakonskom odredbom. U tom smislu se izvodi nepobitan zaključak da je riječ o materiji koja je pravno podregulirana, a u svakom smislu iznimno važna za pravno reguliranje materije o koncentracijama. Stoga se ocjenjuje da ovo *pro futuro* pitanje treba detaljnije regulirati.

U uvjetima globalne konkurentnosti, gdje je jačanje konkurentnosti poduzetnika okosnica gospodarske politike svake države, razmatrane su mjere itekako važan balans za uspostavljanje ravnoteže između provedbe politike tržišnog natjecanja i politike gospodarskog razvoja.

Osim toga, kada je riječ o koncentracijama, pravo tržišnog natjecanja uvažava činjenicu da koncentracije mogu rezultirati inovacijama, smanjenjem troškova proizvodnje, unaprjeđenjem proizvodnje i drugim pogodnostima za potrošače i društvo u cjelini. Stoga se u slučaju koncentracija, kada god je to moguće, nastoji iznaći rješenje za mogući problem konkurencije koji bi nastupio uslijed koncentracije.

Potonje su mjere, kao pravni mehanizam za rješavanje problema konkurencije naišle na punu afirmaciju od strane svih sudionika koji su na neki način uključeni u neki postupak koncentracije, u svim relevantnim zakonodavstvima i državama koje provode suvremenu politiku tržišnog natjecanja.

Primijenjene su u većem broju slučajeva i u našoj praksi prava tržišnog natjecanja, a na što se u radu na konkretnim primjerima i ukazalo.

Važnost razmatranih mjera u prvom redu se ogleda u činjenici da se na taj način omogućuje provedba koncentracije uz uklanjanje problema konkurencije, i to kada god je razvidno da narušavanje tržišnog natjecanja, koje bi nastupilo provedbom koncentracije, nije takvih razmjera da koncentraciju treba bezuvjetno zabraniti.

Literatura

1. Banks, K., *Merger and Partial Mergers under EEC Law*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004.

⁸¹ Vidi o tome u radu pod točkom 2.1.

2. Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland Oregon, 8th ed, 2002.
3. Venit, J., *The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger regulation-Almost through the thicket*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B, Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004.
4. Petrović, S., Ružić, T., *Koncentracija banaka*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 9/2001.
5. Mlikotin Tomić, D., *Uvod u primjenu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja –koncentracije*, Računovodstvo i financije, br. 12, Zagreb, 1995.
6. Ceveat, A., *Horizontal Mergers and “Failing Firm” defense Under Section 7 of Clayton Act*, 45 Va.L.Rev. 421, 1959.
7. Paredes, T., *Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, 13 Yale L. J. on Reg. 347, 1996.
8. Ghosh, S., *Relaxing Antitrust During Economic Downturns: A Real Options Analysis of Appalachian Coals and the Filing Firm Defense*, 68 Antitrust L.J. 115, 2000-2001.
9. Riesenkauff, A., *The New EC Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation*, 24 Nw.J.Int’l L. & Bus. 715, 2003-2004.
10. Amato, G., *Antitrust and Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
11. Gellhorn, E., *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Company, 1981.
12. Leary, T., *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, u knjizi *Merger remedies in American and European Union Competition law*, ed. by Lévêque, F, Shelanski, H, Edward Elgar Publishing, 2003., str. 13-48.
13. Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., *Merger remedies in the EU: An Overview*, u knjizi Lévêq, F, Shelanski, Howard, *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003.
14. Drautz, G., *Remedies Under the Merger Regulation*, u knjizi *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. by Hawk, B., Fordham Corporate Law Institute, 2004.
15. Duso, T., Gugler, K., Yurtoglu, B., *EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment*, Discussion Paper No. 81, GESY, January 2006., dostupno na: www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/.
16. Cerovac, M., *Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: Mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela*, dostupno na: http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac_ocjodpokonc.pdf

Zakonski tekstovi:

1. *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, NN broj 122/03.
2. *Uredba Vijeća EZ-a br. 139/04 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika*, Službeni list L 24, 29/01/2004.
3. *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*, OJ L 395, 30/12/1989.
4. *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, OJ C 31, 05.02.2004, p. 5-18.

5. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Siebenter Abschnitt, Zusammenschlusskontrolle, §§ 37, Zusammenschluss, 1990.
6. Code de commerce, Livre IV, Titre III, De la concentration économique, L 430-1, I.
7. Hart –Scott Rodino Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C. § 18a
8. Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentration between undertakings OJ L 133/1, 30. 04. 2004.
9. Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, studeni, 2005.
10. Horizontal Merger Guidelines 1997., U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 2. 1992, revised April 8. 1997., dostupno na: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>.
11. Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika predviđenim Uredbom Vijeća (EEZ) 4064/89 (Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Council Regulation EEC 447/98, OJ C 68, 2.3. 2001.
12. Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, A Study of the Commission's Divestiture Process, FTC, Bureau of Competition, 1999, dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>.

Summary

THE LEGAL REGIME GOVERNING MERGERS IN THE EC AND CROATIAN COMPETITION LAW PAYING SPECIAL ATTENTION TO THE STRUCTURAL REMEDIES AND BEHAVIOURAL REMEDIES

The article analyses the actual issues on merger, giving a special attention to structural remedies and behavioural remedies which have been taken in cases of disputable concentrations.

The merger, as one of the three institutes being dealt with the Competition Law and practice, presents a forbidden act of Competition Law if its effect upon the market is a creation and/or enforcement of dominant position and weakening market competition.

With the aim to determine possible effects of a merger on the market competition, as well as to prevent development of negative consequences on market competition caused by a certain merger, a merger control procedure has been implemented in all modern legislations.

The aim of the procedure is, first of all, to prevent such mergers causing limitative and ill effects on free market competition, which were determined during their review procedure. Nevertheless, recently, paying attention to the necessity of enforcing the entrepreneurs' competitiveness in conditions

of dynamic market competition, the merger review procedure is frequently terminated in a way that participants in some disputable mergers change merger conditions and by arrangement with an authorised body settle a disputable merger issue.

The above described actions are taken by determination of one or more remedies: structural remedies and behavioural remedies.

The indicated remedies are precisely the central issue of this article. They have been present in Competition Law domestic and foreign legal practice over the years. What is involved here is a particularly important instrument of the Competition Law. The result of remedies application is a much needed balance and fulfilment of Competition Law goals and entrepreneurs' rights to free association and connection with other entrepreneurs.

Key words: *Competition Law, merger control, conditionally approved mergers (disputable mergers), structural remedies, behavioural remedies.*

Zusammenfassung

RECHTSORDNUNG FÜR DIE UNTERNEHMERKONZENTRATION IM MARKTWETTBEWERBSRECHT DER EG UND KROATIENS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER MASSNAHMEN ZUR RESTRUKTURIERUNG DER KONZENTRATION UND MASSNAHMEN ZUR VERHALTENSBEOBSACHTUNG DER KONZENTRATIONSBETEILIGTEN

In der Arbeit wird die aktuelle Problematik der Konzentrationen betrachtet, besonders die Maßnahmen zur Restrukturierung der Unternehmer und Maßnahmen zur Verhaltensbeobachtung der Konzentrationbeteiligten, wozu man im Falle umstrittener Konzentrationen Zuflucht nimmt. Unternehmerkonzentration als eines der drei Institute mit denen sich Wettbewerbsrecht und –praxis beschäftigt stellt die verbotene Tat des Wettbewerbsrechts dar, wenn seine Wirkung auf dem Markt die Schaffung und /oder Stärkung der herrschenden Stellung und die Schwächung des Marktwettbewerbs ist. Um mögliche Wirkungen der Konzentration auf dem Marktwettbewerb festzustellen, aber auch um dem Auftreten schädlicher Folgen dieser Konzentration zuvor zu kommen, wird in allen zeitgenössischen Gesetzgebungen zum Wettbewerb das Verfahren der Konzentrationskontrolle durchgeführt.

Ziel eines solchen Verfahrens ist es, vor allem jene Konzentrationen zu verhindern, bei deren Beurteilung sicher ist, dass diese einschränkend und

schädlich auf den freien Wettbewerbsmarkt wirken werden. Allerdings wird in neuerer Zeit - indem die Wichtigkeit der Stärkung von Unternehmerkonzentration unter den Bedingungen eines dynamischen Wettbewerbs befürwortet wird - das Verfahren der Beurteilung der Unternehmerkonzentration oft auf die Weise beendet, dass die Beteiligten an einer umstrittenen Konzentration die Bedingungen der Konzentration verändern und in Absprache mit dem Aufsichtskörper das Problem der umstrittenen Konzentration lösen

Das wird erreicht indem man eine oder mehrere Maßnahmen zur Restrukturierung (structural remedies) und Maßnahmen der Verhaltensbeobachtung des Konzentrationsbeteiligten (behavioural remedies) festlegt.

Gerade die angeführten Maßnahmen sind das Zentralproblem dieser Arbeit. In der In- und Auslandpraxis des Wettbewerbsrechts sind sie schon eine Reihe von Jahren präsent. Es handelt sich um ein außerordentlich wichtiges Instrument des Wettbewerbsrechts. Durch seine Anwendung erreicht man über die nötige Balance und Befriedung der Ziele des Wettbewerbsrechts auch die Rechte des Unternehmers auf freie Vereinigung und Verbindung mit anderen Unternehmern

***Schlüsselwörter:** Wettbewerbsrecht, Konzentrationskontrolle, bedingt erlaubte Konzentrationen (umstrittene Konzentrationen), Maßnahmen zur Restrukturierung des Unternehmers, Maßnahmen zur Verhaltensbeobachtung des Konzentrationsbeteiligten.*

Sommario

REGIME GIURIDICO PER LA CONCENTRAZIONE DI IMPRENDITORI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UE E DELLA CROAZIA CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER LE MISURE DI RISTRUTTURAZIONE DELLE CONCENTRAZIONI E PER LE MISURE DI MONITORAGGIO DEL COMPORTAMENTO DEI PARTECIPANTI ALLA CONCENTRAZIONE

Nel lavoro si prendono in considerazione le attuali questioni sulla concentrazione, con particolare attenzione per le misure di ristrutturazione delle concentrazioni e delle misure di monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione, alle quali si ricorre in caso di concentrazioni controverse.

Le concentrazioni di imprenditori, intese quali uno dei tre istituti di cui si occupa il diritto e la prassi della concorrenza, rappresentano una pratica vietata del diritto della concorrenza se il loro effetto sul mercato porta alla realizzazione

e/o al consolidamento della posizione dominante ed all'indebolimento della competizione di mercato.

Affinché possano individuarsi i possibili effetti della concentrazione sulla competizione di mercato, ma anche per prevenire il verificarsi di conseguenze dannose di una concentrazione sulla competizione di mercato, in tutte le legislazioni attuali sulla concorrenza si svolge un procedimento di controllo sulle concentrazioni.

Lo scopo di tale procedimento è, in primo luogo quello di prevenire quelle concentrazioni, che nel corso del procedimento della loro valutazione sono certamente ritenute come limitanti e dannose per la competizione di mercato. Tuttavia, in tempi più recenti, sostenendo la necessità del rafforzamento della competitività degli imprenditori in condizioni di una dinamica competizione di mercato, il procedimento di valutazione della concentrazione spesso si conclude in modo che i partecipanti di una qualche concentrazione dubbia modificano le condizioni della concentrazione e in accordo con l'organo competente risolvono la controversa questione della concorrenza.

Un tanto si raggiunge, stabilendo una o più misure: la misura della ristrutturazione (*structural remedies*) e la misura del monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione (*behavioural remedies*).

Proprio siffatte misure costituiscono l'oggetto del presente lavoro. Sono presenti come nella prassi interna, così anche in quella straniera del diritto della concorrenza già da diversi anni. Si tratta di uno strumento di estrema importanza nel diritto della concorrenza. Attraverso la loro applicazione si raggiunge un equilibrio necessario, come pure un soddisfacimento quanto degli scopi del diritto, tanto dei diritti degli imprenditori alla libera associazione ed al collegamento con altri imprenditori.

Parole chiave: *diritto della concorrenza, controllo della concentrazione, autorizzazione condizionata alla concentrazione (concentrazioni controverse), misure di ristrutturazione delle concentrazioni, misure di monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione.*

PROMJENA KVALIFIKACIJE ORUŽANOG SUKOB

Dr. sc. Sandra Fabijanić Gagro,
viša asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.3
Ur.: 28. travnja 2008.
Pr.: 30. rujna 2008.
Pregledni znanstveni članak

Moderni oružani sukobi kakvi se danas poznaju dijele se u dvije osnovne skupine: međunarodni oružani sukobi, s jedne strane te nemeđunarodni oružani sukobi, s druge. Različiti modaliteti sukoba u praksi dovode do situacija u kojima je ponekad teško povući granicu definiranja i razlikovanja svake od tih vrsta sukoba. Unatoč tomu, što se u međunarodnim dokumentima ne spominju slučajevi spajanja i preklapanja međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba, posebice prerastanje nemeđunarodnog u međunarodni oružani sukob, poznati su i postoje u praksi. U radu se razmatraju sljedeći slučajevi promjene kvalifikacija oružanog sukoba: priznanje ustanika od zakonitih vlasti, uporaba oružane sile Ujedinjenih naroda te oružana intervencija jedne države na području druge.

Ključne riječi: *oružani sukobi, kvalifikacija oružanog sukoba, priznanje ustanika, oružane intervencije.*

I. Uvod

Oružani sukobi jesu realnost čovječanstva – pojava koja je u velikoj mjeri obilježila njegov razvoj. Pratimo taj razvoj od davnih barbarskih sukoba između plemena, klanova, sljedbenika nekog vođe ili drugih prethodnika država, pa sve do današnjih dana, kada postoje razrađena pravila vođenja ratnih operacija i zaštite osoba koje sudjeluju u sukobima, kao i onih koji su neizravno pogođeni ratnim razaranja.

Moderni oružani sukobi današnjice mogu se podijeliti u dvije osnovne skupine: međunarodne i nemeđunarodne oružane sukobe.

Osnova su uređenja međunarodnih oružanih sukoba četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine (dalje: Ženevske konvencije) te Dopunski protokol o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (dalje: Dopunski protokol I) iz 1977. godine.¹ S druge strane, temelj je uređenja neme-

¹ Tekstove Ženevskih konvencija (Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca

đunarodnih oružanih sukoba članak 3. zajednički svim Ženevskim konvencijama te Dopunski protokol o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (dalje: Dopunski protokol II), također iz 1977. godine.

Međunarodne oružane sukobe danas čine:

- a) svi slučajevi objavljenog rata između dviju država;
- b) svaki oružani sukob koji izbije između dviju ili više stranaka Ženevskih konvencija, čak i ako jedna od njih ne priznaje ratno stanje;
- c) svi slučajevi djelomične ili potpune okupacije područja države stranke Ženevskih konvencija, čak i u slučaju da ta okupacija ne nailazi na oružani otpor;²
- d) od 1977. godine, i sukobi u kojima se narodi bore protiv kolonijalne dominacije, strane okupacije i rasističkih režima, koristeći se svojim pravom na samoodređenje. Donošenjem Dopunskog protokola I, oni iz kategorije nemeđunarodnih prelaze u kategoriju međunarodnih oružanih sukoba.³

Dopunski protokol II, po prvi puta daje definiciju nemeđunarodnog oružanog sukoba. To su sukobi u kojima neprijateljstva izbiju na području jedne države, između njenih oružanih snaga i odmetničkih oružanih snaga ili drugih organiziranih naoružanih skupina koje pod odgovornim zapovjedništvom vrše takav nadzor nad dijelom njezina teritorija koji im omogućuje vođenje neprekidnih i usmjerenih vojnih operacija.⁴

Slučajevi “spajanja i preklapanja” ovih dviju vrsta oružanih sukoba, posebice “prerastanje” nemeđunarodnog u međunarodni oružani sukob, ne spominju se u međunarodnim dokumentima, ali su ipak kao takvi poznati i priznati u praksi. Iskustva pokazuju da se, osim priznanja ustanika od strane zakonite vlasti, kao posljedice razloga vezanih uz sam oružani sukob, internacionalizacija nemeđunarodnog sukoba vezuje i uz činjenicu oružane intervencije izvana. Kako se mogućnost oružane intervencije u praksi manifestira pojedinačnim ili grupnim intervencijama samih država te kolektivnim akcijama međunarodne zajednice, ti se slučajevi promjene kvalifikacije oružanog sukoba mogu svesti u tri osnovna oblika:

1. priznanje ustanika kao sukobljene strane od legitimne, zakonite vlasti;
2. uporaba oružane sile UN-a i
3. oružana intervencija druge države.

Sukladno članku 3. zajedničkom svim Ženevskim konvencijama i članku 3. Dopunskog protokola II, proširenje pravne zaštite, prihvaćanjem pravila koja vrijede u međunarodnim oružanim sukobima, ne utječe na pravni status stranaka u sporu. Tek neposredno priznanje ustanika kao zaraćene strane od strane legalne vlasti dovodi do promjene karaktera oružanog sukoba, a time, poslje-

oružanih snaga na moru, Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima, Konvencija o zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata) i Dopunskih protokola iz 1977. v. u: Narodne novine, 5/1994.

² Članak 2. stavci 1. i 2. zajednički svim Ženevskim konvencijama.

³ Članak 1. stavak 4. Dopunskog protokola I.

⁴ Članak 1. stavak 1. Dopunskog protokola II.

dično, i pravnog položaja sudionika takvog sukoba. Priznanje ograničenog međunarodnopravnog subjektiviteta ustanika ima značaj relevantne pravne činjenice koja mijenja karakter oružanog sukoba, a istovremeno ukazuje i na nužnost uspostave drukčijeg sustava pravila u svrhu njegovog uređenja. Pravo koje se priznaje ustanicima u takvim situacijama obvezuje na poštivanje njihove zaštite, kao i u oružanim sukobima međunarodnog karaktera.⁵

Strana intervencija u nemeđunarodni oružani sukob nužno takav sukob čini međunarodnim. Nezamislivo bi bilo oružani sukob između dviju država nazvati nemeđunarodnim. Međutim, ponekad je zbog prikrivene intervencije druge države u nemeđunarodni oružani sukob takav sukob teško uopće okarakterizirati. Neprikrivena aktivna neprijateljstva između oružanih snaga dviju država očito su međunarodnog karaktera i kao takva potpadaju pod polje primjene Ženevskih konvencija, a ne samo njihovog zajedničkog članka 3. S druge strane, odnosi između država i ustanika moraju se promatrati kroz isključivu primjenu tog članka, a ne cjelokupnog međunarodnog humanitarnog prava.

Bitno je definirati pitanje trenutka u kojem jedan nemeđunarodni oružani sukob, intervencijom izvana, prelazi okvire nemeđunarodnog i postaje međunarodni oružani sukob. U takvom slučaju često se događa da nemeđunarodni sukob ima očite elemente oba, i međunarodnog, ali i nemeđunarodnog oružanog sukoba.⁶ Moguće je spariti te dvije vrste sukoba, omogućivši pri tom primjenu različitih pravnih režima između zaraćenih strana, već ovisno o njihovom međusobnom odnosu.⁷

II. Priznanje ustanika kao sukobljene strane od zakonite vlade

Osjetljive na vlastitu suverenost, države su oduvijek pobunu protiv zakonite vlasti (bez obzira na to kakva ona bila, jer i najgora diktatura sebe smatra legitimnom i takvom se predstavlja), smatrale najtežim zločinom. Sukladno tom gledištu, građanski rat je dugo vremena smatran unutarnjim problemom iz kojeg su izuzete druge države. Nikakva međunarodna pravila u takvoj situaciji nisu bila prihvatljiva; bilo je nezamislivo da međunarodno pravo uređuje odnose između vlade i ustanika, pa makar polaznica takvog uređenja bili humanitarni razlozi.⁸

⁵ V. više primjerice u: Boelaert – Suominen, Sonja, *Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for All Armed Conflicts?*, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, br. 1, 2000., str. 63 – 103; Byron, Christine, *Armed Conflicts: International or Non-International?*, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, br. 1, 2001., str. 63 – 90.

⁶ Takav je slučaj bio sukob u Yemenu ranih 1960-ih godina. Sukob koji je u svom početku bio isključivo nemeđunarodni, s vremenom je prerastao svoje okvire i postao ratom koji su Egipat i Saudijska Arabija vodili na području Yemena.

⁷ Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge, 2003., str. 47.

⁸ Protivno takvom gledištu stoji stav Emericha de Vattela, koji je još u 19. stoljeću smatrao da bi i u slučaju pobune naroda protiv suverena, rat trebalo voditi kao rat između dvije države.

Nove tendencije razvoja uvjetuju primjenu međunarodnopravnih odredbi i u situacijama nemeđunarodnih oružanih sukoba, (ali bitno je naglasiti, ne i u situacijama unutarnjih nemira, pobuna, sporadičnih i izoliranih čina nasilja, koji se odvijaju unutar granica jedne države, a koji ne predstavljaju oružane sukobe i nisu podvrgnuti međunarodnom humanitarnom pravu, sukladno odredbi članka 1. stavka 2. Dopunskog protokola II). Spomenuti Protokol kao suprotstavljenu stranu legitimnoj vlasti spominje otpadničke oružane snage ili druge organizirane naoružane skupine koje, pod odgovornim zapovjedništvom, vrše takav nadzor nad dijelom područja odnosno države, koji im omogućuje vođenje neprekidnih i usmjerenih vojnih operacija i primjenu Protokola.⁹

Ustanici se nalaze u specifičnom položaju. Oni nemaju objektivnu međunarodnu osobnost koja bi djelovala *erga omnes*. U međunarodnom pravu (za razliku od odredbe članka 2. stavka 4. Povelje UN-a /dalje: Povelja/ koja zabranjuje prijetnju ili uporabu sile u međunarodnim odnosima), ne postoji pravilo koje zabranjuje pobunu. Radi se o materiji koja je u domeni nacionalne jurisdikcije. Nastojanja ustanika usmjerena su u dva smjera: ili steći vlast na određenom dijelu teritorija države protiv čije se trenutne vlasti bore, ili preuzeti vlast na cjelokupnom području dotične države. U skladu s time, oni mogu stvoriti novu državu na dijelu područja već postojeće, stvoriti novu vladu unutar granica postojeće države ili jednostavno nestati, ako ne uspiju u svojim nastojanjima.¹⁰

Tijekom borbe međunarodna osobnost ustanika ovisi o njihovu međunarodnom priznanju od država. Njih može priznati zakonita, legitimna vlada protiv koje se bore, ali ih može priznati i neka treća država. Tim činom priznanja ustanici postaju odgovorni za svoja djela na području pod njihovom vlašću, dok u isto vrijeme prestaje odgovornost vlade prema onoj državi koja je priznala ustanike.¹¹

Priznanje ustanicima statusa sukobljene strane od strane zakonite vlade bitna je pretpostavka promjene kvalifikacije sukoba iz nemeđunarodnog u međunarodni. Formalnim priznanjem ustanika kao zaraćene strane, legitimna vlast otklanja svoju međunarodnopravnu odgovornost za posljedice svih čina na područjima izvan njenog stvarnog utjecaja i vlasti. Priznavajući u tom pogledu ustanicima određeno (ograničeno i privremeno) svojstvo međunarodnopravnog subjektiviteta, zakonita vlada time postavlja i drukčije pravne osnove uređenja njihovih međusobnih odnosa, s jedne strane, ali i odnosa sukobljene strane s drugim državama. Ova je činjenica od relevantnog pravnog značaja i u pogledu vojnih i humanitarnih gledišta u odnosu na oružani sukob. To je gledište podržano i od Europskog suda za ljudska prava, koji je u svojim presudama¹²

⁹ Članak 1. stavak 1. Dopunskog protokola II.

¹⁰ Degan, Vladimir Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2006., str. 286.

¹¹ V. Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Vukas, Budislav, Međunarodno pravo 1, Školska knjiga, Zagreb, 1995., str. 81.

¹² V. primjerice presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Case of Loizidou v. Turkey, European Court of Human Rights, 40/1993/435/514, Judgment (Merits and just satisfaction), od

potvrdio postojanje određenih izuzetnih ograničenja proklamirane teritorijalne nadležnosti svake države, prvenstveno u situacijama kada je država spriječena vršiti nadležnost na dijelu svog područja. Takvo sprječavanje može biti posljedica vojne okupacije (kada određeni dio područja jedne države potpada pod efektivni nadzor druge države), rata ili oružane pobune (kada jedna država pomaže aktivnosti i djelovanje ustanika – separatista, na području druge države).

Priznanje ustaničke vlasti i oslobodilačkih pokreta uvijek je imalo konstitutivan značaj. Za državu koja ih ne prizna oni nisu subjekt međunarodnog prava.¹³ Bitno je naglasiti i činjenicu da se po mišljenju pojedinih autora radi o prevladanom institutu međunarodnog prava. Naime, on se razvio u 19. stoljeću u vrijeme stvaranja samostalnih američkih država, ali je posljednji put primijenjen u vrijeme Burskog rata, davne 1902. godine, unatoč tomu što povijest bilježi sukobe u kojima su postojali uvjeti za priznanje ustanika, ali do njega nije došlo.¹⁴ Takvo suzdržavanje priznanja ustanika u situacijama u kojima je do njega moglo doći, može dovesti do zaključka da institut priznanja ustanika kao zaraćene strane pripada povijesti međunarodnog prava. Postoji i mišljenje o tomu da je takvo priznanje bilo samo angloamerička praksa u vrijeme stvaranja novih država, koja se u Europi nikada nije udomačila.¹⁵

S obzirom na to da i moderno međunarodno humanitarno pravo poznaje pojmove otpadnika ili ustanika, neovisno o neprimjeni instituta priznanja ustanika u modernim uvjetima ratovanja, bitno je sagledati njihov položaj, kako bi se ukazalo na razliku u tom položaju, već ovisno o tomu o kakvoj se vrsti sukoba radi.

Naime, veliki pomak u razvoju međunarodnog humanitarnog prava učinjen je premještanjem kategorije borbe naroda za samoodređenje iz nemeđunarodnih u međunarodne oružane sukobe (člankom 1. stavkom 4. Dopunskog protokola I), čime je pripadnicima pokreta otpora tih naroda, kao i svakoj drugoj strani u sukobu, priznato pravo na status ratnog zarobljenika, sukladno odredbama Ženevske konvencije (III.) o postupanju s ratnim zarobljenicima. Na njih se, dakle primjenjuju sve važeće odredbe međunarodnog humanitarnog prava u međunarodnim oružanim sukobima.

S druge strane, ustanici u nemeđunarodnim oružanim sukobima imaju specifičan položaj. Oni su otpadnici koji su ustali protiv legitimne vlasti u okviru nemeđunarodnog oružanog sukoba i na njih se primjenjuju odredbe članka 3. zajedničkog svim Ženevskim konvencijama i Dopunskog protokola II. Ono što značajno određuje njihov specifičan položaj u sukobu jest činjenica da u nemeđunarodnim oružanim sukobima ne postoji kategorija ratnog zarobljenika.

18. prosinca 1996. godine. V. i presudu istog suda u predmetu *Case of Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, European Court of Human Rights, 48787/99, Judgment, od 8. srpnja 2004. godine.

¹³ Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 286.

¹⁴ Primjerice, španjolski građanski rat (1936. – 1939.) ili alžirski oslobodilački rat (1954. – 1962.).

¹⁵ V. u: Andrassy, J., Bakotić, B., Vukas, B., op. cit. (bilj. 11), str. 82, bilj. br. 3.

U Dopunskom protokolu II ne spominju se borci ni ratni zarobljenici. Postoji samo jedna jedina odredba koja pruža zaštitu upravo onima koji sudjeluju u neprijateljstvima, a odnosi se na zabranu naredbe da ne smije biti preživjelih.¹⁶ Ova značajna razlika naspram pravnog režima, koji se primjenjuje u međunarodnim oružanim sukobima i koji daje poseban status borcima i ratnim zarobljenicima, opravdava se uvjerenjem država da su ustanici spram legalne vlasti obični prekršitelji zakona.

Pitanje koje se nužno nameće u ovom slučaju jest kakav je položaj zarobljenog ustanika? Ako mu ne priznamo status borca, posredno – ne možemo mu priznati ni status ratnog zarobljenika. Ipak, bitno je naglasiti da nove tendencije razvoja međunarodnog humanitarnog prava na polju postupanja sa zatočenim ustanicima u takvoj vrsti sukoba idu u pravcu davanja ustanicima položaja koji je sličan položaju ratnog zarobljenika. Naime, nakon Drugog svjetskog rata, na poticaj Međunarodnog odbora Crvenog križa, javlja se gledište da bi prema zarobljenim pripadnicima ustaničkih skupina trebalo postupati kao s ratnim zarobljenicima, pod uvjetom da oni poštuju pravila primjenjiva u borbi, tj. da otvoreno nose oružje i poštuju humanitarno pravo. To je modifikacija načela iz Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima, koje određuje da ratni zarobljenici jesu i pripadnici organiziranih pokreta otpora, koji pripadaju jednoj stranci u sukobu i koji djeluju izvan ili unutar njihovog vlastitog područja, uz ispunjenje sljedećih uvjeta: a) da im na čelu stoji osoba odgovorna za svoje podčinjene; b) da imaju određeni i na daljinu uočljiv znak raspoznavanja; c) da nose oružje otvoreno i d) da se u svojim operacijama pridržavaju zakona i običaja rata.¹⁷

U svakom slučaju bi bilo preporučljivo da se o sudbini zarobljenih ustanika ne odlučuje prije no što rat završi i stišaju se emocije. Ako bi oni bili poslani u zatvoreničke logore, a ne u zatvore s najvišim stupnjem sigurnosti ili na stratišta, to bi svakako moglo pridonijeti nacionalnoj pomirbi.¹⁸ U duhu zahtjeva poštivanja pravila humanitarnog prava ovaj bi se prijedlog, iako smion, mogao smatrati dobrodošlim. Poštivanje pravila vodi u poboljšanje statusa i percepcije o samoj oružanoj skupini, a to je onda posredno, iako ne manje bitno, u interesu i zaštićenih osoba i žrtava sukoba.

III. Uporaba oružane sile Ujedinjenih naroda

Intervencijom UN-a, određeni međunarodni sukob može prerasti u nemeđunarodni ukoliko se tom intervencijom okonča oružano miješanje trećih država u njemu. Isto tako, prisutnost međunarodnih snaga po ovlaštenju Vijeća

¹⁶ Članak 4. stavak 1. Dopunskog protokola II.

¹⁷ V. članak 4. A (2) Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima.

¹⁸ Gasser, Hans-Peter, *Međunarodno humanitarno pravo, uvodna razmatranja*, Međunarodni odbor Crvenog križa, Zagreb, 2000., str. 72.

sigurnosti može dovesti i do potpune obustave neprijateljstava.¹⁹ Uporaba oružane sile UN-a predstavlja najtežu sankciju u sustavu kolektivne sigurnosti UN-a. Primjena ovih sankcija vezana je uz situacije u kojima održavanje ili uspostavu međunarodnog mira i sigurnosti nije moguće ostvariti mjerama drukčije prirode.²⁰ Ozbiljnost situacije u tom pogledu procjenjuje Vijeće sigurnosti koje, sukladno ovlastima predviđenim Glavom VII Povelje, poduzima odgovarajuću mirovnu operaciju oružanim snagama članica UN-a. Vijeće sigurnosti može kombinirati sve moguće mjere, imajući na umu, pri izboru postupka, što bolju uspostavu mira i sigurnosti. Neovisno o tomu radi li se o mjerama s ili bez uporabe oružane sile, poziv Vijeća sigurnosti na provođenje određene vrste mjera ima obvezatan karakter. Vijeće sigurnosti može odmah odrediti oružane mjere ako smatra da druge mjere ne bi imale uspjeha, a inače tek nakon što su se prve mjere pokazale neuspješnima.²¹

Akcija je u tom pogledu univerzalnog karaktera jer omogućuje, s jedne strane djelovanje i na države koje nisu članice UN-a,²² a s druge obuhvaća sve djelatnosti države koje predstavljaju prijetnju očuvanju međunarodnog mira. Povelja ne vezuje primjenu oružanih sankcija samo za međudržavne odnose u smislu korekcije njihovih nesuglasica, nego i za posljedice zbivanja unutar država kada se to smatra nužnim sa stajališta održavanja međunarodnog mira i sigurnosti.

Sustav osiguranja mira utemeljen pri osnivanju UN-a u njihovoj je dugogodišnjoj praksi primijenjen na način koji nije bio prvotno zamišljen. Praksa je iskristalizirala mnoštvo situacija u kojima je bila nužna intervencija UN-a, a na koje se nije mogao primijeniti jednostavan obrazac odredbi Povelje. Bez obzira na to što Vijeće sigurnosti do danas ne raspolaže sredstvima prisile jer nije došlo do sporazuma temeljem članka 43. Povelje,²³ postojale su situacije

¹⁹ Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 868.

²⁰ Članak 42. Povelje: Ako Vijeće sigurnosti smatra da mjere predviđene u članku 41. ne bi odgovarale (to su: potpuni ili djelomični prekid ekonomskih odnosa, željezničkih, pomorskih, zračnih, poštanskih, telegrafskih, radio i drugih sredstava veze, kao i prekid diplomatskih odnosa) ili ako se pokazalo da ne odgovaraju, ono može, zračnim, pomorskim ili kopnenim snagama, poduzeti takvu akciju kakvu smatra potrebnom za održavanje ili uspostavljanje međunarodnog mira i sigurnosti. Ta akcija može obuhvatiti demonstracije, blokadu i druge operacije zračnih, pomorskih ili kopnenih snaga UN-a.

²¹ V. više u: Ratner, Steven R., *Controlling the Breakup of States: Toward a United Nations Role*, American Society of International Law Proceedings, vol. 88, 1994., str. 42 – 45.

²² U skladu s odredbom članka 2. točke 6. Povelje, koja predviđa postupanje u skladu s načelima iz tog članka i u odnosu na države nečlanice, ako je to nužno radi održanja međunarodnog mira i sigurnosti. Danas, ipak, ima vrlo malo država nečlanica.

²³ Članak 43. Povelje: Da bi pridonijeli održavanju međunarodnog mira i sigurnosti, svi se članovi UN-a obvezuju staviti na raspolaganje Vijeću sigurnosti, na njegov poziv i u skladu s posebnim sporazumom ili sporazumima, oružane snage, pomoć i olakšice, uključujući pravo prolaska, potrebne za održavanje međunarodnog mira i sigurnosti. Takav sporazum ili sporazumi određuju brojno stanje i vrste snaga, stupanj njihove pripravnosti i opći raspored, kao i prirodu olakšica i pomoći koje treba pružiti. O sporazumu ili sporazumima provest će se na poticaj Vijeća sigurnosti pregovori što je prije moguće. Njih sklapaju Vijeće sigurnosti i članovi ili Vijeće

u kojima je trebalo pribjeći drugim načinima djelovanja UN-a u cilju sprječavanja sukoba i očuvanja svjetskog mira i sigurnosti. Stoga su se u praksi razvili novi mehanizmi djelovanja, koji zamjenjuju sustav kolektivne sigurnosti zamišljen Poveljom. To je djelovanje proizvedeno na razne načine, uporabom oružanih snaga ili bez njih. A i kada su se koristile oružane snage, njihov zadatak nije bila borba protiv nekog određenog prekršitelja međunarodnog mira.²⁴

U tom smislu danas razlikujemo kolektivne mjere i mirovne operacije. Razlika je između sustava kolektivne sigurnosti, kako je zamišljen Poveljom u odnosu na mirovne operacije, u tomu što se kod potonjih ne radi o prisilnoj akciji protiv prekršitelja mira u smislu Glave VII. Prije bi se moglo reći da se radi o privremenom održavanju mira uz pristanak sukobljenih strana, s ciljem postizanja prihvatljivog i trajnijeg političkog rješenja.

III.1. Kolektivne mjere

Povelja ne ovlašćuje miješanje u poslove koji po svojoj biti spadaju u unutarnju nadležnost države, niti obvezuje članice da takve poslove podnose na rješavanje prema njenim odredbama, ali to načelo ne dira u primjenu prisilnih mjera temeljem Glave VII.²⁵ Osobito je to karakteristično u situacijama kada razmjeri i značaj nemeđunarodnih oružanih sukoba prijete prelaskom nacionalnih okvira. Osim vojnih i političkih implikacija takvih sukoba, sa stajališta potrebe očuvanja međunarodnog mira i sigurnosti, kolektivnoj akciji u tom pogledu mogu doprinijeti i razlozi, npr. zaštita ljudskih prava, što je posebno naglašeno u sukobima kojima smo svjedočili tijekom 1990-ih godina. Inicijativa za angažman UN-a u vidu kolektivne akcije može poteći od jedne od stranaka upletenih u sukob, od svake članice Ujedinjenih naroda, pa i nečlanice (ako se radi o jednoj od sukobljenih strana), od glavnog tajnika UN-a i Opće skupštine.²⁶ Pretpostavka je za poduzimanje kolektivnih mjera postojanje prijetnje miru, narušenja mira ili čin agresije. Ako toga nema, ne može se očekivati poduzimanje kolektivnih mjera. Znakovito je da Vijeće sigurnosti gotovo nikad nije u svojim rezolucijama označavalo neko stanje kao čin agresije niti je države proglašavalo agresorom, čak ni kada je nalagalo mjere temeljem Glave VII Povelje. Čak se i kod očitih primjera agresije, Vijeće sigurnosti u svojim rezolucijama služi blažim izrazima.²⁷

Činjenica je da oružana akcija vojnih snaga UN-a u nemeđunarodnom oružanom sukobu ima sličnosti s odgovarajućom akcijom druge države. U oba slučaja radi se o intervenciji vanjskih čimbenika koji imaju međunarodnopravni subjekti-

sigurnosti i skupine članova, a države potpisnice ih trebaju ratificirati u skladu sa svojim ustavnim propisima.

²⁴ Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Seršić, Maja, Vukas, Budislav, *Međunarodno pravo 3*, Školska knjiga, Zagreb, 2006., str. 82.

²⁵ U skladu s odredbom članka 2. točke 7. Povelje.

²⁶ V. članak 90. Povelje.

²⁷ V. više u: Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 806.

vitet, samo što je to u jednom slučaju država, a u drugom međunarodna organizacija. Međutim, ono što kolektivnu intervenciju UN-a razlikuje od odgovarajuće akcije druge države prije svega je njen zakoniti karakter izvođenja, u skladu s općim interesom UN-a. Za razliku od oružane intervencije strane države koja djelujući u korist jedne sukobljene strane aktivno pridonosi promjeni ravnoteže snaga, odnos snaga UN-a prema sukobljenim stranama ne utječe na krajnji ishod oružanih operacija. Cilj je kolektivne akcije UN-a obustava neprijateljstava i mirno okončanje sukoba, a sve u interesu očuvanja međunarodnog mira i sigurnosti.

Mora se naglasiti da je u praksi bilo i djelovanja UN-a koja se ne mogu nazvati kolektivnim akcijama u smislu Glave VII. Devedesetih godina prošlog stoljeća došlo je do stanovite marginalizacije UN-a, pa je nakon faze u kojoj se nastojalo da oslabljena organizacija ipak pokrije oružane akcije užeg kruga svojih članica, nastupilo vrijeme u kojem se odobrenje više nije ni tražilo, nego su se oružane akcije provele mimo UN-a. To je kulminiralo intervencijom u Iraku 2003. godine, koja je provedena unatoč tomu što je glavni tajnik neposredno prije akcije utvrdio da ona bez odobrenja Vijeća sigurnosti ne bi bila u skladu s Poveljom.²⁸

III.2. Mirovne operacije

Već se u ranim godinama postojanja UN-a, ukazala nužnost slanja oružanih snaga u pojedina osjetljiva područja, ali ne u cilju provedbe prisile, već osiguranja mira na tom području (razdvajanja sukobljenih strana i smirivanja napetosti na terenu, nadgledanja sporazuma o poštivanju ljudskih prava i povratka izbjeglica, provjere provođenja mirovnih sporazuma itd.). Prve mirovne operacije bile su promatračke misije u Grčkoj 1947. i Palestini 1948. godine. Takve operacije vode kontingenti država članica koje se dobrovoljno ponude to učiniti, a već i sam naziv (interpozicijske snage) ukazuje na njihov zadatak. One se, dakle postavljaju između sukobljenih strana tako da bi ponovno izbijanje neprijateljstava bilo moguće samo ako se napadnu te snage. Na taj način agresor bi sam sebe razotkrio.²⁹ To je temeljna razlika između mirovnih operacija i kolektivnih mjera temeljem glave VII, s mandatom suzbijanja agresije.³⁰

Za dosad uporabljene raznovrsne načine djelovanja UN-a, uveden je naziv mirovne operacije (*peace-keeping operations*), a osoblje koje u njima sudjeluje poznato je pod nazivom plave kacige. Taj se širok pojam mirovnih operacija odnosi, i na mirovne snage (*peace-keeping forces*), sastavljene od lako naoružanog vojnog osoblja s logističkom potporom, i na mirovne misije (*peace-*

²⁸ Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., op. cit. (bilj. 24), str. 81 – 82.

²⁹ Ponekad se pokazalo korisnim da pri tomu ne sudjeluju odredi velikih svjetskih sila. V. više u: Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., op. cit. (bilj. 24), str. 82 – 83. V. također i u: Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 813 – 815.

³⁰ Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 815.

keeping missions), koje mogu biti nadzornog, odnosno promatračkog karaktera. Radi se o operacijama koje nisu posebno spomenute u Povelji i za koje ne postoji točna definicija. Kako ih onda definirati? Postoji prijedlog da ih se označi kao akcije ili mjere UN-a koje uključuju uporabu multinacionalnih oružanih snaga pod nadzorom UN-a, ali ne kao prisilnu mjeru uperenu protiv nekog prekršitelja mira, već u cilju održanja ili uspostave mira. U takvom se slučaju oružane snage ne koriste ni protiv jedne od sukobljenih strana, u njima se ne koristi oružje i za provođenje takvih operacija nužan je pristanak ili zahtjev svih sukobljenih strana.³¹

U odnosu na postojanje pristanka ili zahtjeva sukobljenih strana postavlja se sljedeće pitanje – što ako strane u sukobu, ili barem jedna od njih, odbiju prihvatiti sporazumno rješenje spora i nastave s borbom na način koji je prethodio mirovnoj operaciji, ignorirajući pritom nastojanja UN-a? Očito je da bi u takvim slučajevima angažman snaga UN-a poprimio oblik oružane intervencije. Unutarnji karakter sukoba, koji bi prethodio ovakvoj intervenciji u tom pogledu nema značaja. Suprotstavljanje vojnim snagama UN-a, u vršenju njihovih mirovnih operacija sa stajališta sukobljenih strana predstavlja novi sukob, sasvim drukčijih karakteristika.

Od početaka njihove primjene pa do danas zabilježen je značajan broj mirovnih operacija UN-a, uključujući i više operacija na području bivše Jugoslavije devedesetih godina prošlog stoljeća.³² Uvriježena je praksa da se mirovne operacije ograničavaju na kraća razdoblja, što je svakako pozitivno sa stajališta prava države u izražavanju uskraćivanja pristanka za vođenje mirovnih operacija. Međutim, specifičnost i ozbiljnost pojedinih situacija doveli su u praksi do izuzetno dugotrajnih mirovnih operacija. Tako je, primjerice kao posljedica izraženih zabrinutosti UN-a zbog arapsko-izraelskog sukoba na Srednjem istoku (korijen sukoba leži u neriješenom pitanju statusa Palestine), osnovan *United Nation Truce Supervision Organization* (UNTSO), koji nadzire situaciju na tom području od lipnja 1948. godine.³³ Jedna od starijih mirovnih misija je i ona na području Kašmira, između Indije i Pakistana, *United Nations*

³¹ V. više u: Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., op. cit. (bilj. 24), str. 83; O strategijama mirovnih operacija v. više i u: De Rossanet, Bertrand, *Peacemaking and Peacekeeping in Yugoslavia*, Kluwer Law International, 1996., str. 85 – 103.

³² V. više u: Berdal, Mats R., *The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict After the Cold War*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, br. 1, 1996 – 1997., str. 76 – 86; Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 816 – 819; Roberts, Adam, *The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 6, br. 1, 1995., str. 41 – 67; Detaljan pregled mirovnih operacija dostupan je na: <http://www.un.org/Depts/dpko/dpko/index.asp>.

³³ V. Rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res/50(1949), od 29. svibnja 1948. godine. Mandat je misije nadzor poštivanja mirovnog sporazuma između Izraela i arapskih susjeda, nadzor prekida vatre u području Sueskog kanala i Golanske visoravni i sprječavanje incidenata i sukoba te pomaganje ostalim misijama u regiji – *United Nation Disengagement Observer Force* (UNDOF) i *United Nations Interim Force in Lebanon* (UNIFIL). Osnovne informacije dostupne na: <http://www.un.org/Depts/dpko/missions/untso/background.html>.

Military Observer Group in India and Pakistan (UNMOGIP), osnovana 1951. godine.³⁴ Poznat je i primjer Cipra. Vijeće sigurnosti je, naime još 1964. godine usvojilo Rezoluciju 186, *The Cyprus Question*,³⁵ kojom se predlaže osnivanje UNFICYP-a (*United Nations Peacekeeping Force in Cyprus*). Sukladno toj rezoluciji, mandat misije je sprječavanje obnavljanja sukoba, doprinos održavanju i obnovi reda i zakona te uspostava normalnog života.³⁶

Krajem prošlog stoljeća, javilo se uvjerenje da će razvoj koncepta mirovnih operacija krenuti u novom smjeru, kao posljedica promjene zadataka mirovnih snaga UN-a i njihove prvotne funkcije (koja se svodila na održanje mira poslije prekida neprijateljstava). Naime, Vijeće sigurnosti Rezolucijom 836(1993) ovlastilo je Zaštitne snage UN-a (UNPROFOR) u Bosni i Hercegovini da djelujući u samoobrani, poduzmu sve potrebne mjere, uključujući čak i uporabu sile, u slučaju bombardiranja ili oružanih upada na određena sigurna područja (*safe areas*).³⁷ U delikatnim situacijama, kao što je bila ona u BiH, mirovne snage UNPROFOR-a djelovale su u uvjetima aktivnih vojnih operacija i to na dva polja – vojnom i humanitarnom. Pored sudjelovanja u praćenju humanitarnih konvoja i u podjeli pomoći, UNPROFOR je nadzirao i tzv. sigurnosne zone, osnovane kako bi se civilno stanovništvo zaštitilo od etničkog čišćenja.³⁸ To je pobudilo nadu nekih autora da se mirovne operacije, kod kojih u pravilu nema uporabe oružane sile (osim u samoobrani), polako vraćaju izvornom konceptu kolektivne sigurnosti predviđenom u Povelji. No, kasniji razvoj nije ispunio navedena očekivanja, već je i doveo do opadanja ugleda mirovnih snaga nakon masakra u Srebrenici 1995. (kad nisu adekvatno zaštitili sigurno područje UN-a), a takvo je gledište kulminiralo već spomenutom intervencijom u Iraku

³⁴ V. Rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res/91(1951), od 30. ožujka 1951. godine. Sukobi između dvije zemlje osobito su se razbuktali 1971., a sporazum između Indije i Pakistana iz 1972. godine definirao je novu liniju razgraničenja, koja je s manjim odstupanjima pratila prihvaćenu liniju razgraničenja iz 1949. Od tog vremena Indija je zauzela stajalište da je mandat misije UNMOGIP-a završen, jer se odnosi isključivo na liniju razgraničenja koja je prihvaćena sporazumom iz Karachija 1949. godine. Pakistan nije prihvatio takvo stajalište, već i nadalje ulaže misiji UNMOGIP-a žalbe na povrede prekida vatre. U svezi s razmiricama dviju strana o ulozi i mandatu misije UNMOGIP-a, glavni tajnik UN-a zauzeo je stajalište da misija može biti okončana samo odlukom Vijeća sigurnosti, a budući da takva odluka nije donesena, misija UN-a i dalje traje sa zadaćom strogog nadzora linije razgraničenja iz 1971. godine i izvješćivanja glavnog tajnika UN-a o njezinoj povredi.

³⁵ V. Rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res/186, od 4. ožujka 1964. godine.

³⁶ Nakon podjele otoka 1974. godine, misija UNFICYP-a služi kao snaga razdvajanja između snaga grčke i turske etničke zajednice. U svom posljednjem Izvješću glavni tajnik UN-a, zaključuje kako se u nedostatku prikladnijeg rješenja, ostanak snaga UNFICYP-a na otoku smatra nužnim te predlaže produženje mandata do 15. lipnja 2008. godine. V. Report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Cyprus, S/2007/99 od 3. prosinca 2007. godine, par. 51.

³⁷ O proglašenju određenih ugroženih područja Bosne i Hercegovine sigurnim područjima, v. Rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res/819(1993), od 16. travnja 1993. godine i Rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res/824(1993), o "Sigurnosnim zonama", koje je predstavljalo šest gradova: Sarajevo, Tuzla, Žepa, Goražde, Bihać i Srebrenica, od 6. svibnja 1993. godine.

³⁸ Status ovih zona nije se mogao izjednačavati sa sanitetskim i drugim zaštitnim zonama predviđenim Ženevskim konvencijama i Protokolima.

2003. godine.³⁹ Srebrenica se navodi kao primjer neefikasnog djelovanja mirovnih snaga UN-a, a na terenu je tijekom jugoslavenskog sukoba postalo evidentno kako djelovanje mirovnih snaga UN-a poprima nove obrise.⁴⁰

IV. Oružana intervencija druge države

IV.1. Načelo neintervencije u međunarodnom pravu

Načelo neintervencije dio je međunarodnog običajnog prava koje se temelji na načelu poštivanja teritorijalne suverenosti svake države.⁴¹ Obveze država u tom se pravcu zasnivaju na suverenoj jednakosti te teritorijalnoj i političkoj neovisnosti svih članova međunarodne zajednice. Radi se o načelu bliskom i načelu zabrane korištenja prijetnje ili uporabe sile iz Povelje,⁴² iako ga ona sama ne spominje. Iz navedenog proizlazi i protupravnost oružane akcije koja bi bila poduzeta protivno navedenim načelima. Intervencija je, dakle protupravna kada rabi metodu sile ili prijetnje silom u odnosu na pravo izbora političkog, ekonomskog, socijalnog i kulturnog sustava i samostalnu manifestaciju vanjske politike.

Ipak, bitno je naglasiti postojanje određenih odstupanja od načela neintervencije.

Značajan izuzetak od zabrane uporabe sile ili prijetnje silom ostvarenje je prava na samoobranu temeljem članka 51. Povelje, koji određuje da odredbe Povelje ne diraju pravo individualne ili kolektivne samoobrane u slučaju oružanog napada na nekog člana UN-a, sve dok Vijeće sigurnosti ne poduzme mjere nužne za održanje međunarodnog mira i sigurnosti. Mjere koje članovi poduzmu u vršenju tog prava odmah se dojavljuju Vijeću sigurnosti i nipošto ne diraju u njegove ovlasti i dužnosti da temeljem Povelje djeluje u svakom trenutku na način koji smatra primjerenim i nužnim za održavanje ili uspostavu međunarodnog mira i sigurnosti.

Pravo na samoobranu u međunarodnom pravu bilo je prihvaćeno kao oblik defanzivne akcije još prije njegova uvrštenja u Povelju. Tradicionalna definicija prava na samoobranu pojavila se u slučaju *Caroline* iz 1837. godine, kada je američki državni tajnik, korespondirajući s britanskim vlastima, utvrdio opravdanost samoobrane “u slučaju neposredne i neotklonjive opasnosti, ako ne postoji mogućnost izbora i nema vremena za razmišljanje”. Tako poduzeta

³⁹ V. u: Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., op. cit. (bilj. 24), str. 81 i 85 – 86.

⁴⁰ Izvješće glavnog tajnika UN-a o Srebrenici, *The Fall of Srebrenica*, od 15. studenog 1999. godine, shodno Rezoluciji Opće skupštine 53/55, A/54/549, par. 501 – 506.

⁴¹ “... *Principles such as those of the non-use of force, non-intervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law...*”, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement*, 27 June 1986, *International Court of Justice Reports*, 1986., par. 73.

⁴² V. članak 2. stavak 4. Povelje.

akcija ne smije biti nerazumna ili ekscesna te se mora ograničiti potrebom samoobrane i odvijati unutar njenih okvira. Tako definirana načela prihvaćena su od strane britanske vlade i danas čine dio međunarodnog običajnog prava.⁴³

Gledište o pravu na samoobranu kao inherentnom pravu u sklopu međunarodnog običajnog prava potvrdio je i Međunarodni sud u predmetu *Nicaragua*. Tu se je Sud kritički osvrnuo na članak 51. Povelje i utvrdio da samo potvrđuje postojanje prirodnog ili inherentnog prava na samoobranu, ali ne razrađuje pojedinačne aspekte njegova postojanja. On, primjerice ne definira pojam oružanog napada, koji ovlašćuje na primjenu inherentnog prava samoobrane,⁴⁴ stoga se ni ne može zaključiti da odredba članka 51. Povelje dopunjuje i razvija međunarodno običajno pravo.⁴⁵ Temeljni su elementi nužni za opravdanje pozivanja na pravo individualne samoobrane, prema stavu Suda u tom predmetu, da djelo mora predstavljati nužan i proporcionalan odgovor na prethodno počinjeni napad⁴⁶ i biti poduzeto od žrtve takvog napada.⁴⁷ Nužnost i proporcionalnost kao uvjet prava na samoobranu potvrđeni su i u drugim predmetima pred Međunarodnim sudom.⁴⁸

Značajno i zanimljivo odstupanje od načela neintervencije predstavlja postojanje i prakticiranje humanitarnih intervencija. Naime, u slučajevima teškog kršenja ljudskih prava širokih razmjera u određenoj državi, kada ta kršenja dovode do masovnog raseljavanja stanovništva i izbjeglištva, sve više sazrijeva svijest o dužnosti međunarodne zajednice da intervenira u cilju okončanja takvih pojava. Radi se o intervenciji poduzetoj od strane jedne ili više

⁴³ Shaw, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997., str. 787.

⁴⁴ Sud je u tom predmetu prihvatio i definiciju oružanog napada iz članka 3. Rezolucije Opće skupštine UN-a 3314 (XXIX), od 14. prosinca 1974. godine, a koja određuje sljedeće: "*an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to" an actual armed attack conducted by regular forces, "or its substantial involvement therein"*". Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, 27 June 1986, International Court of Justice Reports, 1986.), par. 195.

⁴⁵ "*It rather demonstrates that in the field in question, the importance of which for the present dispute need hardly be stressed customary international law continues to exist alongside treaty law.*" Ibid., par. 176.

⁴⁶ "*...whether the response to the attack is lawful depends on observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence.*" Ibid., par. 194.

⁴⁷ "*... the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack.*" Ibid., par. 195.

⁴⁸ V. primjerice u: Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, par. 41, u kojem se navodi: "*The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law.*" V. također i Case Concerning Oil Platform (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, od 6. studenog 2003. godine.

država, na području treće države, ne samo radi zaštite vlastitih državljana, već i radi zaštite državljana te treće države od njenih nezakonitih čina.⁴⁹

Postojanje i prakticiranje humanitarnih intervencija otvara brojna pitanja. Koja je to osnova koja bi opravdavala pravo pojedinih država da iz humanitarnih osnova koriste silu (zabranjenu) u međunarodnim odnosim? S jedne strane, tradicionalnim se smatra gledište o nedopustivosti vanjske vojne intervencije u nemeđunarodni oružani sukob, osim u slučajevima u kojima se zahtijeva hitna reakcija, ali poduzeta isključivo od strane UN-a. S druge strane, postoje autori koji se pozivaju na postojanje prava na humanitarnu intervenciju kao dijela običajnog prava, naglašavajući pritom da Povelja nigdje izričito ne zabranjuje humanitarnu intervenciju,⁵⁰ a istodobno proklamira zaštitu poštivanja prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve, bez diskriminacije.⁵¹ U skladu s takvim gledištima, interpretacija Povelje, koja bi zabranjivala intervenciju, kojoj je cilj upravo ta zaštita, bila bi kontradiktorna. Legalnost humanitarne intervencije potkrijepljena je i nekim dokumentima o ljudskim pravima, koji iako ne spominju izričito humanitarnu intervenciju, zahtijevaju od svojih potpisnika poduzimanje određenih akcija u vidu zaštite ljudskih prava.⁵²

U svakom slučaju, možemo smatrati nužnim jasno utvrđivanje postavki humanitarne intervencije, koja se u situacijama rastućih nemira, ali i izraženog nepoštivanja međunarodnog humanitarnog prava, često čini prikladnom akcijom za zaštitu ljudskih prava. Prije svega, nužno je odrediti modalitete same akcije; koja su to ponašanja države koja posljedično mogu dovesti do humanitarne intervencije, odnosno protiv kojih čini države je prikladno i legalno poduzimati humanitarnu intervenciju. U skladu s dosadašnjim iskustvima, možemo navesti da bi se u takvim slučajevima radilo o teškim kršenjima ljudskih prava nakon što diplomatski putovi nisu polučili rezultate, pa se oružana akcija nameće kao nužna. Pritom se svakako mora voditi računa o proporcionalnosti uporabe sile, prekinuti s akcijom čim je rezultat ostvaren i u svakom slučaju provoditi humanitarnu intervenciju u skladu s uputama Vijeća sigurnosti.

IV.2. Oružana intervencija na strani vlade

U situacijama nemeđunarodnih oružanih sukoba, za razliku od vojne intervencije druge države na strani ustanika, pomoć zakonitoj vladi u cilju

⁴⁹ Geissler, Laura, *The Law of Humanitarian Intervention and the Kosovo Crisis*, *Hamline Law Review*, 1999. – 2000., str. 324.

⁵⁰ *“That conclusion is supported... by various instances in which the powers have intervened to prevent the neighbour from continuing to commit such abuses as constituted a violation of the universally recognized and generally respected rules of decent state conduct.”* Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal, *International Protection on Human Rights*, 1973., str. 140, djelo citirano u: Halberstam, Malvina, *The Legality of Humanitarian Intervention*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1995., str. 3.

⁵¹ Članak 1. stavak 3. Povelje.

⁵² V. primjerice članak 8. Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine.

gušenja oružanog otpora ne smatra se uvijek razlogom internacionalizacije takvog sukoba. Razlozi koji se tomu u prilog najčešće navode jesu odsutnost međunarodnopravnog subjektiviteta ustanika i nepostojanje vlastite motivacije strane države prilikom pružanja takve oružane pomoći. Razmišljanja o nemeđunarodnom karakteru oružanog sukoba u takvim slučajevima bi se mogla prihvatiti samo onda kada je obilježje aktivnosti druge države praćeno simboličnim gestama oružane pomoći, i to u vidu vrlo ograničenog i posrednog oblika djelovanja na sam tijek vojnih operacija. Međutim, u slučajevima šireg vojnog uplitanja, poduzetog u cilju izmjene postojeće situacije u korist legalne vlasti, intervencija sigurno mijenja karakter oružanog sukoba iz nemeđunarodnog u međunarodni.

Poziv zakonite vlade drugoj državi u pogledu pružanja oružane pomoći, često se navodi kao razlog opravdanju takve intervencije.⁵³ Zakonitost akcije u takvom slučaju opravdana je time da nema diktatorskog uplitanja u unutarnje stvari druge države, što oružanoj intervenciji, temeljenoj na izričitoj volji, odnosno pozivu legalne vlasti daje pravno dopušteni karakter. Međutim, ono što možemo promatrati kao sporno u takvoj situaciji i nije sama oružana intervencija, koliko poziv u pomoć. Takav poziv može biti svojevrsan pokazatelj njene stvarne nemoći i nesposobnosti prilagodbe stvarnim željama svog stanovništva. Posljedično se možemo zapitati, nije li možda takvim razvojem događaja zakonita vlada izgubila sposobnost predstavljanja države u međunarodnim odnosima, a sve to s obzirom na izmijenjenu situaciju, koja predstavnicima vlasti protivne strane daje izraženije obilježje stvarnog nositelja vlasti? Tu se polazi od gledišta da bez takve intervencije zakonita vlada ne bi mogla smiriti situaciju. Činjenica da je legalna vlast izgubila mogućnost nadzora nad situacijom u zemlji može ukazivati i na to da je ona u velikoj mjeri izgubila i svojstvo stvarne vlade. Poziv za stranom oružanom pomoći, kao što je već naglašeno, svojevrsna je potvrda toga.

Stajalište o legitimnosti pomoći legalnoj vladi potvrđivat će se i nadalje u slučajevima pomaganja ili usmjeravanja protudržavne operacije ustanika od trećih država. U takvim slučajevima, čini se da će doktrina kolektivne samoobrane dopustiti drugim državama otvoreno i legalno interveniranje na strani vlade. Neki su pisci predlagali da se tradicionalno pravilo o dopuštanju trećoj strani sudjelovati na strani vlade ne odnosi na pomoć u slučajevima kada je neizvjestan ishod borbe ili gdje su se ustanci toliko raširili i ozbiljno prijete rušenjem postojeće vlade. Tada se pomoć vladi, koja se pred evidentnim raspadom može smatrati upitnom, u vidu intervencije u unutarnju situaciju koja se u tom trenutku nalazi pred rješenjem.⁵⁴

⁵³ Shaw, Malcolm N., op. cit. (bilj. 43), str. 800.

⁵⁴ Ibid., str. 801.

IV.3. Oružana intervencija na strani ustanika

Oružana intervencija na strani ustanika smatra se protivnom međunarodnom pravu i nedopuštenom u međunarodnim odnosima. Osnove tog gledišta nalazimo u mnogim međunarodnim dokumentima.

Tako, primjerice Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i suradnji između država, u skladu s Poveljom⁵⁵ zabranjuju organiziranje, pomoć, financiranje, poticanje ili toleriranje rušilačkih, terorističkih ili oružanih aktivnosti, usmjerenih na nasilno svrgavanje režima druge države, kao i miješanje u unutarnje sukobe na području druge države. Svaka je država dužna suzdržati se od bilo kakve akcije usmjerene na djelomično ili potpuno rušenje nacionalnog jedinstva i teritorijalne cjelovitosti druge države. Na sličan način nedopuštenu intervenciju promatra Deklaracija o nedopustivosti miješanja u unutarnje poslove država i o zaštiti neovisnosti i suverenosti, iz 1965. godine,⁵⁶ kao i nova Delaracija o nedopustivosti intervencije i miješanja u unutarnje poslove država, iz 1981. godine.⁵⁷

Unatoč proklamacijama, činjenica je da se te odredbe neprestano krše. Pojedini autori smatraju da su tekstovi tih instrumenata preopširni, prepuni ponavljanja, nabrojavanja nedopuštenih čina intervencije u želji da ih sve nabroje, pa odatle proizlaze i široke mogućnosti zlouporaba u praksi. Stoji mišljenje da bi kratka i jasna određenja pojma intervencije, s elementima koji neko djelo čine protupravnim, morala imati prednost pred enumerativnim definicijama.⁵⁸

IV.3.1. Pojam nadzora i testovi koji se primjenjuju pri određenju vrste sukoba

Međunarodno humanitarno pravo ne sadrži jedinstvene kriterije za utvrđenje kada se djelovanje grupe pojedinaca može smatrati nadziranim od strane određene države, odnosno kada pojedinci mogu djelovati kao predstavnici države, a da takva djelovanja posljedično rezultiraju promjenom kvalifikacije oružanog sukoba iz nemeđunarodnog u međunarodni.

Kao polazište za raspravu pod kojim se uvjetima može smatrati da oružane snage, koje se bore protiv vlasti države u kojoj žive, zapravo djeluju u ime neke druge države, mogu se uzeti standardi za status legitimnih boraca, navedeni u

⁵⁵ General Assembly Resolution 2624 (XXV), Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance With the Charter of the United Nations. Nju je Opća skupština usvojila 24. listopada 1970. godine, na svojem jubilarom zasjedanju povodom 25-godišnjice osnutka Ujedinjenih naroda.

⁵⁶ General Assembly Resolution 2131 (XX), Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, od 21. prosinca 1965. godine.

⁵⁷ General Assembly Resolution 36/103, Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, od 9. prosinca 1981. godine.

⁵⁸ Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 10), str. 247.

Ženevskoj konvenciji (III) o postupanju s ratnim zarobljenicima iz 1949. godine.⁵⁹ Jasno je da je glavna svrha te odredbe utvrđivanje kriterija za status legitimnih boraca. Ipak, jedna je od logičnih posljedica i ta da ako u oružanom sukobu paravojne snage pripadaju državi koja nije ona protiv koje se bore, sukob postaje međunarodni.

Argumentacija na kojoj počiva članak 4. je jačanje stajališta da bi države trebale biti odgovorne za ponašanje paravojnih snaga koje podržavaju. Kako je u drugostupanjskoj presudi u predmetu protiv Duška Tadića zaključio Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju: “Države su u praksi prihvatile da zaraćene strane mogu za vođenje neprijateljstava koristiti paravojne jedinice i druge neredovne snage, samo pod uvjetom da su zaraćene strane spremne snositi odgovornost za sva kršenja koja počine takve snage. Čini se da međunarodne norme i praksa država traže da je za kvalifikaciju paravojnih snaga kao legitimnih boraca potrebno da one budu pod nadzorom strane u međunarodnom oružanom sukobu i da, stoga, između tih paravojnih snaga i te strane postoji odnos zavisnosti i lojalnosti. Ti spomenuti elementi mogu se stoga smatrati komponentama termina “pripadanje strani u sukobu”.⁶⁰

Značajno je na ovom mjestu spomenuti i pravilo o međunarodnoj odgovornosti iz odredbi Rezolucije Opće skupštine Ujedinjenih naroda o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine, iz 2001. godine.⁶¹ Ona određuje da će se ponašanje osoba ili grupe osoba smatrati aktom države prema međunarodnom pravu ako ta osoba ili grupa osoba postupaju po uputama, naredbama ili pod nadzorom te države.⁶² Tu se uglavnom radi o osobama regrutiranim u pomoćne oružane snage ili “dragovoljcima“ koji djeluju u drugoj državi.⁶³

Međutim, nužno je konkretno utvrditi koji stupanj vlasti ili nadzora strana država mora imati nad oružanim snagama koje se bore u njeno ime, da bi oružani sukob, koji je na prvi pogled nemeđunarodni, postao međunarodni. Kvalifikacija sukoba kao nemeđunarodnog ili međunarodnog povlači izuzetno značajne pravne posljedice. Ako se sukob na kraju kvalificira kao međunarodni, slijedi, između ostalog, da se strana država može u određenim okolnostima smatrati odgovornom za kršenja međunarodnog prava počinjena od strane oružanih grupa koje djeluju u njeno ime.

⁵⁹ V. članak 4. stavak 2. Konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima.

⁶⁰ Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement in the Appeals Chamber, IT-94-1-A, 15 July 1999 (dalje: Drugostupanjska presuda u predmetu Tadić), par. 93 – 95.

⁶¹ General Assembly Resolution, A/Res/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, od 12. prosinca 2001.

⁶² *The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.* Ibid., članak 8.

⁶³ Degan, Vladimir-Đuro, Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca za zločin genocida – pitanje tereta dokazivanja, Decennium Moztanicense, Zbornik radova, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008., str. 45.

Pitanje pravnih uvjeta koji se moraju zadovoljiti, da bi se smatralo da pojedinci, odnosno grupe djeluju u ime druge države, odnosno kao njeni predstavnici razmatralo se pred Međunarodnim sudom u predmetu *Nicaragua*.⁶⁴ U njemu je Sud autoritativno sugerirao visok stupanj nadzora nad pojedincima od strane druge države. Naime, razmatrajući pitanje je li strana država (u ovom slučaju SAD), zbog činjenice da je financirala, organizirala, obučavala, opremala i planirala operacije organiziranih vojnih i paravojnih grupa ustanika u Nikaragvi (tzv. *contrasi*), odgovorna za kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su počinili ti ustanici, Sud je zaključio da je za utvrđenje te odgovornosti nužan visok stupanj nadzora. Nije, naime dovoljno da jedna strana samo općenito nadzire vojnu ili paravojnu grupu, nego je nužno i vršenje nadzora u odnosu na konkretnu operaciju tijekom koje je došlo do kršenja. Mora, dakle postojati stvaran ili efektivan nadzor nad (para)vojnim operacijama, kao i veza između ustanika i države koja bi upućivala na odnos ovisnosti, s jedne strane i nadzora, s druge.⁶⁵ Sud se temeljem činjenica priklonio stajalištu kako je sudjelovanje SAD-a bilo nedovoljno da bi im se pripisala djela koja su počinili *contrasi*. Takva su djela, po stajalištu Suda, ovi mogli počiniti i bez nadzora izvana. U konačnici je zaključeno da se radilo o sukobu mješovitog karaktera. Sukob između *contrasa* i snaga vlade Nikaragve smatran je oružanim sukobom koji "nije međunarodnog karaktera", pa su se djela *contrasa* prema nikaragvanskoj vladi trebala uređivati pravilima primjenjivim na nemeđunarodne oružane sukobe. S druge strane, postupci SAD-a u Nikaragvi i protiv nje potpadali su pod pravila koja se odnose na međunarodne sukobe.⁶⁶

Zaključak koji upućuje da osobe, grupe osoba ili drugi subjekti mogu, u svrhu međunarodne odgovornosti, biti izjednačene s državnim tijelima, čak i ako takav status ne proizlazi iz međunarodnog prava (pod uvjetom da te osobe, grupe osoba ili drugi subjekti djeluju u "potpunoj ovisnosti" od države kojoj služe samo kao instrument), ponovljen je i u predmetu o odgovornosti Srbije i Crne Gore za genocid u Bosni i Hercegovini. U takvom slučaju nužno je razmotriti problem i izvan samog pravnog statusa kako bi se dosegla stvarna veza između osoba koje djeluju i države s kojom su one blisko povezane.⁶⁷ Međutim, stav je Suda da izjednačavanje tih osoba ili drugih subjekata s državnim tijelima, kada oni nemaju takav status prema međunarodnom pravu

⁶⁴ Parnica glede vojnih i paravojnih aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, 27 June 1986, International Court of Justice Reports, 1986.), par. 114 – 116.

⁶⁵ Ibid., par. 109.

⁶⁶ Ibid., par. 110 – 115, 219. U istom je predmetu odgovornost SAD-a utvrđena u slučajevima objave i raspačavanja priručnika o gerilskom ratovanju (*Psychological Operations in Guerrilla Warfare*) te u odnosu na postavljanje mina u nikaragvanskim lukama i vodama početkom 1984. godine. V. par. 80 i 122.

⁶⁷ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, 26 February 2007., par. 392.

mora biti izuzetak, budući da to zahtijeva dokazivanje osobito visokog stupnja državnog nadzora nad njima – vezu koja je u predmetu *Nicaragua* opisana kao “potpuna ovisnost” (*complete dependence*), a koja predstavlja osnovu testa efektivnog ili stvarnog nadzora (*test of effective control*). U slučaju odgovornosti Srbije i Crne Gore trebalo je odlučiti jesu li u kritično vrijeme osobe ili subjekti, koji su počinili zločin genocida u Srebrenici, imali sa SRJ takve veze koje bi se smatrale potpunom ovisnošću. Samo ukoliko bi bio ispunjen ovaj uvjet, oni bi se mogli izjednačiti u cilju utvrđenja međunarodne odgovornosti SRJ.⁶⁸

Sud je na to pitanje odgovorio negativno,⁶⁹ a potpuno je odvojeno ispitivao pitanje jesu li u specifičnim okolnostima u vezi s događajima u Srebrenici izvršitelji genocida postupali po naputcima tužene strane, po njenim naredbama ili nadzorom. Pozitivan odgovor na ovo pitanje ni na koji način ne bi značio da bi izvršitelji mogli biti određeni kao tijela SRJ ili izjednačeni s tim tijelima. To bi samo značilo da bi SRJ bila međunarodno odgovorna za ponašanje onih svojih tijela, koja su davala upute ili vršila nadzor, koji je rezultirao zločinima, a sve protivno njenim međunarodnim obvezama. Samo ćemo kratko spomenuti da je Sud, temeljem dokaza, zaključio kako nije dokazano da su masakri u Srebrenici počinile osobe ili drugi subjekti koji se mogu smatrati tijelima SRJ. Sud je također smatrao kako nije dokazano da su masakri počinjeni prema instrukcijama ili naredbi tijela tužene strane niti je tužena strana vršila efektivan nadzor nad operacijama tijekom kojih su ovi masakri počinjeni.⁷⁰

O pitanju nadzora raspravljalo se i pred Međunarodnim kaznenim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Odlučujući o karakteru sukoba, Prvostupanjsko vijeće u predmetu Tadić podržalo je test efektivnog nadzora iz predmeta *Nicaragua*. Zaključeno je da ne postoje dokazi temeljem kojih se može pouzdano utvrditi da su oružane snage Republike Srpske, kao i ta tvorevina u cjelini, bile išta više od običnih, (iako veoma ovisnih) saveznika vlade SRJ u njenom planu stvaranja Velike Srbije.⁷¹ Na taj je način zaključeno da se do 19. svibnja 1992. (kada se JNA formalno povukla iz BiH) radilo o međunarodnom oružanom sukobu, ali – bitno je naglasiti – nije nigdje izričito navedeno kakav je bio njegov karakter nakon tog datuma. Postoji naznaka da je Raspravno vijeće barem implicitno smatralo da je

⁶⁸ Ibid., par. 393.

⁶⁹ Ibid., par. 394.

⁷⁰ Ibid., par. 397 i 413. Sud je, naime u tom predmetu utvrdio nesumnjivo postojanje određene pomoći političke, vojne i finacijske prirode SRJ Republici Srpskoj i VRS (Vojsci Republike Srpske), koja je započela puno prije tragičnih događaja u Srebrenici i trajala cijelo to vrijeme. Međutim, po stajalištu Suda, nije se nesumnjivo utvrdilo da su vlasti SRJ pomagale i opskrbljivale vođe VRS u vrijeme kada je postalo jasno da će genocid biti počinjen. Naime, u skladu s dokazima kojima je Sud raspolagao, utvrđeno je da je odluka o počinjenju zločina genocida donijeta neposredno prije (12. ili 13. srpnja 1995. godine), no što je sam čin izvršen (između 13. i 16. srpnja 1995. godine), pa je Sudu ostalo nedokazano da je u tom ključnom trenutku SRJ opskrbljivala i pomagala počinitelje genocida, potpuno svjesna da će ta pomoć biti iskorištena u tu svrhu. V. par. 422 – 424.

⁷¹ Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgment in the Trial Chamber, IT-94-1-T, 7 May 1997. (dalje: Prvostupanjska presuda u predmetu Tadić), par. 605 – 606.

nakon tog datuma taj sukob postao nemeđunarodni.⁷² U svom Izdvojenom mišljenju uz Prvostupanjsku presudu u predmetu Tadić sutkinja McDonald izrazila je neslaganje s tim dijelom presude, smatrajući da je oružani sukob u općini Prijedor bio međunarodnog karaktera tijekom cijelog vremena na kojeg se odnosi Optužnica te da je Raspravno vijeće u svakom slučaju primijenilo pogriješan kriterij nadzora za utvrđivanje postojanja međunarodnog oružanog sukoba.⁷³ Odgovor na pitanje je li se nakon 19. svibnja 1992. godine, promijenila kvalifikacija oružanog sukoba u tom je predmetu ovisila o odgovoru na pitanje, mogu li se snage bosanskih Srba *de facto* ili *de iure* smatrati organima SRJ.

Žalbeno je vijeće u predmetu Tadić nakon što je detaljno promotriilo bitne elemente testa iz predmeta *Nicaragua* (zaključivši da je on u neskladu s “logikom prava o odgovornosti država” te “međunarodnom sudskom i državnom praksom”), odbacilo test efektivnog nadzora, snizilo “prag” sudjelovanja države i prihvatilo manje striktan test sveukupnog, cjelovitog ili općeg nadzora (*test of overall control*).⁷⁴

Raspravljajući o pitanju nadzora, Vijeće je također naglasilo da je nužno voditi računa o razlici između sudjelovanja pojedinca u odnosu na sudjelovanje grupe u oružanom sukobu. U skladu s time, razlikuje tri razine standarda nadzora kojima se određeni subjekt može smatrati tijelom države:

1) ako se radi o privatnim osobama asimiliranim u tijela državne vlasti, oni se zbog svog stvarnog ponašanja unutar te strukture mogu smatrati tijelima odnosno države, bez obzira na moguće postojanje uputa izdanih od strane države;

2) ako se radi o djelovanju privatnih osoba ili grupa koje nisu vojno organizirane i koje djeluju kao tijelo te države, nužno je utvrditi da je ta država izdala konkretne upute u vezi s izvršenjem konkretnih djela, odnosno alternativno – da je to protupravno djelo *ex post facto* javno podržala ili odobrila, što je sadržaj efektivnog ili stvarnog nadzora;

3) ako se, pak radi o djelovanju oružanih snaga, milicija ili paravojnih jedinica koji su organizirani u vojnoj hijerarhiji (za što je utvrđeno da je bio slučaj u predmetu Tadić) i koje djeluju kao tijelo te države dovoljno je utvrditi da se radilo o nadzoru općeg, cjelovitog ili sveobuhvatnog karaktera. Time je Tribunal za bivšu Jugoslaviju odstupio od testa efektivnog nadzora te snizio kriterije u odnosu na dokazivanje odgovornosti države. Bitno je naglasiti da

⁷² Drugostupanjaska presuda u predmetu Tadić, par. 86.

⁷³ Dokazi su, prema mišljenju sutkinje Gabrielle Kirk McDonald, potvrdili da je stvaranje Vojske Republike Srpske (VRS) bila pravna fikcija. Ostalo je isto oružje, ista oprema, isti oficiri, isti zapovjednici, uglavnom iste trupe... Kontinuitet između JNA i VRS, posebno u vezi s vojnim operacijama na području općine Prijedor, prisutnost značajnog broja nebosanskih bivših oficira JNA u VRS – sve je zajedno nepobitno dokazivalo da se radilo samo o promjeni imena. V. Izdvojeno i različito mišljenje sutkinje McDonald o primjenjivosti članka 2. Statuta, uz Prvostupanjsku presudu u predmetu Tadić, par. 7 i 15.

⁷⁴ Drugostupanjaska presuda u predmetu Tadić, par. 131. Za komentar primjene tekstova nadzora u predmetu Tadić v. i u: Ackerman, John E, O’Sullivan, Eugene, Praksa i procedura Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, S odabranim materijalima Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2002., str. 14 – 16.

razina sveobuhvatnog ili cjelovitog nadzora ne ide tako daleko da zahtijeva izdavanje konkretnih naredbi ili nadzor nad svakom pojedinom operacijom od strane države.⁷⁵ Na taj je način naglašena uloga SRJ i Republike Hrvatske u organizaciji, planiranju i koordiniranju vojnih operacija na području BiH, neovisno o postojanju konkretnih uputstava i instrukcija u odnosu na takve operacije te je posljedično time sukob dobio značaj međunarodnog oružanog sukoba.

Naravno, Vijeće je naglasilo i činjenicu da ako država, koja vrši nadzor, nije ona država na čijem se području vodi oružani sukob ili gdje oružane snage vrše svoja djela, zahtijevaju se opširniji i uvjerljiviji dokazi da država doista i vrši nadzor nad jedinicama ili grupama, ne samo time što ih financira i oprema, nego i tako što im daje opće smjernice ili pomaže u planiranju akcija. Jednako čvrsti dokazi zahtijevaju se i u slučaju kada vlada opća pomutnja i unutarnji razdor i oslabljena je vlast države. Prag se može lakše utvrditi, ako je država koja vrši nadzor, ujedno susjedna država s teritorijalnim pretenzijama prema državi u kojoj se odvija sukob, pri čemu država, koja vrši nadzor, pokušava ostvariti teritorijalno povećanje putem oružanih snaga koje nadzire.

Na spomenutu praksu u predmetu Tadić, osvrnuo se i Međunarodni sud u predmetu o odgovornosti Srbije i Crne Gore za genocid. Taj je sud pažljivo razmotrio stajalište Žalbenog vijeća u tom predmetu, te zaključio da takvo stajalište ne može podržati. Prvo, Međunarodni sud je ispravno prigovorio da Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije bio uopće pozvan odlučivati o pitanju odgovornosti države, budući da je njegova nadležnost kaznena i proteže se samo na fizičke osobe. Stoga se, zaključak je Međunarodnog suda, Tribunal u presudi Dušku Tadiću bavio pitanjem koje nije bilo nužno u okviru njegove nadležnosti.⁷⁶

Međunarodni sud osvrnuo se i na test sveukupnog nadzora. On, naime smatra da je u mjeri u kojoj je test takvog nadzora korišten u predmetu Tadić za odlučivanje o tomu je li vojni sukob bio međunarodni, taj test primjenjiv i odgovarajući. Međutim, u predmetu o odgovornosti Srbije i Crne Gore za genocid, Sud nije smatrao primjerenim zauzimanje gledišta u konkretnom predmetu. Mišljenje je Međunarodnog suda da logika ne zahtijeva usvajanje istog testa u razrješavanju pitanja koja su međusobno različita. Stupanj i priroda sudjelovanja države u sukobu na području druge države, koji su potrebni da bi se sukob okarakterizirao kao međunarodni, mogu se razlikovati od stupnja i prirode sudjelovanja koji se zahtijevaju pri pokretanju pitanja odgovornosti države za pojedine zločine počinjene tijekom oružanog sukoba.⁷⁷

Nadalje, test sveukupnog nadzora ima veliki nedostatak što proširuje opseg odgovornosti države daleko iznad temeljnog načela pravila o međunarodnoj

⁷⁵ V. razradu tih stajališta u Drugostupanjskoj presudi u predmetu Tadić, par. 137 – 144.

⁷⁶ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, 26 February 2007, par. 403.

⁷⁷ Ibid., par. 404.

odgovornosti. Država je odgovorna samo za vlastito ponašanje, tj. za ponašanje osoba koje po bilo kojoj osnovi postupaju u njeno ime. To je tako i za postupanja njenih službenih tijela i osoba i drugih subjekata, koji formalno nisu priznati kao njena tijela prema međunarodnom pravu, ali koji se, zbog odnosa potpune ovisnosti u odnosu na tu državu, ipak moraju izjednačiti s njima. Dakle, odgovornost države postoji za djela koja su počinile osobe ili grupe, koje nisu državna tijela, niti s njima mogu biti izjednačeni samo ako se ta djela mogu staviti na teret toj državi prema pravilima međunarodnog običajnog prava. Ovo će biti slučaj kada je tijelo države dalo upute ili naredbe prema kojima su djelovali izvršitelji zabranjenih djela ili kada je država vršila efektivan nadzor nad akcijama tijekom kojih su ta djela počinjena.

Kada je u pitanju odgovornost države, može se zaključiti da test sveobuhvatnog nadzora ne predstavlja dio pozitivnog međunarodnog prava, te je, po mišljenju pojedinih autora, *a fortiori* neprimjenjiv u kaznenim predmetima. U određenim je slučajevima, primjerice slučaj Tihomira Blaškića pred Međunarodnim kaznenim tribunalom za bivšu Jugoslaviju,⁷⁸ on poslužio Tribunalu, a napose njegovu Tužiteljstvu kao sredstvo olakog pronalaženja krivaca za promašaje susjedne države, a sve to izvan svih pravila o njihovoj osobnoj kaznenoj odgovornosti. Kritika takvom postupanju ide u pravcu olakšanja postupaka i opravdanja visokih troškova rada Tribunala te već spomenutog zadiranja u pitanja koja nisu u njegovoj nadležnosti.⁷⁹

V. Zaključak

Kvalifikacija oružanog sukoba ovisi o nekoliko čimbenika. Može se, primjerice raditi o izraženoj namjeri sukobljenih strana i trećih država. Proglašenje ratnog stanja taj sukob definira kao međunarodni, iako se danas, u pravilu, sukobljene strane suzdržavaju od takvog čina. Kvalifikacija sukoba može ovisiti i o aktivnosti Vijeća sigurnosti u cilju održavanja međunarodnog mira i sigurnosti, sukladno glavi VII. Povelje. Nadalje, kvalifikaciji sukoba ponekad pridonosi i intenzitet odvijanja neprijateljstava, kao i intenzitet miješanja, odnosno intervencije treće države.

Ono što se mora imati na umu jest razlika u međunarodnopravnom uređenju te dvije osnovne vrste oružanih sukoba. Sa stajališta vladajuće teorije, međunarodno humanitarno pravo različitih vrsta oružanih sukoba (međunarodnih i nemeđunarodnih) nužno je promatrati i primjenjivati odvojeno. Međunarodni oružani sukobi uređeni su Ženevskim konvencijama, dok se na nemeđunarodne

⁷⁸ V. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Judgement in the Trial Chamber, IT-95-14-T, 3 March 2000., kao i Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Judgement in the Appeal Chamber, IT-95-14-A, 29 July 2004. Prvostupanjskom presudom Tihomir Blaškić je osuđen na 45 godina zatvora, da bi Žalbeno vijeće snizilo tu kaznu na 9 godina zatvora. Odlukom Predsjednika Tribunala Blaškić je odmah pomilovan i pušten na slobodu. Osvrt na postupak protiv Blaškića v. i u: Degan, V. Đ., op. cit. (bilj. 63), str. 46 – 47.

⁷⁹ Degan, V. Đ., loc. cit.

oružane sukobe primjenjuju zajednički članak 3. te Dopunski protokol II. Zbog teško promjenjivih stajališta država slučajeve prerastanja oružanih sukoba iz jedne kategorije u drugu, promatrat ćemo i izučavati i dalje te vjerojatno i svjedočiti sukobima za koje će biti teško uopće procijeniti u kojem su trenutku pripadali kojoj kategoriji.

Međutim, bitno je naglasiti i to da se naziru naznake promjena u vidu nastojanja prema unifikaciji pravila međunarodnog humanitarnog prava. Skoro sve akcije vođene od Međunarodnog odbora Crvenog križa potvrđuju pokušaj stvaranja nove situacije. U apelima i sporazumima sklapanim na njegovu inicijativu, pojavljuje se kao temeljna karakteristika zanemarivanje podjele pravila i obveza primjenjivih u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima. Zaštita zarobljenika i njihova razmjena, zaštita civila i izbjeglica, humanitarna pomoć, formiranje zaštićenih zona, odgovornost za kršenje Ženevskih konvencija i Dopunskih protokola, nisu diferencirani po ovoj osnovi. Budući da se takva praksa manifestirala i u radu Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju, može se zaključiti kako je ovakva praksa Međunarodnog odbora Crvenog križa nagovijestila početak određene transformacije međunarodnog humanitarnog prava.

Tendencija unifikacije prava u suvremenim oružanim sukobima osjetila se i na nivou Vijeća sigurnosti, koji je svojim rezolucijama pozivao na poštivanje međunarodnog humanitarnog prava, neovisno radi li se u konkretnoj situaciji o međunarodnom ili nemeđunarodnom oružanom sukobu. U odnosu na sukob u bivšoj Jugoslaviji, bilo je vidljivo i suzdržavanje od izričite kvalifikacije oružanog sukoba, uz pozivanje na prekid vatre i poštivanje međunarodnog humanitarnog prava.⁸⁰ Vijeće sigurnosti je u više navrata dalo međunarodni karakter nemeđunarodnom oružanom sukobu, pozivajući se pri tom na Glavu VII Povelje i primjenjujući određenu mjeru zaštite međunarodnog mira i sigurnosti.⁸¹ U tim rezolucijama, Vijeće sigurnosti izražava svoju duboku zabrinutost vezanu uz nastanak, nastavak ili razbuktavanje sukoba, što uzrokuje ozbiljnu prijetnju regionalnom i međunarodnom miru i sigurnosti. Uloga UN-a u nemeđunarodnom oružanom sukobu opravdava se održavanjem reda i mira, sigurnošću i zaštitom civila te nužnošću uhićenja osoba odgovornih za povrede ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava.⁸² Sve te aktivnosti predstavljaju ozbiljnu prijetnju miru i potiču nužnost djelovanja UN-a.

Dakle, jača tendencija koja proklamira da bi sve što se odnosi na jačanje obveza i intervencije međunarodne zajednice u međunarodnim oružanim sukobima trebalo vrijediti i za zaračene strane nemeđunarodnih sukoba.

⁸⁰ V. primjerice rezolucije Vijeća sigurnosti S/Res/713(1991), od 23. rujna 1991. godine, S/Res/1034(1995), od 21. prosinca 1995. godine i S/Res/1019(1995), od 9. studenog 1995. godine, o povredama međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije.

⁸¹ V. primjerice rezolucije Vijeća sigurnosti S/Res/872(1993), od 5. listopada 1993. godine i S/Res/929(1994), od 22. lipnja 1994. godine.

⁸² V. primjerice rezoluciju Vijeća sigurnosti S/Res1564(2004), od 18. rujna 2004. godine o stanju u Sudanu.

Implikacije ove tendencije od nemjerivog su značaja. Ona može revolucionirati cjelokupno pravo oružanih sukoba. Ostaje za vidjeti u kojoj su mjeri države spremne založiti se u tome pravcu.

Literatura

1. **Ackerman**, John E, **O'Sullivan**, Eugene, *Praksa i procedura Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, S odabranim materijalima Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2002.
2. **Andrassy**, Juraj, **Bakotić**, Božidar, **Vukas**, Budislav, *Međunarodno pravo 1*, Školska knjiga, Zagreb, 1995.
3. **Andrassy**, Juraj, **Bakotić**, Božidar, **Seršić**, Maja, **Vukas**, Budislav, *Međunarodno pravo 3*, Školska knjiga, Zagreb, 2006.
4. **Berdal**, Mats R., *The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict After the Cold War*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, br. 1, 1996 – 1997., str. 71 – 91.
5. **Boelaert – Suominen**, Sonja, *Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for All Armed Conflicts?*, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, br. 1, 2000., str. 63 – 103.
6. **Byron**, Christine, *Armed Conflicts: International or Non-International?*, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, br. 1, 2001., str. 63 – 90.
7. **De Rossanet**, Bertrand, *Peacemaking and Peacekeeping in Yugoslavia*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996.
8. **Degan**, Vladimir Đuro, *Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca za zločin genocida – pitanje tereta dokazivanja*, *Decennium Mozartianense, Zbornik radova*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008., str. 35 – 60.
9. **Degan**, Vladimir Đuro, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006.
10. **Gasser**, Hans-Peter, *Međunarodno humanitarno pravo, uvodna razmatranja*, Međunarodni odbor Crvenog križa, Zagreb, 2000.
11. **Geissler**, Laura, *The Law of Humanitarian Intervention and the Kosovo Crisis*, *Hamline Law Review*, 1999. – 2000., str. 323 – 347.
12. **Halberstam**, Malvina, *The Legality of Humanitarian Intervention*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1995., str. 1 – 8.
13. **Moir**, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge, 2003.
14. **Ratner**, Steven R., *Controlling the Breakup of States: Toward a United Nations Role*, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 88, 1994., str. 42 – 45.
15. **Roberts**, Adam, *The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 6, br. 1, 1995., str. 71 – 78.
16. **Shaw**, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Summary

ALTERATION OF THE ARMED CONFLICT QUALIFICATION

Modern armed conflicts, as we know them today, can be divided into two basic groups: the international armed conflicts on the one side, and non-international armed conflicts on the other. Diverse modalities of the conflict lead to the practical situations in which it is sometimes hard to draw the line to define and distinguish between both types of conflicts. No matter the fact there are no cases of international and non-international armed conflicts merging and overlapping in international documents, especially the case of non-international armed conflict becoming the international one, they have been known to exist in practice. The article deals with following cases of alterations of the armed conflict qualification: recognition of rebels by legal authority, use of armed power by the United Nations and one state's armed intervention in the territory of another state.

Key words: armed conflict, qualification of armed conflict, recognition of rebels, armed interventions.

Zusammenfassung

ÄNDERUNG DER QUALIFIKATION DES BEWAFFNETEN KONFLIKTES

Moderne bewaffnete Konflikte wie wir sie heute kennen, teilen wir in zwei Gruppen: internationale bewaffnete Konflikte einerseits und nicht internationale Konflikte andererseits. Die unterschiedlichen Modalitäten der Zusammenstöße in der Praxis machen es manchmal schwer, bei jeder Art dieser Konflikte eine klare Grenze bei ihrer Definition und Unterscheidung zu ziehen. Obwohl in den internationalen Dokumenten kein Fall von Überschneidungen und Verbindungen von internationalen und nicht internationalen Konflikten erwähnt wird, vor allem nicht das Anwachsen eines nicht internationalen in einen internationalen Konflikt, sind diese bekannt und sie bestehen in der Praxis. In der Arbeit werden folgende Fälle der Änderung der Qualifikation eines bewaffneten Konfliktes betrachtet: Anerkennung des Aufständischen seitens der gesetzlichen Regierung, Anwendung von Waffengewalt der vereinten Nationen sowie bewaffnete Intervention eines Staates auf dem Gebiet eines anderen.

Schlüsselwörter: bewaffnete Konflikte, Qualifikation eines bewaffneten Konfliktes, Anerkennung des Aufständischen, bewaffnete Interventionen.

Sommaro

**IL CAMBIAMENTO DI QUALIFICAZIONE
DEL CONFLITTO ARMATO**

I conflitti armati moderni, così come intensi oggi giorni, vanno suddivisi in due diverse categorie: da un lato, i conflitti armati internazionali, dall'altro, i conflitti armati non internazionali. I diversi modi in cui si manifestano i conflitti nella pratica conducono a situazioni nelle quali alle volte è difficile tracciare i confini e distinguere ciascuna di queste categorie di conflitto. Benché nei documenti internazionali non sia fatta menzione di casi di connessione e sovrapposizione di conflitti armati internazionali e non internazionali, in particolare, della variazione di un conflitto armato non internazionale in internazionale, essi sono noti ed esistono nella pratica. Nel lavoro si prendono in considerazione le seguenti ipotesi di variazione della qualificazione di un conflitto armato: il riconoscimento del sovvertitore da parte del governo legittimo, l'utilizzo della forza armata da parte delle Nazioni Unite e l'intervento armato di una nazione sul territorio di un'altra nazione.

Parole chiave: conflitti armati, qualificazione del conflitto armato, riconoscimento del sovvertitore, interventi armati.

REVIZIJA U SVJETLU POSLJEDNJIH IZMJENA I DOPUNA ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU (ZPP/03) I NA NJIMA UTEMELJENOJ SUDSKOJ PRAKSI

Mr. sc. Iris Gović, sutkinja
Općinski sud u Zagrebu

UDK: 347.958
Ur.: 11. veljače 2008.
Pr.: 8. lipnja 2008.
Pregledni znanstveni članak

Autorica u radu daje prikaz pozitivnopravnog uređenja instituta revizije u parničnom postupku zajedno s dvojbama koje se u njegovoj praktičnoj primjeni pojavljuju. Prikazane su sudske odluke koje se bave ovom problematikom i gledišta zauzeta u njima te po uzoru na njemačko zakonodavstvo, ponuđeno je rješenje kako bi se de lege ferenda ovo pravno područje moglo urediti. Time bi se otklonili razlozi neustavnosti odredaba Zakona o parničnom postupku koje uređuju uvjete za izjavljivanje revizije, odnosno Vrhovnom sudu Republike Hrvatske omogućilo bi se ostvarivanje ustavne zadaće osiguravanja jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.

Ključne riječi: revizija, izvanredna revizija, vrijednost predmeta spora, beneficio novorum.

1. Uvod

Zakon o parničnom postupku¹ (dalje u tekstu ZPP), Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003. (dalje u tekstu ZPP/03) izmijenjen je ili dopunjen u gotovo dvije trećine odredaba. Neke od tih odredaba predstavljaju samo izričito zakonsko reguliranje onoga što je kao pravnu prazninu ranije na identičan način popunjavala sudska praksa; neke ispravljanje pogrešnog tumačenja i primjene dosadašnjih odredaba. Ipak, većina novouvedenih odredaba predstavlja nastojanje zakonodavca da se sudu stave na raspolaganje odgovarajuća procesna sredstva za ubrzanje i olakšanje vođenja parničnih postupaka. U nastojanju ostvarenja tih ciljeva značajno su izmijenjene

¹ Zakon o parničnom postupku, Narodne novine broj 53/91., 91/92., 112/99. i 117/03.

i odredbe koje reguliraju institut revizije u parničnim postupcima.² Međutim, nakon tih izmjena, a i upravo zbog njih, područje pravnog uređenja revizije svojom Odlukom, poslovni broj U-I-1568/06 od 20. prosinca 2006. znatno je zahvatio Ustavni sud Republike Hrvatske. On je to učinio na način da pravo na reviziju od 15. srpnja 2008., ako se ovo pravno područje ponovno, i to drugačije, ne uredi do naprijed navedenog datuma ili se taj datum ne pomakne, u građanskom parničnom procesnom pravu više neće postojati.

2. Definicija revizije

Za razliku od žalbe, kao redovnog pravnog lijeka, pravo na reviziju nije zajamčeno aktom koji predstavlja najviši pravni akt svakog pravnog sustava, odnosno Ustavom Republike Hrvatske.³ Naime, Ustav jamči samo pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom, a to pravo može biti iznimno isključeno u slučajevima određenima zakonom ako je osigurana druga pravna zaštita.⁴

No, usprkos tomu, što Ustav na to ne obvezuje zakonodavca, osnovnim zakonom koji u hrvatskom pravnom sustavu regulira parnični postupak, ZPP-om, strankama je priznato i pravo na reviziju kao pravni lijek kojim se pobijaju odluke drugostupanjskog suda donesene u parničnom postupku.

Riječ je o pravnom lijeku koji može biti korišten, i protiv presude, i protiv rješenja.

Revizija protiv presude izvanredan je, samostalan, devolutivan, nesuspenzivan, ograničen i dvostran pravni lijek stranaka zbog povrede zakona protiv pravomoćne presude drugostupanjskog suda donesene povodom žalbe protiv presude prvostupanjskog suda.⁵

Revizija protiv rješenja također je izvanredan, samostalan, devolutivan, nesuspenzivan, ograničen i dvostran pravni lijek stranaka zbog povrede zakona, ali protiv pravomoćnog rješenja drugostupanjskog suda koje, za razliku od revizije protiv presude, ne mora biti doneseno povodom žalbe protiv rješenja prvostupanjskog suda, već može i protiv prvostupanjskog rješenja, ali koje je donio drugostupanjski sud. No, o tomu će više govora biti naknadno u posebnom poglavlju.

² Prije ovih izmjena revizija je od osamostaljenja Republike Hrvatske još jednom bila mijenjana, i to 1992. Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a, Narodne novine broj 91/92. Međutim, te izmjene nisu bile značajne. Njima je samo mijenjana vrijednost predmeta spora kao vrijednosna granica dopuštenosti revizije.

³ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine broj 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. (dalje u tekstu: Ustav).

⁴ Čl. 18. Ustava.

⁵ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo. Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 718.

3. Revizija protiv presude

Revizija se ne može izjaviti protiv svake presude. Da bi ona bila dopuštena potrebno ju je izjaviti protiv one presude protiv koje ZPP predviđa tu mogućnost i pod uvjetima i na način propisan ZPP-om.

3.1. Drugostupanjska presuda kao presuda protiv koje se revizija može izjaviti

Revizija se može izjaviti samo protiv drugostupanjske presude. Ona u hrvatskom parničnom procesnom pravu nije dopuštena kao tzv. skokovita revizija kao što je to slučaj s nekim državama sa sličnim pravnim uređenjem u kojima je u određenim slučajevima revizija dopuštena i protiv prvostupanjske presude. Naime, prema njemačkom Zivilprozeßordnung (dalje u tekstu: ZPO) dopuštena je i revizija protiv prvostupanjske odluke, dakle “preskačući” drugostupanjski sud. Ta revizija, koja se u njemačkom pravnom sustavu naziva skokovitom (*Sprungrevision*) dopuštena je protiv prvostupanjskih odluka protiv kojih se može izjaviti žalba,⁶ kada (1) postoji suglasnost stranaka da se revizija izjavi i kada (2) revizijski sud dopusti reviziju.⁷

U hrvatskom pravnom sustavu, reviziju u parničnom postupku načelno može izjaviti svaka stranka, ali s obzirom na pretpostavke koje se traže za dopuštenost revizije, u pravilu će revizija biti dopuštena onoj stranci koja se žalila. Naime, za izjavljivanje revizije potrebno je da stranka ima pravni interes,⁸ a u praksi reviziju najčešće izjavljuje ona stranka koja nije uspjela sa žalbom protiv presude. Dakle, reviziju najčešće izjavljuje stranka koja nije uspjela sa žalbom, a ta stranka svakako ima pravni interes za izjavljivanje revizije, pa je pretpostavka dopuštenosti revizije po osnovu postojanja pravnog interesa kod stranaka koje sa žalbom protiv prvostupanjske presude nisu uspjele ispunjena.

Međutim, ponekad se stranka protiv presude ne žali, ali ipak ima pravni interes izjaviti reviziju. Naime, s obzirom na to da ZPP ne propisuje nikakva posebna ograničenja u tom pravcu, revizija je uz određene pretpostavke i tada dopuštena. To su situacije kada stranka u sporu uspije samo djelomično. Tada i ona stranka koja nije podnijela žalbu protiv prvostupanjske presude može imati pravni interes za izjavljivanje revizije. Pretpostavka za to je da je drugostupanjski sud u povodu žalbe druge stranke žalbu usvojio.

No, isto tako se može dogoditi da stranka koja podnese žalbu s tom žalbom ne uspije, a da druga stranka nakon dostave drugostupanjske odluke podnese

⁶ Prema čl. 511. st. 1. ZPO-a žalba se može podnijeti protiv prvostupanjske presude ako vrijednost osporavanog dijela presude premašuje 600 EUR ili ako je sud u presudi dopustio podnošenje žalbe (*Zullasungsberufung*).

⁷ Čl. 566. st. 1. ZPO-a. Inače, uobičajeno je da se ova vrsta revizije dozvoljava u situacijama kada rješenje spora ovisi samo o tumačenju prava i stranke nisu u sporu oko odlučnih činjenica. Tako Kunze, Axel, *Major Changes in the German Civil Procedure Code*, *International Legal Practitioner*, Vol. 27., 3/02, str. 6.

⁸ Čl. 389. st. 2. ZPP-a.

reviziju. U takvim situacijama, ako je prvostupanjskom presudom odlučeno u njenu korist u cijelosti, nema pravni interes za izjavljivanje revizije jer nema onog dijela u odnosu na koji bi se njoj, s obzirom na to da je u cijelosti uspjela u sporu, moglo priznati postojanje interesa da se nešto izmijeni.

Međutim, najveća dvojba kod dopuštenosti revizije, a koja predstavlja bit ograničenja prava na izjavljivanje revizije, postoji u situacijama kada stranka nije podnijela žalbu protiv presude kojom je samo djelomično odlučeno u njenu korist, a podnese reviziju nakon što drugostupanjski sud nije odlučio na njenu štetu, odnosno pravna korist u odnosu na tu stranku ostane neizmijenjena.

U doktrini se može pronaći gledište da i u tim situacijama stranka koja se nije žalila ima pravo izjaviti reviziju.⁹ No, u sudskoj praksi je zauzeto stajalište da ako je u povodu žalbe druge stranke drugostupanjski sud žalbu odbio i u pobijanom dijelu potvrdio prvostupanjsku presudu, stranka koja nije izjavila žalbu nema pravo na reviziju.¹⁰ Isto tako, ako drugostupanjski sud preinači prvostupanjsku presudu na štetu osobe koja se nije žalila, ta stranka ima pravo izjaviti reviziju.¹¹

S obzirom na to da ZPP propisuje da se revizija izjavljuje protiv drugostupanjske presude, a da za osporavanje te drugostupanjske presude stranka koja u posljednje dvije navedene situacije nije podnijela žalbu nema pravnog interesa za izjavljivanje revizije, prihvatljiviji je stav zauzet u sudskoj praksi. Naime, ako drugostupanjski sud nije odlučio na štetu stranke koja se nije žalila, a revizija se izjavljuje protiv drugostupanjske presude, ta stranka nema pravni interes izjaviti reviziju protiv takve drugostupanjske presude. Njen pravni položaj drugostupanjskom presudom (koja se napada revizijom) nije mijenjan.

Ovdje treba ukazati još i na to da se protiv presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske kojom je odlučeno o reviziji, revizija ne može izjaviti jer ponovna revizija kao pravni lijek protiv presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske kojom je odlučio o reviziji stranaka ne postoji¹² te da se revizija može izjaviti i protiv međupresude.¹³

3.2. Vrijednost predmeta spora kao ograničenje prava na reviziju

Jedno od važnijih ograničenja prava na reviziju jest ograničenje vrijednošću predmeta spora.

Naime, revizija je, uz izuzetak presude donesene u sporu koji je pokrenuo radnik protiv odluke o prestanku ugovora o radu i izvanredne revizije, dopuštena

⁹ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 720.

¹⁰ Zaključak sjednice Građanskog odjela Vrhovnog suda Hrvatske od 27. veljače 1984.

¹¹ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-442/79 od 04. svibnja 1979.

¹² Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-937/06 od 28. rujna 2006.

¹³ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-3217/94 od 12. studenoga 1997. Vrijednost predmeta spora kod revizije protiv međupresude utvrđuje se prema vrijednosti predmeta spora pobijanog dijela glavnog zahtjeva. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-3217/94.

samo ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 100.000,00 kn.¹⁴ To znači da vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude treba iznositi najmanje 100.000,01 kn. Dogodi li se da samo jedna od stranaka pobija presudu u dijelu koji iznosi više od 100.000,00 kn, tada samo ta stranka ima pravo izjaviti reviziju. Druga, koja pobija presudu za manji iznos, to pravo nema.

Međutim, u praksi nije uvijek jednostavno ocijeniti je li revizija po ovom kriteriju dopuštena, odnosno utvrditi vrijednost predmeta spora.

Problemi koji se uz utvrđivanje vrijednosti predmeta spora pojavljuju u pravilu su vezani uz propust stranaka označiti vrijednost predmeta spora, odnosno suda da ih pozove na dopunu tužbe¹⁵ ili mijenjanja vrijednosti predmeta spora tijekom postupka. U takvim situacijama dvojbe najčešće razjašnjava sudska praksa.

Opće je pravilo da kada je za utvrđivanje stvarne nadležnosti, sastava suda, prava na izjavljivanje revizije i u drugim slučajevima predviđenim ZPP-om mjerodavna vrijednost predmeta spora¹⁶ da se kao vrijednost predmeta spora uzima samo vrijednost glavnog zahtjeva, dok se kamate,¹⁷ parnični troškovi, ugovorna kazna i ostala sporedna traženja ne uzimaju u obzir ako ne čine glavni zahtjev.

Ako se zahtjev odnosi na buduća davanja, koja se ponavljaju, vrijednost predmeta spora računa se po njihovu zbroju, ali najviše do iznosa koji odgovara zbroju davanja za vrijeme od pet godina. Ako jedna tužba protiv istog tuženika obuhvaća više zahtjeva koji se temelje na istoj činjeničnoj i pravnoj osnovi, vrijednost predmeta spora se određuje prema zbroju vrijednosti svih zahtjeva.

Proizlaze li zahtjevi u tužbi iz raznih osnova, ili pojedine zahtjeve ističu različiti tužitelji ili su pojedini zahtjevi istaknuti protiv različitih tuženika, vrijednost predmeta spora određuje se prema vrijednosti svakoga pojedinog zahtjeva. Ako se tužbom zahtjeva samo davanje osiguranja za stanovito potraživanje ili ustanovljenje založnog prava, vrijednost predmeta spora određuje se prema iznosu potraživanja koje treba osigurati. Ali ako predmet zaloga ima manju vrijednost od potraživanja koje treba osigurati, kao vrijednost predmeta spora uzet će se vrijednost predmeta zaloga.

Kada se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu

¹⁴ U postupku pred trgovačkim sudovima vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude treba prelaziti 500.000,00 kn (čl.497. ZPP-a).

¹⁵ Sud je to dužan učiniti kada stvarna nadležnost, sastav suda, vrsta postupka, pravo na izjavljivanje revizije, ovlaštenje na zastupanje ili pravo na naknadu troškova postupka ovisi o vrijednosti predmeta spora, a predmet tužbenog zahtjeva nije novčana svota i tužitelj nije u tužbi naznačio vrijednost predmeta spora.

¹⁶ Drugi slučajevi tiču se ovlaštenja sudskih savjetnika u provođenju postupka, kvalifikacija punomoćnika pravnih osoba, mogućnost izdavanja nedokumentarnog platnog naloga, primjenu pravila o postupku u sporovima male vrijednosti.

¹⁷ Revizija protiv odluke o kamatama dopuštena je kada je dopuštena protiv odluke o glavnoj stvari i kada taj dio presude premašuje zakonski limit. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-1064/93.

svotu, kao vrijednost predmeta spora uzima se ta svota. U pravnoj doktrini i praksi prevladava gledište da kod ove *facultas alternativae* navodeći novčani iznos koji je voljan primiti tužitelj zapravo posredno naznačuje vrijednost predmeta spora.¹⁸ U drugim slučajevima, kada se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, mjerodavna je vrijednost predmeta spora koju je tužitelj naznačio u tužbi.

Novine u pogledu vrijednosti predmeta spora uvedene ZPP/03 su da sud, ako je tužitelj vrijednost predmeta spora očito suviše visoko ili nisko naznačio, postavlja se pitanje stvarne nadležnosti,¹⁹ sastava suda, vrste postupka, prava na izjavljivanje revizije, ovlaštenja na zastupanje ili prava na naknadu troškova postupka, po službenoj dužnosti ili na prigovor tuženika, najkasnije na pripremnom ročištu, ili ako ono nije održano, onda na prvom ročištu za glavnu raspravu prije nego što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, brzo i na prikladan način se provjerava točnost naznačene vrijednosti te rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba²⁰ određuje vrijednost predmeta spora. Ako se nakon upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari utvrdi da je tužitelj propustio odrediti vrijednost predmeta spora, sud prvoga stupnja treba brzo i na prikladan način²¹, nakon što strankama omogućiti izjasniti se o tomu, odrediti vrijednost predmeta spora rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba. Tako će sud postupiti i nakon izjavljivanja žalbe, odnosno revizije, prije nego što predmet uputi višem sudu radi odlučivanja o tim pravnim lijekovima.

Iz sudske prakse treba istaknuti gledišta da se troškovi postupka za osiguranje dokaza ne uzimaju u obzir pri utvrđivanju vrijednosti predmeta spora.²² Smanji li se tužbeni zahtjev tijekom postupka vrijednost predmeta spora uzima se prema konačno postavljenom tužbenom zahtjevu.²³ Dalje, kada je tužbeni zahtjev izražen u stranoj valuti kao vrijednost predmeta spora uzima se kunska protuvrijednost strane valute prema tečaju na dan podnošenja tužbe, pa čak i onda kada tužitelj tužbenim zahtjevom potražuje isplatu prema tečaju na dan isplate.²⁴

Kada se tužbeni zahtjev odnosi na buduća davanja koja se ponavljaju nije mjerodavna vrijednost predmeta spora što ju je tužitelj naznačio u tužbi već nju treba utvrditi po njihovu zbroju, ali najviše do iznosa koji odgovara zbroju davanja za vrijeme od pet godina.²⁵

¹⁸ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 268.

¹⁹ Prema ZPP-u za sada vrijednost predmeta spora nije mjerodavna za utvrđivanje stvarne nadležnosti.

²⁰ Dakle, žalba je dopuštena, ali se može podnijeti nakon donošenja odluke o glavnoj stvari.

²¹ U pravnoj doktrini zauzima se gledište da izraz "na brz i prikladan način" treba tumačiti kao mogućnost suda slobodno ocijeniti kolika je vrijednost predmeta spora utvrđujući mjerodavne okolnosti na razini vjerojatnosti. Dika, Mihajlo. Vrijednost predmeta spora, Novine u parničnom postupku, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 74.

²² Vrhovni sud Hrvatske poslovni broj II Rev-606/82 od 25. kolovoza 1982.

²³ Odluka Županijskog suda u Zagrebu poslovni broj Gž-2558/96 od 04. veljače 1997.

²⁴ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-67/88 od 21. rujna 1988.

²⁵ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-1037/79 od 01. listopada 1979.

Stranke ne mogu sporazumno utvrditi drukčiju vrijednost predmeta spora od one koju je tužitelj naznačio u tužbi.²⁶ Kada je tužitelj u jednoj tužbi obuhvatio dva zahtjeva od kojih je jedan novčani, a drugi nenovčani, te je za oba ta zahtjeva naznačio jednu vrijednost predmeta spora, vrijednost predmeta spora nenovčanog zahtjeva utvrđuje se tako da se od ukupno naznačene vrijednosti predmeta spora odbije vrijednost novčanog zahtjeva.²⁷ Kada tužitelj u tužbi kumulira dva ili više nenovčanih zahtjeva, pa naznači ukupnu vrijednost predmeta spora, ali ne i vrijednost svakog pojedinog, vrijednost tih pojedinih zahtjeva utvrđuje se tako da se ukupna vrijednost predmeta spora podijeli s brojem istaknutih zahtjeva.²⁸ Kada je više tužitelja označilo jedinstvenu vrijednost predmeta spora u parnici u kojoj traže utvrđenje njihovog prava suvlasništva na nekretnini na jednake dijelove, vrijednost predmeta spora mjerodavna za dopustivost revizije utvrđuje se na način da se s brojem tužitelja podijeli ta vrijednost.²⁹

Vrijednost predmeta spora naznačena u tužbi ne mora nužno odgovarati protuvrijednosti imovine koja je predmet spora.³⁰

Ako tužitelj subjektivno preinači tužbu na način da tužbu proširi na novog tuženika, tada nije ovlašten mijenjati u tužbi naznačenu vrijednost predmeta spora³¹, a ako je preinači objektivno mora istodobno promijeniti i vrijednost predmeta spora. On to ne može učiniti kasnije³², a niti može promijeniti vrijednost predmeta spora bez objektivnog preinačenja tužbe.³³

3.2. Revizija u radnim sporovima

Prethodno je već navedeno da jedan od dva izuzetka od vrijednosti predmeta spora, kao ograničavajućeg čimbenika pri ostvarivanju prava na izjavljivanje revizije predstavlja revizija u radnim sporovima u kojima se osporava odluka o prestanku ugovora o radu.

Točnije, protiv drugostupanjske presude donesene u sporu koji je radnik, (dakle, ne i poslodavac) pokrenuo protiv odluke o prestanku ugovora o radu revizija je uvijek dopuštena, neovisno o vrijednosti predmeta spora pobijanog dijela presude.³⁴

²⁶ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-157/85 od 13. veljače 1985.

²⁷ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-2880/00 od 28. listopada 2002.

²⁸ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-1260/89 od 06. prosinca 1989.

²⁹ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-309/91.

³⁰ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-62/94 od 23. veljače 1994.

³¹ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-2836/90 od 27. ožujka 1991.

³² Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-1724/89 od 08. veljače 1990.

³³ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-2669/94 od 26. svibnja 1998.

³⁴ Prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 42/98) revizija u radnim sporovima dopuštena je ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela pravomoćne presude prelazi 15.000,00 KM. U Republici Sloveniji, po Zakonu o pravdnem postupku (Uradni list Republike Slovenije broj 26-1210/99.), revizija je u neimovinskopravnim sporovima uvijek dopuštena, a u imovinskopravnim ako

Propis koji prije svih ostalih treba imati u vidu kada se ocjenjuje je li po ovom kriteriju revizija dopuštena jest Zakona o radu³⁵ koji u čl. 110. propisuje načine prestanka ugovora o radu. Prema toj odredbi ugovor o radu prestaje:

- 1) smrću radnika;
- 2) istekom vremena na koje je sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme;
- 3) kada radnik navrší 65 godina života i 20 godina staža osiguranja, ako se poslodavac i radnik drukčije ne dogovore;
- 4) dostavom pravomoćnog rješenja o mirovini zbog opće nesposobnosti za rad;
- 5) sporazumom radnika i poslodavca;
- 6) otkazom i
- 7) odlukom nadležnog suda.

U pravnoj doktrini zauzima se gledište da su ovi načini prestanka ugovora o radu *numerus clausus* i da radni odnos ne može prestati na način koji nije predviđen odredbom čl. 110. ZR-a³⁶.

Dakle, ako ugovor o radu prestane na neki od načina predviđenih ZR-om, revizija je dopuštena. Međutim, pitanje koje se ovdje može pojaviti jest je li ona dopuštena protiv svake drugostupanjske odluke donesene u takvom sporu ili samo ako se tom drugostupanjskom odlukom odlučuje o zakonitosti odluke o prestanku ugovora o radu. Naime, ZPP-om je propisano da je revizija dopuštena protiv drugostupanjske presude donesene u sporu koji je radnik pokrenuo protiv odluke o prestanku ugovora o radu, a ne protiv presude kojom je odlučeno o odluci o prestanku ugovora o radu.

Gramatičkim tumačenjem ove odredbe moglo bi se zaključiti da je ona dopuštena protiv svake odluke, pa čak i ako radnik u sporu koji je prvobitno pokrenuo protiv odluke o prestanku ugovora o radu povuče onaj dio tužbenog zahtjeva koji se odnosi na utvrđenje nedopuštenosti tog prestanka. Međutim, uz pomoć ciljanog tumačenja odredbe o dopuštenosti revizije, a kojom se očito želi postići pružanje dodatne zaštite kod prestanka radnih odnosa, kao socijalno izuzetno osjetljivom području, treba zaključiti da je revizija u radnim sporovima uvijek dopuštena samo ako se odlukom, koja se revizijom napada odlučilo o odluci o prestanku radnog odnosa.

vrijednost predmeta spora pobijanog dijela pravomoćne presude prelazi 1.000.000,00 tolara, dok u Republici Makedoniji, s obzirom na to da je u Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije (Službeni vesnik Republike Makedonije broj 33/98) ispuštena odredba prema kojoj je revizija u sporovima iz radnih odnosa bila dopuštena neovisno o vrijednosti predmeta spora, postoje različita stajališta o dopuštenosti revizije u toj vrsti sporova. O tome vidi: Janevski, Arsen. O dopuštenosti revizije u parnicama iz radnih odnosa po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. Vol. 56. No. 2-3. 2006., str. 425-440. (autorov članak preveo prof. dr. sc. Mihajlo Dika).

³⁵ Narodne novine broj 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03., 142/03. i 30/04. (dalje u tekstu: ZR). Zakon je stupio na snagu 01. siječnja 1996.

³⁶ Potočnjak, Željko. Prestanak ugovora o radu, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj. Organizator, Zagreb, 2007., str. 376.

Pri tomu vrijedi stajalište koje je općenito zauzeto u pogledu ocjene dopuštenosti revizije kada je ona dopuštena u određenoj vrsti spora, a to je da pravnu prirodu spora kod ocjenjivanja dopuštenosti revizije treba utvrditi s obzirom na cjelokupnu činjeničnu osnovu spora, a ne samo s obzirom na navode u tužbi.³⁷

3.3. Izvanredna revizija

Drugi izuzetak od općeg pravila da stranke mogu podnijeti reviziju protiv drugostupanjske presude ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 100.000,00 kn (redovna revizija) mogućnost je izjavljivanja, tzv. izvanredne revizije.³⁸

Uvjeti pod kojima se izvanredna revizija može izjaviti su:

- a) drugostupanjski je sud u izreci drugostupanjske presude odredio da je protiv nje revizija dopuštena te
- b) nije riječ o sporu za koji je ZPP-om ili drugim zakonom izrijekom određeno da u njima revizija nije dopuštena.

Drugostupanjski sud može odrediti da je revizija dopuštena samo onda kada ocijeni da odluka u sporu ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili³⁹ postupovnopravnog pitanja bitnog za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana. Dakle, izvanredna revizija ne izjavljuje se zbog toga što je u sporu povrijeđeno neko individualno pravo, već je cilj da se njome osigurava ustavno pravo na jednakost pred zakonom i ravnopravnost građana. Budući da visoka vrijednost predmeta spora ne znači nužno i veliki značaj pravnog problema o kome bi revizijski sud trebao zauzeti svoje gledište, ovakvu mogućnost izjavljivanja revizije treba ocijeniti nužnom.

Drugostupanjski sud može dopustiti reviziju protiv svoje presude zbog pravnog pitanja koje se odnosi samo na neke od stranaka (suparničara), a tada ostali suparničari nisu ovlašteni podnijeti reviziju⁴⁰. Isto tako, revizija se može dopustiti iz takvih razloga koji, zapravo, zahvaćaju samo dio presude. Tada revizijski sud ispituje drugostupanjsku presudu samo u tom dijelu.

Reviziju koja je slična ovoj našoj izvanrednoj reviziji imaju i njemačko i austrijsko zakonodavstvo. Tako, u njemačkom pravu dopuštena je revizija kada spor ima načelno značenje ili kada usavršavanje prava ili osiguranje jedinstvene sudske prakse zahtijeva odluku revizijskog suda.⁴¹ U austrijskom pravu revizija

³⁷ Triva, Siniša-Dika, Mihajlo, op. cit., str. 720.

³⁸ Iako su i redovna i izvanredna revizija izvanredni pravni lijekovi, zbog razlika u pretpostavkama pod kojima se te vrste revizije mogu izjaviti, uobičajeno je da se revizija koja se samo može izjaviti po odobrenju drugostupanjskog suda (dakle, ne automatski kada se ispune određene pretpostavke) naziva izvanrednom.

³⁹ Dakle, ne mora istovremeno postojati i materijalnopravno i postupovnopravno pitanje koje je važno za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana. Dovoljno je postojanje jednog.

⁴⁰ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-124/06 od 29. ožujka 2006.

⁴¹ Iz njemačke literature koja se bavi ovim pravnim područjem može se vidjeti da u sudskoj praksi postoje određeni problemi pri priznavanju prava na reviziju. Naime, različita vijeća

je dopuštena kada odluka zavisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja koje ima veliko značenje za očuvanje jedinstva prava, pravne sigurnosti ili razvitka prava. Tamo je još navedeno da se o tomu posebno radi u slučajevima kada žalbeni sud odstupa od prakse revizijskog suda ili kada takva praksa ne postoji ili je neujednačena⁴².

U pogledu prve pretpostavke, koja se u našem pravnom sustavu traži za izjavljivanje izvanredne revizije (da je drugostupanjski sud u izreci drugostupanjske presude odredio da je protiv nje revizija dopuštena), u radovima koji se bave ovom problematikom može se pronaći gledište da ako drugostupanjski sud propusti u izreci navesti da dopušta reviziju, ali u obrazloženju detaljno navede razloge zbog kojih dopušta reviziju, da se radi o situaciji u kojoj je dopušteno izvršiti ispravke sukladno odredbi čl. 342. ZPP-a. Zbog pravne sigurnosti i povjerenja građana u pravni sustav i zbog činjenice da nije riječ o propustu u odlučivanju, kada se, niti ne navede u izreci, niti obrazloži dopuštenje revizije, dopunskom presudom ne bi bilo moguće dopustiti reviziju. No, ako bi se ipak zauzelo gledište da bi i u ovom posljednjem slučaju bilo moguće dopustiti reviziju da bi to onda trebalo učiniti dopunskim rješenjem⁴³.

Iako drugostupanjski sud dopušta reviziju po službenoj dužnosti, korisno je da i same stranke u žalbi protiv odluke suda prvog stupnja iniciraju dopuštanje revizije u postupcima u kojima drugostupanjski sud to može učiniti. One bi, zapravo, mogle drugostupanjski sud "podsjetiti"⁴⁴ na mogućnost dopuštanja revizije. Kada stranke to učinu, a drugostupanjski sud ne dopusti reviziju, o tom prijedlogu stranaka drugostupanjski sud nije dužan posebno odlučivati.

njemačkog revizijskog suda u početku su na različit način tumačila zakonske odredbe o uvjetima potrebnim za odobravanje revizije. U dvjema odlukama pojašnjene su osnove dopuštanja revizije. Tako, smatra se da neka pravna stvar ima načelno značenje ako "potiče razjašnjenje nekog pravnog pitanja koje je značajno za odlučivanje, koje je potrebno razjasniti i koje može biti razjašnjeno, a koje se može postaviti u većem, unaprijed neodređenom broju slučajeva". Po pravnoj osnovi značaja za razvoj prava, valja dopustiti reviziju ako taj "pojedinačni slučaj daje poticaj postavljanju odrednica za tumačenje zakonskih odredbi ili popunjavanju zakonskih praznina". Dalje, revizijski je sud zauzeo gledište kako treći osnov dopuštanja revizije, osiguravanje jedinstvene sudske prakse, postoji ako, pored toga što postoji razlika u praksi sudova (*Divergenzfallen*), pogreška počinjena prilikom tumačenja ili primjene prava "trajno dodiruje i interese javnosti". Ovo će u pravilu biti slučaj, ako iz navoda podnositelja žalbe jasno proizlazi da je u pojedinom slučaju počinjena povreda temeljnih postupovnih prava, dakle takva povreda je očita, a pobijana presuda se temelji na njoj. U ova temeljna postupovna prava, revizijski je sud ubrojio pravo na sudsku zaštitu (*Gehors*) i na objektivni postupak lišen samovolje. Dakle, neka pogreška u primjeni prava u konkretnom slučaju može biti razlogom dopuštanja revizije samo ako se značaj takve pogreške uzdiže iznad tog pojedinačnog slučaja u kojem je počinjena, tj. "ako trajno dodiruje interese javnosti". Prema: Nassal, Wendt, Irrwege, Wege, – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, Neue Juristische Wochenschrift, 19/2003, str.1346.

⁴² Tako, Grbin, Ivo. Revizija, u: Novote u parničnom postupku, Pravo 42, Organizator, Zagreb, 2003., str. 253.-254.

⁴³ O tome vidi: Prancić, Vicko, Revizija po dopuštenu drugostupanjskog suda, Pravo u gospodarstvu, Vol. 43, No. 1, 1-192, Zagreb, 2004., str. 70.-71.

⁴⁴ One to mogu učiniti dok spis ne bude prosljeden drugostupanjskom sudu.

Pravna pitanja zbog kojih se revizija može podnijeti i razlozi za to naznačavaju se u obrazloženju⁴⁵, a ako stranke podnesu reviziju zbog nekih drugih pravnih pitanja, odnosno razloga, takvu reviziju odbacuje prvostupanjski sud⁴⁶ ili revizijski sud⁴⁷ (Vrhovni sud Republike Hrvatske⁴⁸) ako je prvostupanjski sud propustio to učiniti.

U pravnoj doktrini ističe se da bi drugostupanjski sud trebao omogućavati podnošenje revizije posebno u sljedećim situacijama ako:

- a) o tom pitanju revizijski sud još nije zauzeo stajalište na odjelnoj ili općoj sjednici, a radi se o pitanju o kojemu postoji različita praksa drugostupanjskih sudova;
- b) o tom pitanju revizijski sud još nije zauzeo stajalište na odjelnoj ili općoj sjednici, a moglo bi se očekivati da bi u praksi drugostupanjski sudovi mogli imati različita mišljenja;
- c) o tom pitanju revizijski sud je već zauzeo gledište, ali je odluka drugostupanjskog suda utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno s tim gledištem;
- d) o tom pitanju revizijski sud je već zauzeo gledište i odluka drugostupanjskog suda utemeljena je na shvaćanju koje je podudarno s tim gledištem, ali drugostupanjski sud smatra da bi trebalo preispitati sudsku praksu.⁴⁹

U pogledu procesnopравnih pitanja istaknuto je da se revizija ne bi mogla dopustiti o pitanjima koja se ne tiču neke apsolutno ili relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka⁵⁰.

S obzirom na to da je izvanredna revizija novina u našem pravnom poretku, bitno je imati u vidu da se ona može dopustiti u svim predmetima u kojima je glavna rasprava zaključena nakon 01. prosinca 2003., neovisno o tomu kada je tužba podnesena. Dopusti li drugostupanjski sud reviziju i u onom predmetu u kojem je glavna rasprava zaključena prije 01. prosinca 2003., revizija nije dopuštena te je treba odbaciti⁵¹.

Izvanredna revizija može se izjaviti i u sudskom postupku u kojem se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a, s tim da se u tim postupcima može izjavljivati samo izvanredna revizija⁵².

Međutim, u sudskoj praksi se ova vrsta revizije toliko rijetko pojavljuje da je Vrhovnom sudu Republike Hrvatske onemogućeno ostvarivanje jednog od njegovih osnovnih zadataka koji su definirani i samim Ustavom. Naime, Ustav propisuje da je Vrhovni sud Republike Hrvatske zadužen za osiguravanje

⁴⁵ Čl. 382. st. 2. ZPP-a.

⁴⁶ Čl. 389. st. 1. ZPP-a.

⁴⁷ Čl. 392. st. 2. ZPP-a.

⁴⁸ Čl. 391. ZPP-a.

⁴⁹ Tako, Triva, Siniša-Dika, Mihajlo, op. cit., str. 730.

⁵⁰ Tako, Triva, Siniša-Dika, Mihajlo, op. cit., str. 731.

⁵¹ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-888/06 od 28. prosinca 2006.

⁵² Čl. 285. st. 2. ZPP/03.

jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana,⁵³ pa je zbog takvog uređenja revizije Ustavni sud Republike Hrvatske zauzeo gledište da reviziju treba drugačije urediti jer način na koji je to sada učinjeno nije u skladu s Ustavom. O tomu više bit će govora u posebnom poglavlju na kraju ovog rada.

3.2.1. Postupci u kojima revizija nije dopuštena

U pogledu druge pretpostavke (da nije riječ o sporu za koji je ZPP-om ili drugim zakonom izrijekom određeno da u njima revizija nije dopuštena) treba istaknuti da postoji nekoliko slučajeva u kojima revizija nije dopuštena. Neki od njih su propisani ZPP-om, a neki drugim zakonima.

ZPP-om je propisano da revizija nije dopuštena u sporovima male vrijednosti, zatim protiv rješenja donesenih u parnicama radi smetanja posjeda.⁵⁴

Drugi zakoni kojima je to propisano su Obiteljski zakon,⁵⁵ Zakon o upravnim sporovima⁵⁶, Zakon o sudovima⁵⁷ i Zakon o sudskom registru.⁵⁸

Prema ObZ-u revizija nije dopuštena u bračnom sporu,⁵⁹ protiv drugostupanske odluke o tomu s kojim će roditeljem živjeti dijete i o roditeljskoj skrbi.⁶⁰ Zatim protiv drugostupanske odluke o uzdržavanju maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti.⁶¹

Prema Zakonu o upravnim sporovima revizija nije dopuštena u postupku zaštite od nezakonitih radnji⁶².

Prema Zakonu o sudovima⁶³ protiv odluka suda drugog stupnja u izvanparničnim stvarima nije dopuštena revizija, ako zakonom nije drukčije određeno.

Prema Zakonu o sudskom registru revizija nije dopuštena protiv pravomoćnog rješenja o upisu u registar⁶⁴.

Ranije, prema Zakonu o izvlaštenju⁶⁵ nije bila dopuštena revizija. Zapravo, do stupanja na snagu posljednjeg Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju⁶⁶ revizija protiv drugostupanskog rješenja o izvlaštenju nije bila dopuštena, dok je sada dopuštena uz odgovarajuću primjenu odredaba ZPP-a⁶⁷.

⁵³ Čl. 118. st. 1. Ustava.

⁵⁴ Stajalište je sudske prakse da se revizija ne može izjaviti niti protiv rješenja drugostupanskog suda o odbacivanju žalbe u parnicama zbog smetanja posjeda. Zaključak sjednice Vrhovnog suda Hrvatske od 27. veljače 1984.

⁵⁵ Narodne novine broj 116/03., 17/04. i 107/0.7 (dalje u tekstu: ObZ).

⁵⁶ Narodne novine broj 53/91., 9/92. i 77/92.

⁵⁷ Narodne novine broj 150/05. i 16/07.

⁵⁸ Narodne novine broj 1/95., 57/96., 30/99., 45/99., 54/05. i 40/07.

⁵⁹ Čl. 285. ObZ-a.

⁶⁰ Čl. 299. ObZ-a.

⁶¹ Čl. 305. ObZ-a.

⁶² Čl. 74. Zakona o upravnim sporovima.

⁶³ Čl. 155. Zakona o sudovima.

⁶⁴ Čl. 16. Zakona o sudskom registru.

⁶⁵ Narodne novine broj 9/94., 35/99., 112/00., 114/01. i 79/06.

⁶⁶ Narodne novine broj 79/06.

⁶⁷ Čl. 42.g. Zakona o izvlaštenju.

Međutim, treba imati u vidu da je u pravnoj doktrini istaknuto da se odredba čl. 382. st. 3. ZPP-a koja propisuje ovu drugu pretpostavku za dopuštenost izvanredne revizije, a prema kojoj, dakle revizija nije dopuštena u onim sporovima za koje je ZPP-om ili drugim zakonom izrijekom određeno da u njima revizija nije dopuštena, odnosi samo na parnične, a ne i na izvanparnične postupke.⁶⁸

3.3. Razlozi zbog kojih se revizija može izjaviti

Protiv drugostupanjske presude kada vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 100.000,00 kn revizija se može izjaviti zbog apsolutno i relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava.

Apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih je revizija dopuštena su:

- a) ako je u donošenju presude sudjelovao sudac koji se po zakonu mora izuzeti odnosno koji je rješenjem suda bio izuzet ili ako je u donošenju presude sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca;
- b) ako je odlučeno o zahtjevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost;
- c) ako je protivno odredbama ZPP-a sud utemeljio svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka;
- d) ako je protivno odredbama ZPP-a sud donio presudu na temelju priznanja, presudu na temelju odricanja, presudu zbog ogluhe, presudu zbog izostanka;
- 3) ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem, a osobito propuštanjem dostave, nije dana mogućnost raspravljanja pred sudom;
- f) ako je protivno odredbama ZPP-a sud odbio zahtjev stranke da se u postupku služi svojim jezikom i pismom i prati tijekom postupka na svom jeziku, a stranka se zbog toga žali;
- g) ako je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno⁶⁹;

⁶⁸ Dika, Mihajlo, Prijelazni režim prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003., Informator, broj 51800-5181, od 29. listopada i 01. studenoga 2003., str. 18.

⁶⁹ U doktrini je zauzeto gledište da se zbog povreda pravila o stranačkoj i parničnoj sposobnosti i o zastupanju reviziju mogu izjaviti stranke kojih se ta povreda tiče (čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP-a). Tako: Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 725.

- h) ako je odlučeno o zahtjevu o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno, ili o kojemu je već zaključena sudska nagodba, ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe;
- i) ako je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnoj raspravi⁷⁰;
- j) ako presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, a osobito ako je izreka presude nerazumljiva, ako proturječi sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopće razloga, ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, ili su ti razlozi nejasni ili proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama postoji proturječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika;
- k) ako je presudom (prvostupanjskom ili drugostupanjskom postupku) prekoračen tužbeni zahtjev⁷¹.

Dakle, u usporedbi sa žalbom, revizija se ne može izjaviti zbog sljedećih apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka: ako su povrijeđena pravila o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti; ako je prvostupanjska odluka donesena bez održavanja rasprave protivno ZPP-u te ako je presuđeno o zahtjevu o kojemu već teče parnica.

Zbog relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (ako sud tijekom postupka nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ZPP-a, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na donošenje zakonite i pravilne presude), revizija se može podnijeti ako je povreda učinjena u postupku pred drugostupanjskim sudom. No, ako drugostupanjski sud u povodu žalbe ne ukloni relativno bitnu povredu odredaba parničnog postupka, prema gledištu zauzetom u sudskoj praksi, time i on sam čini tu povredu pa se njegova odluka može pobijati revizijom zbog relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka⁷²

Revizija se uvijek može podnijeti zbog pogrešne primjene materijalnog prava (pod pretpostavkom da je s obzirom na vrijednost predmeta spora ona dopuštena, odnosno da je riječ o sporu u povodu odluke o prestanku ugovora o radu ili je drugostupanjski sud dopustio izvanrednu reviziju). Smatra se da se ovdje ubraja i pogrešna primjena pravila iskustva⁷³.

Protiv drugostupanjske presude kojom se potvrđuje prvostupanjska presuda revizija se, kada je riječ o određenim povredama, može izjaviti samo ako je podnositelj revizije zbog tih povreda žalbom pobijao prvostupanjsku presudu ili ako su te povrede učinjene tek u drugostupanjskom postupku.

Riječ je o sljedećim povredama ako:

- a) stranci nije dana mogućnost raspravljanja pred sudom;

⁷⁰ Protupravno isključenje javnosti revizijski je razlog koji predviđa tek ZPP/03.

⁷¹ Dogodi li se da je prvostupanjski sud prekoračio tužbeni zahtjev time što je o fakultativnom tužbenom zahtjevu odlučio kao o tužbenom zahtjevu, a stranke se zbog toga nisu žalile, u revizijskom postupku smatra se da je to ovlaštenje postalo tužbeni zahtjev. Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-1434/84.

⁷² Odluka Vrhovnog suda Hrvatske poslovni broj Rev-1551/88 od 15. veljače 1989.

⁷³ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 726.

- b) joj je protuzakonito odbijen zahtjev da se u postupku služi svojim jezikom i pismom i prati tijek postupka na svom jeziku;
- c) je kao stranka sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, ili stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili pojedine radnje u postupku te ako vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno;
- d) je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnoj raspravi;
- e) presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, a osobito ako je izreka presude nerazumljiva, ako proturječi sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopće razloga, ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, ili su ti razlozi nejasni ili proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama postoji proturječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika te
- f) je presudom prekoračen tužbeni zahtjev.

Protiv presude donesene u drugom stupnju kojom se potvrđuje presuda na temelju priznanja ili presuda na temelju odricanja, revizija se može izjaviti iz svih razloga koji predstavljaju apsolutno i relativno bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz kojih se revizija inače može izjaviti, dok ne može zbog pogrešne primjene materijalnog prava.

Kada je odlukom drugostupanjskog suda dopuštena izvanredna revizija, ta se vrsta revizije može izjaviti samo zbog onog materijalnopravnog ili postupnopravnog pitanja zbog kojega je dopuštena.

3.4. *Benefitio novorum u reviziji*

U parničnom postupku svaka je stranka dužna iznijeti sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve ili pobija protivnikove (*onus proferendi*) te predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, odnosno pobijaju navodi i dokazi protivnika (*onus probandi*). Ako u tomu ne uspije, sud će njen zahtjev odbiti polazeći od pretpostavke da njene tvrdnje nisu istinite. Naime, ako se na temelju izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću utvrditi neka činjenica, o postojanju činjenice zaključit će se primjenom naprijed opisanog pravila o teretu dokaza⁷⁴ koje se bitno najkraće može izraziti rimskom izrekom *idem est non esse aut non probari* (isto je ne postojati ili ne biti dokazano).

Do stupanja na snagu ZPP/03 iznošenje novih činjenica i predlaganje novih dokaza bilo je dopušteno tijekom cijele glavne rasprave, a i nakon ukinute prvostupanjske odluke na novoj glavnoj raspravi stranke su mogle iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze. No, od 01. prosinca 2003. godine, stranke su

⁷⁴ Čl. 221a. ZPP-a.

dužne već u tužbi i odgovoru na tužbu, na pripremnom ročištu ili najkasnije na prvom ročištu za glavnu raspravu, ako pripremno ročište nije održano, iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predložiti dokaze potrebne za utvrđivanje iznijetih činjenica te se izjasniti o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima protivne stranke⁷⁵.

Tijekom žalbenog postupka od 01. prosinca 2003. godine nove činjenice i dokazi ne mogu se iznositi osim ako se oni odnose na bitne povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se žalba može izjaviti⁷⁶.

Isto je i s revizijom. U reviziji, stranke mogu iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze samo ako se oni odnose na povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se revizija može izjaviti. Iznesu li stranke nove činjenice ili predlože nove dokaze koji se ne odnose na povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se revizija može izjaviti, sud te činjenice i dokaze neće uzeti u obzir pri odlučivanju o utemeljenosti revizije.

3.5. Kome se i u kojem broju primjeraka podnosi revizija

ZPP u pogledu broja primjeraka u kojima se revizija podnosi sadrži jednu posebnu odredbu. Njome je propisano da se revizija podnosi sudu koji je izrekao prvostupanjsku presudu u dovoljnom broju primjeraka za sudove i protivnu stranku. To znači, s obzirom na to da se revizija prosljeđuje prvostupanjskom, drugostupanjskom i revizijskom sudu, da je treba dostaviti najmanje u četiri primjerka, tri za sudove i jedan za suprotnu stranku ako na svakoj od parničnih strana postoji po jedna osoba. Ako ih je više i dostava se treba obaviti svakome od njih, tada za taj broj treba uvećati broj primjeraka revizije.

Novost prema ZPP/03 jest da se revizija više ne dostavlja državnom odvjetništvu niti ono ima mogućnost dati svoje izjašnjenje, ali se ove nove odredbe o reviziji primjenjuju samo na postupke u kojima je glavna rasprava zaključena nakon 01. prosinca 2003.

ZPP, isto tako, sadrži i jednu opću odredbu prema kojoj se podnesci i prilozi koje treba dostaviti protivnoj stranci predaju sudu u dovoljnom broju primjeraka za sud i protivnu stranku. Ta se odredba u odnosu na reviziju, s obzirom na to da postoji posebna odredba nema potrebe primjenjivati, ali budući da u odnosu na reviziju kao podnesak u tom pravcu nije ništa posebno predviđeno, odredbu, koja propisuje da ako je na protivnoj strani više osoba koje imaju zajedničkoga zakonskog zastupnika ili punomoćnika da se mogu za sve te osobe podnesci i prilozi predavati u jednom primjerku, treba primjenjivati.⁷⁷

⁷⁵ Čl. 299. st. 1. ZPP-a.

⁷⁶ Čl. 352. st. 1. ZPP-a.

⁷⁷ Čl. 107. ZPP-a.

3.6. Odustanak od revizije

U pravilu stranke od poduzetih parničnih radnji uvijek mogu odustati. Isto je i s revizijom. Stranka od izjavljene revizije uvijek može odustati. Međutim, ona to može učiniti samo do trenutka kada o reviziji bude odlučeno, a kada jednom od revizije odustane, stranka taj odustanak više ne može opozvati.⁷⁸

Kako je revizija izvanredan i nesuspendivan pravni lijek, primjena odredaba ZPP-a o pravu na odricanje od revizije nije moguća.⁷⁹

3.7. Postupanje prvostupanjskog suda u povodu revizije

Revizija se podnosi prvostupanjskom sudu pa već taj sud ima određena ovlaštenja i dužnosti vezane uz reviziju od kojih su neka ranije već spomenuta.

Načelno, taj je sud dužan nepravodobnu, nepotpunu ili nedopuštenu reviziju odbaciti rješenjem, i to bez održavanja ročišta.

Nepravodobna je ona revizija koja je podnesena izvan roka od trideset dana od dana dostave drugostupanjske odluke jer se revizija može izjaviti samo u tom roku.

Nepotpuna je ona revizija koja ne sadrži sve što treba sadržavati. Ona mora sadržati sve ono što je potrebno da bi se u svezi s njom moglo postupiti. Osobito: oznaku suda, ime, zanimanje i prebivalište, odnosno boravište stranaka, njihovih zakonskih zastupnika i punomoćnika, ako ih imaju, predmet spora, sadržaj izjave i potpis podnositelja.⁸⁰

Dalje, iz nje se mora moći utvrditi koja se presuda pobija⁸¹. Ako se na temelju podataka iz revizije ne može utvrditi koja se presuda pobija ili ako revizija nije potpisana (nepotpuna revizija), prvostupanjski sud rješenjem, protiv kojega nije dopuštena žalba, poziva podnositelja revizije da u određenom roku dopuni ili ispravi reviziju podneskom ili na zapisnik kod toga suda. Ako on u određenom roku ne postupi po traženju suda, tek tada sud rješenjem odbacuje reviziju kao nepotpunu.⁸²

Ako revizija po svojem sadržaju ima drugih nedostataka, prvostupanjski sud reviziju dostavlja revizijskom sudu ne pozivajući revidenta da je dopuni, odnosno ispravi⁸³.

S obzirom na to da je u odnosu na sadržaj revizije nešto posebno propisano potrebno je utvrditi u kakvom su odnosu odredbe o sadržaju revizije i odredbe o sadržaju žalbe koje se supsidijarno primjenjuju, odnosno kako sud u povodu sadržajnih nedostataka treba postupiti.

⁷⁸ Čl. 349. st. 2. i 3. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

⁷⁹ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 733.

⁸⁰ Čl. 106. ZPP-a.

⁸¹ Čl. 351. st. 1. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

⁸² Čl. 351. st. 1. i. 2. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

⁸³ Čl. 351. st. 3. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

Naime, u reviziji stranka treba navesti određene razloge zbog kojih je izjavljuje. Ako je redovna revizija izjavljena iz razloga zbog kojeg nije dopuštena ili je izjavljena iz razloga zbog kojeg je dopuštena, ali koji nije obrazložen, odnosno ako izvanredna revizija nije izjavljena iz razloga zbog kojega ju je drugostupanjski sud dopustio, sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda odbacuje je rješenjem bez prethodnog pozivanja stranke da je dopuni. S druge strane, kada žalba ne sadrži neki podatak iz kategorije "drugih nedostataka" (različitih od nedostatka potpisa ili podatka temeljem kojeg se može utvrditi koje se presuda pobija), sud bi, primjenjujući odredbe o žalbi, u svakom slučaju trebao proslijediti spis revizijskom sudu na odlučivanje. Međutim, ZPP posebno regulira postupanje suda kada revizija ne sadrži razloge zbog kojih se izjavljuje, pa u tom dijelu nije moguće supsidijarno primijeniti odredbe o postupanju u povodu žalbe, odnosno spis samo proslijediti na odlučivanje revizijskom sudu. U tom slučaju, sud treba odbaciti reviziju bez prethodnog pozivanja stranke da je dopuni, odnosno ispravi.⁸⁴

Dakle, ako je riječ da revizija ne sadrži određenu izjavu o pobijanju presude u cijelosti ili u nekom dijelu, spis bi se trebao prosljeđivati revizijskom sudu kako je to previđeno za žalbu. Tada bi se trebalo smatrati da revident pobija drugostupanjsku presudu u onom dijelu s kojim nije uspio u sporu jer nema pravnog interesa pobijati je u dijelu s kojim je uspio.⁸⁵

Revizija je nedopuštena ako ju je izjavila osoba koja nije ovlaštena na podnošenje revizije, ili osoba koja je odustala od revizije, ili ako osoba koja je izjavila reviziju nema pravni interes za podnošenje revizije, ili ako je revizija izjavljena protiv presude protiv koje se po zakonu ne može podnijeti.

Međutim, ako je izjavljena izvanredna revizija, prvostupanjski sud ne može odbaciti reviziju zato što smatra da ne postoje razlozi zbog kojih je izjavljena. Po takvoj reviziji prvostupanjski sud je dužan postupati kao da razlozi u čije postojanje sumnja zaista postoje.

Ne odbaci li prvostupanjski sud reviziju, primjerak pravodobne, potpune i dopuštene revizije dostavlja protivnoj stranci, koja može u roku od petnaest dana od dostave revizije podnijeti tom sudu odgovor na reviziju. Nepravodobno podnesen odgovor na reviziju ne odbacuje se, već se dostavlja revizijskom sudu, koji ga uzima u obzir ako je to još moguće.

Nakon primitka odgovora na reviziju, odnosno nakon proteka roka za odgovor na reviziju, prvostupanjski sud upućuje reviziju i odgovor na reviziju, ako je podnesen, sa svim spisima izravno revizijskom sudu, s tim da primjerak revizije i odgovora na reviziju, ako je podnesen, dostavlja i drugostupanjskom sudu koji svoje izvješće o mogućim povredama postupka pred tim sudom izravno upućuje revizijskom sudu.

⁸⁴ Tako: Grbin, Ivo, op. cit., str. 264.

⁸⁵ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 731.

3.7. Značaj obrazlaganja revizije

S obzirom na to da revizijski sud više ne pazi ni na jedan revizijski razlog po službenoj dužnosti, zakonodavac je propisao obvezu revidenta da razloge zbog kojih se revizija izjavljuje određeno navede i da reviziju obrazloži.

Naime, ako je redovna revizija izjavljena iz razloga zbog kojeg nije dopuštena ili je izjavljena iz razloga zbog kojeg je dopuštena, ali koji nije obrazložen, odnosno ako izvanredna revizija nije izjavljena iz razloga zbog kojega ju je drugostupanjski sud dopustio, već i sudac prvostupanjskog suda treba je odbaciti rješenjem bez prethodnog pozivanja stranke da je dopuni. Dakle, sankcije za reviziju koja ima prethodno opisane nedostatke znatno su teže negoli je to slučaj s drugim sličnim situacijama kada se obično stranku poziva na ispravljanje, odnosno dopunu podneska.

Kako stranka u reviziji treba određeno navesti razloge zbog kojih je izjavljuje, pri ocjeni dopuštenosti revizije po ovom temelju ne bi trebale postojati značajnije poteškoće.

3.8. Rok za izjavljivanje revizije

Revizija se izjavljuje u roku od trideset dana od dostave drugostupanjske presude.

U odnosu na reviziju vrijede opća pravila o dostavi i računanju rokova, pa i ovdje vrijede sva pravila koja inače vrijede na tom području. Tako, dostavi li sud presudu i stranci i punomoćniku, rok za reviziju teče isključivo od dana dostave punomoćniku, a ne i od dana dostave stranci⁸⁶. No, ako je presuda dostavljena izravno stranci i ona svojim punomoćnikom pravodobno izjavi reviziju, takva povreda odredaba parničnog postupka nije, niti relativna (nije mogla utjecati na pravilnost i zakonitost odluke), niti apsolutna, a može biti od utjecaja samo na ocjenu pravodobnosti revizije.⁸⁷ Ako se dogodi da revizija protiv odluke koja je umjesto punomoćniku dostavljena stranci, ne bude pravodobno izjavljena, smatra se da je izjavljena u roku bez obzira kada je izjavljena.⁸⁸ Poduzima li stranka koja je angažirala punomoćnika sama parnične radnje, dostava se i tada obavlja njenom punomoćniku⁸⁹, a ako stranka nakon dostave presude angažira odvjetnika i sud mu naknadno dostavi presudu, time rok za žalbu ne počinje teći iz početka jer je rok počeo teći nakon dostave samoj

⁸⁶ Vrhovni sud Hrvatske poslovni broj Rev-1439/80 od 23. prosinca 1980., Vrhovni sud Republike Hrvatske poslovni broj Rev-1254/96 od 16. listopada 1997., Županijski sud Vukovar poslovni broj Gž-1657/04 od 26. kolovoza 2004.

⁸⁷ Vrhovni sud Republike Hrvatske poslovni broj Rev-3774/94 od 12. ožujka 1998. Ipak, treba imati u vidu i gledište izneseno u odluci istog Suda poslovni broj Rev-1753/95 od 02. rujna 1998. prema kojemu dostava presude stranci umjesto punomoćniku može predstavljati relativno bitnu povredu odredaba parničnog postupka.

⁸⁸ Vrhovni sud Republike Hrvatske poslovni broj Rev-2904/00 od 04. siječnja 2001.

⁸⁹ Županijski sud Šibenik poslovni broj Gž-1350/03 od 27. studenoga 2003.

stranci⁹⁰. Ako stranka ima više punomoćnika ili zakonskih zastupnika rok se računa od dostave prvome od njih⁹¹.

U sudskoj praksi uobičajeno je da se u drugostupanjskoj odluci posebno ne naznačava mogućnost izjavljivanja revizije, pa je sukladno takvoj općeprihvaćenoj praksi zauzeto i gledište da nenaznačavanje postojanja prava na izjavljivanje revizije ne utječe na tijek roka od trideset dana unutar kojega se revizija može podnijeti⁹².

3.9. *Suspenzivnost revizije*

Jedno od osnovnih svojstava revizije kao pravnog lijeka je da je ona nesuspenzivni pravni lijek. Ta nesuspenzivnost se očituje kroz odredbom ZPP-a prema kojoj revizija ne zadržava ovrhu presude protiv koje je izjavljena. To znači da se odluka protiv koje se podnosi revizija usprkos i pravodobno, pa čak i osnovano, podnesenoj reviziji može prisilno provesti.

S obzirom na navedeno, u praksi se događa da presuda bude provedena, a da nakon toga Vrhovni sud Republike Hrvatske u povodu revizije preinači drugostupanjsku odluku na način da presuda kao temelj po kojem je nešto već isplaćeno prestane važiti. U takvim situacijama, ako su stranke po presudi već postupile, odnosno izvršile je, može se u parničnom postupku tražiti vraćanje stečenog bez osnove jer je temelj po kojem je taj iznos isplaćen naknadno otpao⁹³.

3.10. *Postupanje revizijskog suda u povodu revizije*

O reviziji bez rasprave odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske.

Nakon što revizija stigne na taj revizijski sud, ako prvostupanjski sud nije odbacio reviziju, iako su za to bile ispunjene pretpostavke, nepravodobnu, nepotpunu, nedopuštenu ili neobrazloženu reviziju može odbaciti rješenjem i sudac izvjestitelj revizijskog suda.

Posebno pitanje koje se vezano uz odbacivanje revizije od strane revizijskog suda pojavilo u praksi jest je li Vrhovni sud Republike Hrvatske ovlašten odbaciti reviziju kao nedopuštenu zbog toga što drugostupanjski sud nije naveo razloge zbog kojih smatra da je neko pravno pitanje u sporu bitno za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana niti je takvo pitanje naznačio. Naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske takvu je reviziju svojim rješenjem odbacio⁹⁴, ali je Ustavni sud Republike Hrvatske, prosuđujući ga s aspekta zaštite ustavnog prava na jednakost pred zakonom, ocijenio ustavnopravno neprihvatljivom tumačenju mjerodavnog postupovnog prava.

⁹⁰ Vrhovni sud Republike Hrvatske poslovni broj Rev-2746/95 od 02. rujna 1998.

⁹¹ Čl. 138. st. 2. ZPP-a.

⁹² Vrhovni sud Republike Hrvatske, Izbor odluka br. 1/96. str. 116.

⁹³ Čl. 1111. st. 1. i 3. Zakon o obveznim odnosima.

⁹⁴ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-490/06 od 20. lipnja 2006.

Ustavni sud Republike Hrvatske zauzeo je gledište da zbog toga što drugostupanjski sud u obrazloženju presude nije naveo pravno pitanje temeljem kojeg je dopustio reviziju, stranke ne bi smjele snositi posljedice. Time je strankama uskraćena mogućnost da se osnovanost njihovog tužbenog zahtjeva prosuđuje prema odredbama mjerodavnog zakona te im je onemogućen i pristup sudu zajamčen odredbom članka 29. stavka 1. Ustava. Na kraju, imajući u vidu ustavnu obvezu Vrhovnog suda Republike Hrvatske osiguravati jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana, Ustavni sud Republike Hrvatske ocijenio je da je Vrhovni sud Republike Hrvatske trebao ukinuti djelomično presudu drugostupanjskog suda (u dijelu u kojem je protiv presude dopuštena revizija) i predmet vratiti drugostupanjskom sudu na ponovno suđenje⁹⁵.

Međutim, ovakvo gledište Ustavnog suda Republike Hrvatske izložen je ozbiljnoj kritici prema kojoj su osnovni argumenti za neprihvatljivost stava toga Suda da stranka kojoj se dopušta revizija ne može imati pravni interes za pobijanje drugostupanjske odluke u dijelu kojim joj je dopušteno izjaviti reviziju pa se u tom dijelu drugostupanjska presuda ne može ukinuti jer sud odlučuje samo u granicama razloga koje je stranka navela tim više što bi time ujedno nestala i osnova izjavljivanja revizije. Zatim, s obzirom na to da se izvanredna revizija može izjaviti samo zbog pitanja koje navede drugostupanjski sud, nelogično je i besmisleno zaključiti da je drugostupanjski sud reviziju dopustio zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. t. 11. ZPP-a (koju povredu zapravo predstavlja izostavljanje razloga zbog kojih se revizija dopušta i njihovo obrazloženje-presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može preispitati), a kada bi se u povodu revizije stranke presuda trebala ukinuti tada bi, ako se stranka na to ne bi pozivala, to ujedno značilo da revizijski sud mora po službenoj dužnosti ispitivati presudu, a na to nije ovlašten. Konačno, ZPP-om nisu propisana pravila po kojima bi drugostupanjski sud trebao postupati nakon što mu je predmet vraćen na ponovno suđenje, u kojem je, uostalom, presuda već postala pravomoćna, odnosno drugostupanjski sud nije dužan u ponovljenom postupku dopustiti reviziju. Kada bi se dopustila postavlja se pitanje pravodobnosti revizije jer se ona izjavljuje protiv drugostupanjske presude kojom se odlučuje o biti spora, a rok od trideset dana od dostave te odluke pa do dostave nove odluke o dopuštanju revizije bi po prirodi stvari vjerojatno već odavno istekao⁹⁶.

No, bitno je istaknuti i to da prema praksi revizijskog suda utemeljenoj na ZPP/03, stranke mogu očekivati da će njihova revizija ipak biti razmatrana, iako drugostupanjski sud nije naveo pravno pitanje zbog kojega reviziju dopušta ako se iz cjelokupnog obrazloženja drugostupanjske presude može izvesti zaključak o tomu koje je to pravno pitanje zbog kojega je revizija dopuštena⁹⁷.

⁹⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske poslovni broj U-II/2838/2006 od 05. lipnja 2007.

⁹⁶ Eraković, Andrija, *Revizija po dopuštenu drugostupanjskog suda*, Zagreb, Pravo i porezi, broj 12/07., str. 44.

⁹⁷ O tome vidi: Eraković, Andrija, op. cit., str. 41.

Na kraju ovdje još treba reći da, s obzirom na to da prvostupanjski sud nema ovlaštenja odbaciti izvanrednu reviziju zbog pravnog pitanja zbog kojega nije dopuštena, ako je izvanredna revizija izjavljena zbog nedopuštenog pravnog pitanja, nju može odbaciti tek revizijski sud. Točnije, odbacuje je rješenjem sudac izvjestitelj, odnosno ako on to ne učini, vijeće revizijskog suda ako to utvrdi. Međutim, ako vijeće revizijskog suda ocijeni da pravno pitanje zbog kojega je ona izjavljena nije bitno za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana nije ovlašteno odbaciti izvanrednu reviziju, ono je o njoj dužno odlučiti.

3.11. Pribavljanje izvješća o povredama

Kada spisi u kojima je podnesena revizija budu dostavljeni revizijskom sudu, određuje se sudac izvjestitelj, a ako je predsjednik vijeća određen za suca izvjestitelja, dužnost predsjednika vijeća obavlja drugi član vijeća.

Sudac izvjestitelj može, prema potrebi, od prvostupanjskog suda pribaviti izvještaj o povredama odredaba postupka i zatražiti provođenje izvođenja radi utvrđivanja tih povreda.

Tada se na odgovarajući način primjenjuju odredbe koje reguliraju istu situaciju koja nastane tijekom žalbenog postupka.

To znači da ako osoba koja je izjavila reviziju tvrdi da su u prvostupanjskom postupku povrijeđene odredbe parničnog postupka, sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda po potrebi daje objašnjenje u povodu navoda revizije koji se tiču tih povreda, odnosno provodi izviđaje da provjeri istinitost tih navoda u reviziji.

Primjerak objašnjenja, odnosno izvješća o obavljenom izviđaju prvostupanjski sud dostavlja strankama, koje mogu dati svoje očitovanje u roku od osam dana.

Ako ocijeni da je to potrebno, prvostupanjski sud može pozvati stranke nazočiti provedbi izviđaja.

Očitovanja stranaka, prvostupanjski sud dostavlja revizijskom sudu zajedno sa svojim objašnjenjem, odnosno izvješćem o obavljenom izviđaju samo ako budu podnesena u roku. Očitovanja podnesena nakon isteka roka prosljeđuju se revizijskom sudu, koji ih uzima u obzir, ako je to još moguće.

Prvostupanjski sud primjerak revizije i odgovora na reviziju, ako je podnesen, dostavlja i drugostupanjskom sudu koji svoje izvješće o mogućim povredama postupka pred tim sudom izravno upućuje revizijskom sudu. Pri tomu on treba postupiti po istim odredbama koje u toj situaciji reguliraju i postupanje prvostupanjskog suda.

3.12. Granice ispitivanja presude i odluke revizijskog suda u povodu revizije

Granice ispitivanje presude koja se pobija revizijom jasno su postavljene. Revizijski sud ispituje pobijanu presudu samo u onom dijelu u kojem se ona pobija revizijom i u granicama razloga određeno navedenih u reviziji. U one

dijelove presude koji nisu napadnuti revizijom, revizijski sud ne smije dirati kao niti procjenjivati zakonitost presude sa stajališta razloga koji nisu određeno navedeni u reviziji.

Utvrđi li revizijski sud nepostojanje razloga zbog kojih je revizija izjavljena reviziju odbija presudom kao neutemeljenu.

S druge strane, ako je revizija osnovana, opće je pravilo da radi otklanjanja povreda parničnog postupka i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja sudovi imaju najčešće samo kasatorna ovlaštenja, dok u odnosu na nepravilno utvrđeno činjenično stanje najčešće imaju i revizijska i kasatorna ovlaštenja.

Tako, ako utvrđi postojanje bitne povrede odredaba parničnog postupka zbog koje se revizija može izjaviti (osim ako je odlučeno o zahtjevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost, ako je sud u povodu prigovora stranaka pogrešno odlučio da je stvarno ili mjesno nadležan), revizijski sud rješenjem ukida u cijelosti, ili djelomično presudu drugostupanjskog i prvostupanjskog suda, ili samo presudu drugostupanjskog suda i predmet vraća na ponovno suđenje istom ili drugom vijeću prvostupanjskog ili drugostupanjskog suda, odnosno drugome nadležnom sudu.

Ako je u postupku pred prvostupanjskim ili drugostupanjskim sudom odlučeno o zahtjevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost, ako je odlučeno o zahtjevu o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno, ili o kojemu je već zaključena sudska nagodba, ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe, revizijski sud ukida rješenjem donesene odluke i odbacuje tužbu.

Ako je u postupku pred prvostupanjskim ili drugostupanjskim sudom kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno, revizijski sud s obzirom na prirodu povrede, rješenjem ukida u cijelosti ili djelomično presudu drugostupanjskog i prvostupanjskog suda ili samo presudu drugostupanjskog suda i predmet vraća na ponovno suđenje istom ili drugom vijeću prvostupanjskog ili drugostupanjskog suda, odnosno drugome nadležnom sudu, odnosno rješenjem ukida donesene odluke i odbacuje tužbu.

Ako revizijski sud utvrđi da je materijalno pravo pogrešno pripremljeno, presudom prihvaća reviziju i preinačuje pobijanu presudu.

Ako revizijski sud ustanovi da je zbog pogrešne primjene materijalnog prava činjenično stanje nepotpuno utvrđeno i da zbog toga nema uvjeta za preinaku pobijane presude, rješenjem treba prihvatiti reviziju, ukinuti u cijelosti ili djelomično presudu prvostupanjskog i drugostupanjskog suda ili samo presudu drugostupanjskog suda i predmet vratiti na ponovno suđenje istom ili drugom vijeću prvostupanjskog, odnosno drugostupanjskog suda.

Ako utvrdi da je drugostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev na način da je odlučeno o nečem drugom, a ne o onome što je traženo, revizijski sud rješenjem ukida tu presudu i predmet vraća drugostupanjskom sudu na ponovno suđenje. Tada se spis najprije dostavlja prvostupanjskom sudu da odluku revizijskog suda dostavi strankama, a nakon toga spis prosljeđuje drugostupanjskom sudu.⁹⁸

Ako utvrdi da je drugostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev na način da je dosuđeno više od onoga što je traženo, revizijski sud treba rješenjem ukinuti tu presudu u dijelu u kojem je prekoračen tužbeni zahtjev.

S obzirom na primjenu odredaba o žalbi na reviziju, kao i kod žalbe, i kod revizije vrijedi zabrana *reformatio in peius*, odnosno revizijski sud ne može preinačiti presudu na štetu stranke, koja je izjavila reviziju ako je samo ona izjavila reviziju.⁹⁹

Isto tako, ako je propustio odlučiti o svim dijelovima presude koji se pobijaju revizijom ili ako je propustio donijeti sve odluke koje je odbacujući, odnosno odbijajući ili prihvaćajući reviziju trebalo donijeti ili ako je propustio odlučiti u pogledu jedne ili više revizija, na prijedlog osobe koja je podnijela reviziju, revizijski sud može svoju odluku dopuniti.¹⁰⁰

Taj prijedlog stranka može staviti u roku od petnaest dana od dostave revizijske odluke, ali se ne može podnijeti radi toga što revizijski sud nije odlučio o svim razlozima zbog kojih je revizija izjavljena.¹⁰¹

Prijedlog se podnosi prvostupanjskom sudu, koji ga je dužan bez odgode zajedno sa spisom prosljediti revizijskom sudu, a ako je u povodu revizijske odluke potrebno iznova provesti postupak pred prvostupanjskim sudom, prvostupanjski sud revizijskom sudu prijedlog za donošenje dopunske odluke dostavlja zajedno s prijepisom spisa.¹⁰²

Na postupak u povodu prijedloga primjenjuju se odredbe o donošenju dopunske presude. To znači, ako stranka ne podnese prijedlog za donošenje dopunske odluke u roku smatra se da je revizija u tom dijelu povučena, a nepravodobni prijedlog za dopunu može odbaciti, već i prvostupanjski sud, a ako on to ne učini to može učiniti revizijski sud.¹⁰³

Neutemeljeni prijedlog odbija revizijski sud, a ako je prijedlog za dopunu odluke osnovan, donosi se odluka o zahtjevu koji nije riješen (dopunska odluka).

⁹⁸ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 736.

⁹⁹ Čl. 374. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

¹⁰⁰ Čl. 377.a. u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

¹⁰¹ U dijelu koji regulira postupanje u povodu žalbe, a koji se supsidijarno primjenjuje na reviziju, propisano je da se prijedlog ne može podnijeti radi toga što žalbeni sud nije odlučio o svim razlozima zbog kojih je žalba izjavljena ili na koje je bio dužan paziti po službenoj dužnosti, ali s obzirom na to da se kod revizije ne pazi po službenoj dužnosti niti na jedan od razloga zbog kojih se revizija može izjaviti, ovaj zadnji dio suvišan je i nije primjenjiv u odnosu na reviziju.

¹⁰² Čl. 377.a u svezi sa čl. 399. ZPP-a.

¹⁰³ Čl. 339. st. 3. ZPP-a.

Ako se drugostupanjska presuda pobija revizijom samo zato što taj sud nije odlučio o svim zahtjevima stranaka koji su predmet parnice, revizija se treba smatrati prijedlogom stranke o donošenju dopunske odluke.¹⁰⁴

3.13. Dostava odluke revizijskog suda

Revizijski sud svoju odluku izravno dostavlja prvostupanjskom sudu koji je dostavlja strankama. No, kako se odluka revizijskog suda odnosi i na odluku drugostupanjskog suda, odnosno o njegovoj odluci odlučuje revizijski sud, primjerak odluke revizijskog suda, revizijski sud dostavlja i drugostupanjskom sudu.

3.14. Vezanost suda pravnim shvaćanjem na kojemu se temelji rješenje revizijskog suda

Novost na području revizije, a koja značajno odražava na postupak pred sudom prvog i drugog stupnja i sadržaj presude, jest odredba prema kojoj sud kojemu je predmet vraćen na ponovno suđenje vezan u tom predmetu pravnim shvaćanjem na kojemu se temelji rješenje revizijskog suda kojim je ukinuta pobijana drugostupanjska, odnosno kojim su ukinute prvostupanjska i drugostupanjska presuda¹⁰⁵. Cilj koji se želi postići ovom odredbom ostvarivanje je zadaće Vrhovnog suda Republike Hrvatske osiguravati jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana.

No, u pravnoj doktrini se ističe da se vezanost nižih sudova odnosi samo na razloge zbog kojih revizijsko vijeće Vrhovnog suda Republike Hrvatske opravdava svoje rješenje kojim ukida odluke nižih sudova i vraća predmet na ponovno suđenje, a ne i na pravne kvalifikacije supstancijalne naravi i na način odlučivanja o meritumu spora jer bi takvo tumačenje bilo u suprotnosti s Ustavom prema kojem sudovi sude (samo) na temelju Ustava i zakona (koji su u suglasnosti s Ustavom)¹⁰⁶.

3.15. Obaveze stranaka vezane uz reviziju pri promjeni adrese stanovanja

U praksi se često događa da stranke tijekom postupka promijene adresu stanovanja.

ZPP za takve situacije predviđa neka opća pravila, ali u odnosu na reviziju postoje i neka posebna. O njima slijedi u nastavku.

Naime, stranka ili njezin zastupnik dužni su tijekom postupka do isteka roka od šest mjeseci nakon pravomoćnosti prvostupanjske odluke protiv koje žalba

¹⁰⁴ Protivna stranka nije ovlaštena predložiti donošenje dopunske odluke jer za to nema pravnog interesa. Naime, smatra se da je on time odustao od žalbe pa je odluka u tom dijelu koji je za suprotnu stranu povoljna postala pravomoćna. Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op.cit., str. 714.

¹⁰⁵ Čl. 394.a. ZPP-a.

¹⁰⁶ Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op.cit., str. 42.-43.

nije izjavljena, odnosno nakon dostave drugostupanjske odluke kojom se postupak pravomoćno završava odmah obavijestiti sud o svakoj promjeni svoje adrese. Ako protiv pravomoćne odluke unutar tog roka bude izjavljena revizija, taj se rok produžava sve dok ne istekne šest mjeseci od dostave stranci odluke kojom se revizija odbacuje, ili odbija, ili pobijana odluka preinačuje.

Ako je protiv pravomoćne odluke unutar prethodno navedenoga roka podnesen prijedlog za ponavljanje postupka, taj se rok produžava do isteka roka od šest mjeseci nakon pravomoćnosti prvostupanjske odluke u tom postupku protiv koje nije izjavljena žalba, odnosno do isteka roka od šest mjeseci od dostave stranci drugostupanjske odluke kojom se postupak za ponavljanje postupka pravomoćno završava.

Ako u povodu izvanrednoga pravnoga lijeka pravomoćna odluka bude ukinuta i predmet vraćen na ponovno suđenje, smatra se da rok nije ni počeo teći.

Ne postupe li stranka ili njezin zastupnik u pogledu obveze na obavješćivanje suda o promjeni adrese, odnosno ne obavijeste odmah sud o promjeni adrese, pa se zbog toga dostava nije mogla uredno obaviti, sud treba odrediti da se daljnje dostave u parnici obavljaju stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda, sve dok stranka ili njezin zastupnik ne priopće sudu svoju novu adresu.

U tom slučaju dostava se smatra obavljenom istekom osam dana od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda.

Dogodi li se da zastupnik za primanje pismena do isteka roka od šest mjeseci nakon pravomoćnosti prvostupanjske odluke protiv koje žalba nije izjavljena, odnosno nakon dostave drugostupanjske odluke kojom se postupak pravomoćno završava ne obavijesti sud o promjeni svoje adrese sud treba imenovati drugoga zastupnika za primanje pismena kojemu će obaviti dostavu, a tada može odlučiti i da novčano kazni ranijeg zastupnika za primanje pismena zbog povrede svoje dužnosti obavješćavanja suda o promjeni adrese.

4. Revizija protiv rješenja

Revizija protiv rješenja dopuštena je pod sljedećim uvjetima:

- a) rješenje je donio drugostupanjski sud, s tim da onda kada o nekom pravnom pitanju viši sud prvi odluči, on zbog toga nije prvostupanjski sud u smislu odredbe ZPP-a koja regulira reviziju protiv rješenja, već drugostupanjski;¹⁰⁷
- b) tim je rješenjem postupak pravomoćno okončan¹⁰⁸ i

¹⁰⁷ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Gž-6/94 od 25. siječnja 1996.

¹⁰⁸ Zbog toga protiv rješenja kojim je potvrđeno prvostupanjsko rješenje o razdvajanju predmeta radi odvojenog raspravljanja revizija nije dopuštena jer se time postupak ne završava. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-48/05 od 02. studenoga 2005. No, u praksi se može pronaći i gledište da revizija u tom slučaju nije dopuštena ni iz razloga što protiv rješenja kojim se upravlja postupkom nije dopuštena žalba, pa onda niti revizija. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-425/05 od 13. srpnja 2005.

c) radi se o sporu u kojem bi revizija inače bila dopuštena protiv drugostupanjske presude.¹⁰⁹

No, pod određenim uvjetima revizija protiv rješenja je uvijek dopuštena. Ona je uvijek dopuštena protiv:

- a) rješenja drugostupanjskog suda kojim se podnesena žalba odbacuje, odnosno;¹¹⁰
- b) rješenja kojim se potvrđuje rješenje prvostupanjskog suda o odbacivanju revizije¹¹¹.

Dakle, ako nisu ispunjene ostale pretpostavke za dopuštenost revizije, kada žalbu odbaci prvostupanjski sud, a to rješenje potvrdi drugostupanjski sud, revizija nije dopuštena. S druge strane, s obzirom na to da prvostupanjski sud spis prosljeđuje izravno revizijskom, drugostupanjski sud, ako nije bilo žalbe protiv odluke o odbacivanju revizije, ne može odlučivati o dopuštenosti revizije, odnosno nikada ne može sam odbaciti reviziju.

U postupku u povodu revizije protiv rješenja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZPP-a o reviziji protiv presude, pa sve ono što je prethodno rečeno vezano uz postupanje u povodu revizije protiv presude vrijedi i u postupku u povodu revizije protiv rješenja. Dakle, ako neko od pitanja vezanih uz reviziju protiv rješenja nije uređeno odredbama o postupku u povodu revizije protiv presude, primjenjuju se odredbe koje reguliraju žalbu protiv presude koje se inače supsidijarno primjenjuju u postupku u povodu revizije protiv presude.¹¹²

S obzirom na navedeno, protiv rješenja je dopuštena i redovna i izvanredna revizija.¹¹³ Nadalje, primjenjujući opće pravilo da revizija nije dopuštena u sporovima u kojima je ona zakonom izričito isključena, ona načelno nije dopuštena niti protiv rješenja u takvim sporovima, ali se u sudskoj praksi

¹⁰⁹ Čl. 400. st. 1. ZPP-a. Revizija nije dopuštena niti protiv pravomoćnog drugostupanjskog rješenja kojim se odbacuje prijedlog za ponavljanje postupka ako nije, a trebao je biti, ispunjen kriterij vrijednosti pobijanog dijela odluke. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-1636/99 od 18. kolovoza 1999.

¹¹⁰ Tako je revizija dopuštena i protiv drugostupanjskog rješenja kojim je potvrđeno prvostupanjsko rješenje o odbacivanju revizije protiv rješenja suda drugog stupnja kojim je također potvrđeno prvostupanjsko rješenje o odbacivanju revizije protiv pravomoćne drugostupanjske presude. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-1636/99 od 18. kolovoza 1999.

¹¹¹ Čl. 400. st. 2. ZPP-a. Dakle, usvoji li drugostupanjski sud žalbu, revizija protiv tog rješenja nije dopuštena jer prvostupanjsko rješenje o odbacivanju revizije nije potvrđeno, a isto tako, nije niti postupak pravomoćno okončan.

¹¹² Čl. 399. u svezi sa čl. 349. ZPP-a.

¹¹³ Tako i Prančić, Vicko, *Revizija po dopuštenju drugostupanjskog suda*, Pravo u gospodarstvu, broj 1., Vol. 43, 1-192, Zagreb 1994, str. 77. O tome vidi i odluku Županijskog suda u Velikoj Gorici poslovni broj GŽ-871/07 od 12. prosinca 2007. u kojoj je revizija dopuštena samo zbog odluke o troškovima postupka. Međutim, kod revizije protiv rješenja kojim se odlučuje o troškovima postupka treba imati u vidu da je u sudskoj praksi zauzeto gledište da je ona dopuštena ako bi bila dopuštena i protiv odluke o glavnoj stvari. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Rev-1133/95.

pojavljuje i gledašte da je i u tim sporovima revizija dopuštena protiv procesnih rješenja protiv kojih je uvijek dopuštena.¹¹⁴

5. Revizija prema nekim drugim zakonima (različitim od ZPP-a)

Iako je revizija institut građanskog parničnog procesnog prava, pravo na reviziju predviđaju i neki više materijalnopravni zakoni. ObZ, raniji Zakon o javnom priopćavanju,¹¹⁵ a sada Zakon o medijima,¹¹⁶ Ovršni zakon¹¹⁷ te Stečajni zakon.¹¹⁸

Prema čl. 293. ObZ-a, protiv drugostupanjske presude o utvrđivanju ili osporavanju majčinstva ili očinstva revizija je uvijek dopuštena.

U sporovima zbog objavljivanja ispravka informacije revizija je bila dopuštena i prema ranijem Zakonu o javnom priopćavanju koji je prestao važiti stupanjem na snagu Zakona o medijima¹¹⁹, a dopuštena je u toj vrsti sporova i sada prema Zakonu o medijima¹²⁰.

Prema OZ-u, revizija je dopuštena u ovršnom postupku i postupku osiguranja samo po dopuštenu drugostupanjskog suda (izvanredna revizija)¹²¹. Međutim, s obzirom na to da je mogućnost podnošenja revizije uvedena izmjenama i dopunama OZ-a iz 2005., ta mogućnost ne odnosi se na sve postupke. Odredbe iz 2005., primjenjuju se samo u ovršnim postupcima i postupcima osiguranja pokrenutim nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama OZ-a iz 2005. (dakle, od 28. srpnja 2005.), osim ako u ranije pokrenutim postupcima nakon toga dana bude ukinuta prvostupanjska odluka i predmet vraćen prvostupanjskom sudu na ponovni postupak.

Ranije, revizija nije bila dopuštena ni u stečajnom postupku,¹²² dok se sada revizija može izjaviti ako odluka drugostupanjskog suda ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja bitnog za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana, u skladu s pravilima parničnog postupka. Dakle, moguća je izvanredna revizija sukladno ZPP-u.

¹¹⁴ O tome vidi: Triva, Siniša – Dika, Mihajlo, op. cit., str. 738.

¹¹⁵ Narodne novine broj 83/96., 143/98. i 96/01.

¹¹⁶ Narodne novine broj 59/04.

¹¹⁷ Narodne novine broj 57/96., 29/99., 173/03., 194/03. (dalje u tekstu: OZ).

¹¹⁸ Narodne novine broj 44/96., 29/99., 1213/03., 82/06.

¹¹⁹ Čl. 38. Zakona o javnom priopćavanju.

¹²⁰ Čl. 52. st. 4. Zakona o medijima.

¹²¹ Čl. 12. st. 1. OZ-a.

¹²² Čl. 13. Stečajnog zakona koji je brisan odredbom čl. 8. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona Narodne novine broj 82/06.

6. Revizija u svjetlu Odluke Ustavnog suda RH broj U-I-1568/04 od 20. prosinca 2006. – moguće rješenje po uzoru na reviziju u njemačkom zakonodavstvu

Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske pokrenut je postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom te su ukinute odredbe čl. 382. st. 1. t. 1. i 2., st. 2. i st. 3., i čl. 497. ZPP-a, s tim da te odredbe prestaju važiti dana 15. srpnja 2008.¹²³

U obrazloženju Odluke, Ustavni sud Republike Hrvatske navodi da je najviši sud u zemlji Vrhovni sud Republike Hrvatske, kojemu je temeljna ustavna zadaća osiguravati jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana. Ustavna nadležnost Vrhovnog suda Republike Hrvatske i tradicionalno zakonsko vezivanje revizije uz najviši sud u zemlji odredilo je (i određuje) temeljnu pravnu svrhu revizije u građanskopravnim sporovima u Republici Hrvatskoj. Revizija je izvanredni pravni lijek pomoću kojega Vrhovni sud Republike Hrvatske osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana na cjelokupnom području Republike Hrvatske, ostvarujući na taj način svoju ustavnu zadaću.

Međutim, pravne mogućnosti za podnošenje revizije u parničnim postupcima postupno su se smanjivale, dok izvanredna revizija predstavlja novo sredstvo za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana. Ona je zakonom uređena tako da ovisi isključivo o odluci drugostupanjskog (žalbenog) suda, pri čemu Vrhovni sud Republike Hrvatske na njezino izjavljivanje nema nikakvog utjecaja. Stoga je Ustavni sud Republike Hrvatske ne smatra djelotvornim domaćim pravim sredstvom za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.

Polazeći od činjenice da se od 2000., najveći broj ustavnih tužbi podnosi protiv drugostupanjskih presuda u građanskopravnim stvarima protiv kojih nije dopuštena revizija, Ustavni sud Republike Hrvatske u Odluci utvrđuje da je ustavna tužba, a ne revizija, postala pravno sredstvo za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana, uključujući slučajeve u kojima su nadležni drugostupanjski sudovi zauzeli različita pravna stajališta u istim ili sličnim činjeničnim i pravnim situacijama. Sukladno tomu, Ustavni sud

¹²³ U toj je odluci Ustavni sud napomenuo da je odredba čl. 382. st. 2. ZPP-a, koja je propisivala visinu predmeta spora kao pretpostavku za pružanje revizijske zaštite pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske, već bila predmetom ustavnosudskog postupka radi ocjene njezine suglasnosti s Ustavom. Rješenjem broj U-I-1016/2000 od 22. studenoga 2000., Ustavni sud Republike Hrvatske nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu njezine suglasnosti s Ustavom s obrazloženjem da, za razliku od žalbe, revizija je ograničen pravni lijek, a jedno od ograničenja sadržano je u zakonskoj odredbi kojom je, kao selektivni kriterij, primijenjena vrijednost predmeta spora. Ne dopustivši reviziju, kao izvanredni pravni lijek, u imovinskopravnim sporovima u kojima se tužbeni zahtjev odnosi na potraživanje u novcu, predaju stvari ili izvršenje kakve druge činidbe, ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela pravomoćne presude ne prelazi točno određen granični iznos (100.000,00 kn prema posljednjoj izmjeni i dopuni), zakonodavac nije povrijedio ustavnu odredbu prema kojoj Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu zakona i zaštitu ravnopravnosti građana.

Republike Hrvatske je zaključio da u Republici Hrvatskoj postoji poremećaj ustavnih nadležnosti između Ustavnog suda Republike Hrvatske i Vrhovnog suda Republike Hrvatske jer zakonski okviri ne omogućavaju najvišem sudu u zemlji osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana na cijelom području Republike Hrvatske.

Navedeni poremećaj ustavnih nadležnosti nije otklonjen ni uvođenjem u pravni poredak novog pravnog sredstva za ostvarenje jedinstvene primjene zakona – zahtjeva za jedinstvenom primjenom zakona – propisanog člankom 59. Zakona o sudovima, za čije je rješavanje, također nadležan Vrhovni sud Republike Hrvatske. Osim što ne predstavlja smetnju za podnošenje ustavne tužbe, uz taj se zahtjev ne vezuju ni ovlasti pune jurisdikcije (revizijske ovlasti) ni kasacijske ovlasti Vrhovnog suda Republike Hrvatske. U povodu tog zahtjeva, naime Vrhovni sud Republike Hrvatske ovlašten je donositi pravno shvaćanje o jedinstvenoj primjeni određenog zakona koje je obvezno za sudove u svim postupcima na koje se to pravno shvaćanje odnosi, a u kojima do dana njegova donošenja nije donesena pravomoćna sudska odluka. Osim toga, podnošenje zahtjeva vremenski je ograničeno na rok od jedne godine od kada je stranci dostavljena odluka u kojoj je prvi put primijenjena sporna zakonska odredba.

Razmatrajući reviziju i u svjetlu zahtjeva za jedinstvenom primjenom zakona, Ustavni sud Republike Hrvatske zaključuje da revizijske i kasacijske ovlasti koje Vrhovni sud Republike Hrvatske ima u revizijskim postupcima, a kojima se osigurava (i) Ustavom zajamčena ravnopravnost građana iz članka 118. stavka 1. Ustava, potvrđuju reviziju kao temeljno i najvažnije pravno sredstvo Vrhovnog suda Republike Hrvatske za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.

S tog stajališta, zakonsko uređenje pretpostavki za podnošenje revizije kakvo je na snazi, prema ocjeni Ustavnog suda Republike Hrvatske, nije ustavnopravno prihvatljivo jer ne omogućava provedbu i ostvarenje ustavne nadležnosti Vrhovnog suda Republike Hrvatske, što ga čini nesuglasnim s člankom 118. stavkom 1. Ustava, a istodobno dovodi i do poremećaja ustavnih nadležnosti između najvišeg suda u zemlji i Ustavnog suda Republike Hrvatske.

Stoga je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo dijelove čl. 382. i čl. 497. ZPP-a, (koji, zapravo, propisuju protiv kojih presuda se revizija može izjaviti), kako bi omogućio zakonodavcu da u pravnom poretku Republike Hrvatske propiše takav zakonski okvir u kojem će postojati djelotvorna pravna sredstva za osiguranje provedbe ustavne nadležnosti Vrhovnog suda Republike Hrvatske, čime će se ublažiti i postojeći poremećaj nadležnosti između najvišeg suda u zemlji i Ustavnog suda Republike Hrvatske.

Ustavni sud Republike Hrvatske Odlukom je dao i smjernice zakonodavcu u kom pravcu ponovno urediti reviziju navodeći da se može ići u pravcu izmjena dosadašnje legalne svrhe instituta revizije, što bi omogućilo da se ona ne vezuje isključivo uz Vrhovni sud Republike Hrvatske, ali bi zahtijevalo promjenu ustrojstva sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj kako bi se omogućilo Vrhovnom sudu Republike Hrvatske da se u svom djelovanju ograniči na ostvarenje svoje

ustavne nadležnosti, ili da revizija i dalje bude ustanovljena kao pravno sredstvo za osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana, što će je i dalje vezati uz Vrhovni sud Republike Hrvatske, ali na drugačijim zakonskim osnovama.

Zbog potrebnih promjena u zakonskom uređenju revizije koje zahtijevaju opsežnu stručnu i zakonodavnu pripremu, odlučeno je da odluka stupa na snagu 15. srpnja 2008.¹²⁴

Do tog datuma zakonodavac bi trebao ponovno urediti institut revizije, a jedan od načina na koji bi to moglo biti urađeno može biti onaj kako je to trenutno uređeno u njemačkom zakonodavstvu. Naime, njemački ZPO u tom dijelu značajno je izmijenjen Novelom iz 2001. koja se primjenjuje od 01. siječnja 2002. Prije stupanja na snagu te Novele u čl. 545. st. 1. ZPO-a bilo je propisano da je reviziju moguće izjaviti revizijskom sudu (BGH) samo protiv drugostupanjskih odluka visokog zemaljskog suda (OLG) i to ako: (1) osporavani dio odluke premašuje 60.000 DM (*Wertrevision*)¹²⁵ ili (2) ako je reviziju dopustio žalbeni sud u svojoj odluci (*Zulassungsrevision*).

Danas je revizija dopuštena ako osporavani dio odluke premašuje iznos od 20.000 EUR i (1) ako žalbeni sud u svojoj odluci dopusti reviziju (*Zulassungsrevision*)¹²⁶ ili (2) ako je revizijski sud dopustio reviziju u povodu posebne žalbe stranke na odluku žalbenog suda da reviziju ne dopusti (*Nichtzulassungsbeschwerde*).¹²⁷ On takvu dozvolu može dati ako se u predmetu pojavljuje neko pitanje od načelnog značaja¹²⁸ ili ako razvoj prava ili zahtjev za očuvanjem jedinstvene pravne prakse zahtijeva odluku revizijskog suda (riječ je o pravnom sredstvu koje služi ujednačavanju i racionaliziranju njemačkog prava u građanskim sporovima).¹²⁹

Međutim, bitno je istaknuti da je odredba o vrijednosti osporavajućeg dijela odluke kao ograničavajućeg faktora u ostvarivanju prava na izjavljivanje revizije, prema trenutnom stanju stvari, na snazi do 31. prosinca 2011., a nakon tog datuma revizija bi trebala biti dopuštena bez obzira na vrijednost dijela presude koji se osporava.¹³⁰

Dakle, pravno uređenje revizije u njemačkom pravnom sustavu vrlo je slično izvanrednoj reviziji koja je kod nas uvedena 2003., ali ono najznačajnije po

¹²⁴ Međutim, s obzirom na to da novo uređenje revizije u parničnim postupcima još nije osmišljeno, za očekivati je da će Ustavni sud Republike Hrvatske odgoditi stupanje na snagu ove Odluke.

¹²⁵ Ova vrsta revizije u našem pravnom sustavu odgovara redovnoj reviziji.

¹²⁶ Čl. 543. ZPO-a.

¹²⁷ Čl. 544. ZPO-a.

¹²⁸ Čl. 544. st. 1. ZPO-a.

¹²⁹ Ova odredba ZPO-a bila je predmet ocjene ustavnosti i Federalni Ustavni sud zauzeo je stajalište da je odredba u suglasnosti s ustavnim zahtjevom za pravičnim suđenjem. BVerfG, 8. siječnja 2004., 57 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1371, 1372 (2004). Dostupno na: http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol06No06/PDF_Vol_06_No_06_Articles_909-942_Ruehl.pdf.

¹³⁰ Ruhl, Giesela, op. cit., str. 934. (čl. 26. br. 8. Uvodnog zakona za Zakon o građanskom postupku-Zinführungsgesetz ZPO).

čemu se revizija u njemačkom pravnom sustavu razlikuje jest mogućnost da stranka žalbom ishodi pravo na izjavljivanje revizije jer u hrvatskom zakonodavstvu mogućnost izjavljivanja isključivo ovisi o diskrecionoj ocjeni drugostupanjskog suda bez prava stranke da se za tu odluku "izbori".

Imajući u vidu izloženo, a kako bi se revizija uredila na način da osigura Vrhovnom sudu Republike Hrvatske ostvarivanje svoje ustavne zadaće osiguravanja jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana i time otklonili razlozi neustavnosti odredaba ZPP-a, pri osmišljavanju novog pravnog uređenja revizije u parničnom postupku moglo bi se uzeti u obzir pravno uređenje dopuštanja revizije u povodu žalbe stranke iz njemačkog pravnog sustava kao dopuna postojećem sustavu revizije prema našem ZPP-u.

Prema tom njemačkom sustavu, ako žalbeni sud odbije dati dozvolu za izjavljivanje revizije, stranka ima pravo podnijeti žalbu protiv te odluke (*Nichtzulassungsbeschwerde*) revizijskom sudu. Žalba se može podnijeti u roku od mjesec dana od dana dostave pisanog otpredavanja drugostupanjske odluke, a najkasnije u roku od šest mjeseci od dana objave odluke.¹³¹ Uz žalbu potrebno je priložiti primjerak presude na koju se žalba odnosi.¹³²

Suprotnoj strani revizijski sud dostavlja žalbu uz poziv da se na nju očituje, a nakon toga o žalbi odlučuje rješenjem u kojem se daje kratko obrazloženje, a pod određenim pretpostavkama to obrazloženje može biti i ispušteno.¹³³ Podnošenje žalbe sprječava nastupanje pravomoćnosti odluke koja se žalbom napada. Ona postaje pravomoćna tek kada revizijski sud odbije žalbu. Tek ako i taj sud odbije izdati dozvolu za podnošenje revizije, revizija definitivno nije dopuštena.

No, ako revizijski sud usvoji žalbu postupak se nastavlja kao revizijski i tada započinje postupak u kojem se obrazlaže revizija.¹³⁴

Prethodno je rečeno da bi se u pravcu uređenja revizije na takav način koji bi omogućio Vrhovnom sudu Republike Hrvatske ostvarivanje svoje ustavne zadaće pri osmišljavanju novog pravnog uređenja moglo uzeti u obzir pravno

¹³¹ Žalba se ne mora obrazložiti odmah, ona se može obrazložiti unutar roka od dva mjeseca od dostave, a najkasnije sedam mjeseci od dana objave (čl. 544. st. 2. ZPO-a).

¹³² U obrazloženju se mora jasno navesti po kojem osnovu se traži dozvola za izjavljivanje revizije.

¹³³ Čl. 544. st. 4. ZPO-a.

¹³⁴ Revizija se nakon odobrenja revizije od strane revizijskog suda također obrazlaže u roku od dva mjeseca od dostave odluke kojom se revizija dopušta, s tim da u pogledu mogućnosti i ranijeg obrazlaganja revizije postoje suprostavljena gledišta. Tako, prema Odluci BGH od 7. srpnja 2004., – IV ZR 140/03 (objavljena u časopisu *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004., str. 2981.), revizija odobrena usvajanjem žalbe zbog nedodopuštnja ne mora biti obrazložena tek u roku za obrazlaganje revizije koji započinje dostavom odluke kojom se revizija dopušta (tj. odluke kojom se usvaja žalba zbog nedopuštanja), već obrazloženje može biti dano i prije početka roka za obrazlaganje revizije, primjerice u podnesku kojim se obrazlaže žalba zbog nedopuštanja. Prema nekim drugim stajalištima, takvo obrazlaganje ne bi bilo dopušteno. Tako: Buttner, Hermann, *Begründung der Revision vor ihrer Zulassung durch das Revisionsgericht?*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 49/2004, str. 3526.

uređenje revizije u njemačkom pravnom sustavu pa ovu tvrdnju treba još dodatno pojasniti. Naime, uvođenjem po uzoru na ZPO mogućnosti da i same stranke utječu na pravo na izjavljivanje revizije automatski bi se povećala brojnost revizija i prilika Vrhovnog suda Republike Hrvatske za iznošenjem svojih gledišta, a time bi revizijski sud mogao vratiti svoju ulogu da kao najviši sud osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana.

7. Zaključak

Reviziju kao izvanredni nesuspendivni pravni lijek stranke mogu izjaviti protiv drugostupanjske presude ako:

- 1) vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 100.000,00 kn;
- 2) je ta presuda (kojom je odlučeno o odluci o prestanku ugovora o radu) donesena u sporu koji je pokrenuo radnik protiv odluke o prestanku ugovora o radu te
- 3) je drugostupanjski sud u izreci te presude odredio da je protiv nje revizija dopuštena, što on može učiniti ako ocijeni da odluka u sporu ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja bitnog za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana (izvanredna revizija).

Pri dopuštanju izvanredne revizije najvažnije je voditi računa da nije dozvoljena u sporu male vrijednosti pa ako bude dopuštena i u takvom sporu revizija se odbacuje, a drugostupanjski sud trebao bi omogućavati podnošenje revizije posebno u sljedećim situacijama: a) ako o tom pitanju revizijski sud još nije zauzeo gledište na odjelnoj ili općoj sjednici, a radi se o pitanju o kojemu postoji različita praksa drugostupanjskih sudova; b) ako o tom pitanju revizijski sud još nije zauzeo gledište na odjelnoj ili općoj sjednici, a moglo bi se očekivati da bi u praksi drugostupanjski sudovi mogli imati različita mišljenja; c) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo gledište, ali je odluka drugostupanjskog suda utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno; d) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo gledište i odluka drugostupanjskog suda utemeljena je na shvaćanju koje je podudarno, ali drugostupanjski sud smatra da bi trebalo preispitati sudsku praksu.

S obzirom na to da se revizija izjavljuje protiv drugostupanjske odluke i da revident mora imati pravni interes za izjavljivanje, kada stranka nije podnijela žalbu protiv presude kojom je samo djelomično odlučeno u njenu korist, a podnese reviziju nakon što drugostupanjski sud nije odlučio na njenu štetu, odnosno pravna korist u odnosu na tu stranku ostane neizmijenjena, ta stranka nema pravo izjaviti reviziju.

U reviziji stranke mogu iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze samo ako se oni odnose na povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se revizija može izjaviti. Iznesu li stranke nove činjenice ili predlože nove dokaze koji se ne odnose na povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se

revizija može izjaviti, sud te činjenice i dokaze neće uzeti u obzir pri odlučivanju o utemeljenosti revizije.

U povodu revizije revizijski sud nema ovlaštenja po službenoj dužnosti provjeravati postoji li neki od revizijskih razloga, već isključivo o navodima stranke, ovisne granice ispitivanja napadane odluke. Zbog toga, ako stranka dovoljno određeno ne navede razloge zbog kojih reviziju izjavljuje, revizija se odbacuje.

Protiv rješenja revizija je dopuštena: (1) ako je rješenje donio drugostupanjski sud, s tim da onda kada o nekom pravnom pitanju viši sud prvi odluči, on zbog toga nije prvostupanjski sud, već drugostupanjski; (2) ako je tim rješenjem postupak pravomoćno okončan; (3) ako se radi o sporu u kojem bi revizija inače bila dopuštena protiv drugostupanjske presude. Pri tome se supsidijarno primjenjuju odredbe o reviziji protiv presude.

Ipak, revizija je uvijek dopuštena protiv: (1) rješenja drugostupanjskog suda kojim se podnesena žalba odbacuje i (2) rješenja kojim se potvrđuje rješenje prvostupanjskog suda o odbacivanju revizije.

8. Literatura

1. Buttner, Hermann, Begründung der Revision vor ihrer Zulassung durch das Revisionsgericht?, *Neue Juristische Wochenschrift*, 49/2004.
2. Dika, Mihajlo, Prijelazni režim prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003., *Informator*, broj 51800-5181, od 29. listopada i 01. studenoga 2003.
3. Dika, Mihajlo, Vrijednost predmeta spora, *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003.
4. Eraković, Andrija, Revizija po dopuštenju drugostupanjskog suda, *Pravo i porezi*, Zagreb, broj 12/07.
5. Grbin, Ivo, Revizija, u: *Novote u parničnom postupku*, *Pravo* 42, Organizator, Zagreb, 2003.
6. Grbin, Ivo, Pravni lijekovi u parničnom postupku, *Inženjerski biro*, Zagreb, *Hrvatska pravna revija* broj 2/04.
7. Janevski, Arsen, O dopuštenosti revizije u parnicama iz radnih odnosa po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Vol. 56. No. 2-3. 2006.
8. Kačer, Hrvoje, Odluka Ustavnog suda RH o ukidanju tzv. revizijskih ograničenja iz ZPP-a, *Pravo i porezi*, Zagreb, broj 4/07.
9. Kunze, Axel, Major Changes in the German Civil Procedure Code, *International Legal Practitioner*, Vol. 27., 3/02.
10. Lindner, Richard, Fehlen des Tatbestandes im Berufungsurteil – Zulassungsgrund für die Revision?, *Neue Juristische Wochenschrift*, 46/2003.
11. Nassal, Wendt, Irrwege, Wege, – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19/2003.
12. Spiecker, genant Dohmann, Indira, Rethinking Judicial Review, The latest Decision of the Plenum of the Federal Constitutional Court, *Public Law, German Law Journal* No. 10., 2003.

13. Potočnjak, Željko, *Prestanak ugovora o radu*, u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Organizator, Zagreb, 2007.
14. Prancić, Vicko, *Revizija po dopuštenju drugostupanjskog suda*, *Pravo u gospodarstvu*, Vol. 43, No. 1, 1-192, Zagreb, 2004.
5. Ruhl, Giesela, *Preparing Germany for the 21st Century: Reform of the Code of Civil Procedure*, *German Law Journal*, Vol.6., br.6., 2005. Dostupno na: http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol06No06/PDF_Vol_06_No_06_Articles_909-942_Ruehl.pdf
16. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, *Narodne novine*, Zagreb, 2004.

Summary

A REVISION ON POINTS OF LAW IN THE LIGHT OF THE MOST RECENT CIVIL PROCEDURE ACT AMENDMENTS (CPA/03) AND CORRESPONDING COURT PRACTICE

The author in the article gives an overview of positive legal regulation of the institute of revision on points of law in civil procedure together with dilemmas emerging during its practical implementation. Court decisions concerning this problemacy have also been presented paying special attention to court's holding. Following the example of German legislation a solution has been offered according to which this legal area could be regulated. In this way we could eliminate causes, which make Civil Procedure Act provisions on conditions for filing a request for revision on points of law unconstitutional. In other words, this would make possible for the Supreme Court of the Republic of Croatia to exercise its constitutional role of securing uniform application of laws and equality of citizens.

Key words: *revision on points of law, extraordinary revision on points of law, value of the subject matter of the dispute, benefitio novorum.*

Zusammenfassung

REVISION IM LLCHTE DER LETZTEN ÄNDERUNGEN UND ERGÄNZUNGEN DES GESETZES ZUM GERICHTSVERFAHREN (ZPP/03) UND DIE SICH DARAUF GRÜNDENDE GERICHTSPRAXIS

Die Autorin berichtet über die Regelung des Instituts Revision im Gerichtsverfahren nach dem positiven Recht sowie den Problemen, die bei deren praktischer Anwendung auftauchen. Es werden Gerichtsentscheidungen

aufgezeigt, die sich mit dieser Problematik beschäftigen sowie die in ihnen vertretenen Auffassungen, und es werden nach dem Vorbild deutscher Gesetzgebung Lösungen angeboten wie dieses Rechtsgebiet *de lege ferenda* reguliert werden könnte. Damit wären die Gründe für die Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen aus dem Gesetz zum Gerichtsverfahren aus dem Wege geräumt, die die Bestimmungen zur Revisionseröffnung regeln bzw. würde es dem Obersten Gerichtshof der Republik Kroatien ermöglicht, die Verfassungsaufgabe der Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes und der Gleichberechtigung aller Bürger zu realisieren.

Schlüsselwörter: *Revision, außerordentliche Revision, Streitwert, benefitio novorum.*

Sommario

LA REVISIONE ALLA LUCE DELLE ULTIME MODIFICHE ED INTEGRAZIONI DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO (ZPP/03) E DELLA CONSOLIDATA GIURISPRUDENZA SUL PUNTO

L'autrice offre nel contributo una rassegna della disciplina positiva dello strumento della revisione nel procedimento contenzioso unitamente alle questioni, che sorgono circa la sua applicazione pratica. Si segnalano le decisioni giurisprudenziali, che si occupano di questo problema, come pure gli orientamenti a tale proposito seguiti; altresì, secondo il modello della legislazione tedesca, è offerta una posizione, che, offrendo una soluzione *de lege ferenda* potrebbe regolare detto ambito. In questo modo, verrebbero rimosse le cause di illegittimità costituzionale della legge sul procedimento contenzioso, le quali regolano le condizioni per lo svolgimento della revisione, ovvero si consentirebbe alla Suprema Corte della Repubblica di Croazia di realizzare il compito costituzionale di garante di un'applicazione univoca delle legge e dell'uguaglianza dei cittadini.

Parole chiave: *revisione, revisione straordinaria, valore dell'oggetto della controversia, benefitio novorum.*

POSJEDOVNA VOLJA

Mr. sc. Petar Radošević, dipl. iur.
Zagreb

UDK: 347.235
Ur.: 7. ožujka 2008.
Pr.: 25. rujna 2008.
Stručni članak

U radu autor analizira voljnu sastavnicu posjeda (posjedovnu volju), s posebnim naglaskom na problem postojanja posjedovne volje kod objektivne koncepcije posjeda (tzv. njemačke moderne koncepcije). Nakon analize većeg broja pozitivnih i povijesnih pravnih poredaka dolazi se do zaključka da i objektivno koncipirani posjed zahtijeva postojanje posjedovne volje kod posjednika, samo što se to izričito ne naglašava, već je ta volja implicirana u pojmu faktične vlasti. Nakon uvida u kvalitete koje se od te volje zahtijevaju, autor izvodi zaključak da je ona po svojoj prirodi animus possidendi, tj. volja jednostavno posjedovati. Za razliku od posjedovne volje čije postojanje (većinom) zahtijeva subjektivna koncepcija posjeda, koja mora biti volja posjedovati kao vlasnik (animus domini). Nakon provedenog istraživanja autor je zaključio da se po pitanju voljnog elementa posjeda kao jedina konstantna razlika između subjektivne i objektivne koncepcije ukazuje jedna nomotehnička razlika: zahtijeva li se (u zakonskim tekstovima i pravnoj znanosti) izrijekom postojanje nekog voljnog elementa (subjektivna koncepcija) ili se njegovo postojanje ne zahtijeva izrijekom (objektivna koncepcija).

Ključne riječi: *posjed, posjedovna volja, kvalitete posjedovne volje, pomoćnik u posjedovanju.*

1. Uvod

Kako je iz stručne literature dobro poznato, jedan od konstituirajućih elemenata privatne faktične vlasti, koja se naziva posjed je i određena posjedovna volja. Ovo je svakako nedvojbeno i općeprihvaćeno kod posjeda koncipiranog subjektivno, ali bi moglo izazvati određene nesuglasice kada je riječ o objektivno koncipiranom posjedu, kakav je prihvaćen i u hrvatskom pravu¹. Naime, poznato

¹ Svjesni smo prigovora da se u našoj pravnoj doktrini govori o koncepciji posjeda, a zapravo je riječ o konstrukciji posjeda (Gavella, Nikola: O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio

je (pretjerano pojednostavljeno) gledište jednog dijela znanosti da za postojanje objektivno koncipiranog posjeda dostaje već i sama činjenica držanja stvari u faktičnoj vlasti posjednika, (tzv. *corpus* posjeda), dok se postojanje volje posjednika da posjeduje upravo tu stvar (ili pravo), tzv. *animus* posjeda, redovito minimizira ili čak i potpuno zanemaruje. Zaintrigirani tom odsutnošću spominjanja voljnog elementa, odlučili smo pobliže proučiti ulogu volje pri konstituiranju objektivno koncipiranog posjeda, najviše iz razloga što smatramo notornim da je svako svjesno ljudsko ponašanje upravljano određenom voljom, te da se, sukladno tomu, i za posjedovanje mora zahtijevati nekakva volja posjednika. Tu volju nazvali smo posjedovna volja.

Općenito se može reći da je posjedovna volja onakva volja koja se za egzistenciju posjeda traži u određenom pravnom poretku, odnosno takva volja zahvaljujući kojoj neki subjekt stječe i zadržava takvu privatnu vlast koja se (pravno) kvalificira kao posjed. Njezin sadržaj i pretpostavke koje se zahtijevaju za njezino postojanje bit će predmet obrade u ovom radu.

2. Posjedovna svijest

Posjedovna svijest je vrlo značajan dio sadržaja posjedovne volje, no mora se odmah na početku naglasiti, ona nije nekakav samostalan element posjedovnog odnosa, već je bitan i nerazlučivi dio sadržaja posjedovne volje. U ovom se radu posjedovna svijest analizira u izdvojenom dijelu. To se čini samo radi postizanja veće preglednosti i razumljivosti te ne bi bilo dobro pomisliti da je posjedovna svijest neki samosvojni dio sadržaja posjedovnog odnosa, koji bi bio koordiniran s posjedovnom voljom i *corpusom*, kao njegov treći element.

Posjedovna svijest je nerazlučiva sastavnica posjedovne volje², ali je ipak logički *prius* u odnosu na postojanje posjedovne volje u užem smislu. To jest, može se reći da je posjedovna svijest početni stadij u prirodnom razvoju posjedovne volje, koja kada postoji, čini mogućim stvaranje i posjedovne volje u užem smislu te time nastanak jedne bitne sastavnice posjedovnog odnosa – posjedovne volje.

Posjedovna volja uvijek u sebi uključuje postojanje posjedovne svijesti (svijesti o postojanju posjedovnog odnosa u tom trenutku) ili barem razumno očekivanje da će posjedovni odnos vjerojatno nastati u budućnosti (svijest o budućem posjedovnom odnosu)³.

Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Naša zakonitost, XXXV/1981, br. 4., str. 51. bilj. 2. – dalje u tekstu : Gavella, O posjedu). Ipak, budući da je u hrvatskoj pravnoj znanosti opće prihvaćen termin koncepcija posjeda, koristit će se i u ovom radu.

² Tako i Randa, Anton: *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, IV. izd., Lepizig, 1895., str. 455.

³ *Ibid.* Naravno, unatoč postojanju svijesti o budućem posjedovnom odnosu, on nastaje tek kada se stvarno ispune i sve ostale pretpostavke potrebne za njegov nastanak. Ova je svijest o budućem posjedovnom odnosu pandan posjedovne svijesti kod onoga što se u njemačkoj literaturi naziva općenita volja (*Allgemeiner Wille*). Općenita volja je volja steći posjed na stvarima koje

Ako posjedovna svijest ne postoji, to čini nemogućim i nastanak posjedovne volje u užem smislu, što znači da subjekt kod kojeg nema posjedovne svijesti nikada i ne može biti posjednik. Ovoga su bili i te kako svjesni rimski pravници, koji su navedeni princip izražavali maksimom *ignoranti non acquiritur possessio*⁴.

Odnos faktične vlasti subjekta glede određenog objekta kod kojeg nedostaje posjedovna svijest, obično se u literaturi naziva mehaničko držanje⁵ ili mehanički odnos⁶. Mehanički odnos nije pravni odnos, to je (čisto) faktički odnos za kojeg pravo ne vezuje nikakve posljedice, niti pozitivne, niti negativne po njegovog subjekta. Kako je, dakle, riječ o pravno potpuno irelevantnom odnosu, on ne može biti predmet analize u ovom radu, u kojem se proučava posjedovni odnos, (dakle odnos koji je pravno relevantan).

3. O posjedovnoj volji

Iako je svijest (znanje) bitna pretpostavka za postojanje posjedovne volje te ona ne može postojati bez da je subjekt svjestan svog odnosa prema stvari, njezin je sadržaj puno širi od toga.

Nema posjeda bez volje subjekta da posjeduje. Ovo je načelo toliko jasno i samorazumljivo da mu ne treba posebnog objašnjenja. Priroda čovjeka kao razumnog bića i poštovanje njegove osobnosti nužno uvjetuju da se nikoga ne može proglasiti posjednikom bez njegove volje da ima na stvari vlast koju

dospiju u područje vlasti posjednika, a koje nisu individualno poznate posjedniku, a očituje se osobito u postavljanju posebnih uređaja za primitak stvari, (npr. poštanskih sandučića) v. opširnije Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sv. VI/Sachenrecht, München, 2004. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Münchener Kommentar), str. 21. Tako osoba čiji je poštanski sandučić, stječe posjed na ubačenim pismima, iako ne mora biti svjesna da se neko pismo uopće nalazi u sandučiću. Dovoljno je da je subjekt svjestan da u sandučiću može biti pisama i da ih ima volju posjedovati.

⁴ *Ibid.* Osobito skrećemo pozornost na okolnost da je u rimskom pravu ovo načelo bilo provedeno do krajnjih konsekvencija i da robovi, osobe *alieni iuris* te zastupnici nisu mogli stjecati posjed za svojeg vlasnika, *pater familias* ili zastupanoga bez njegovog znanja (v. opširnije u Romac, Ante: Rimsko pravo, II. izd., Zagreb, 1987., str. 141./dalje u tekstu skraćeno cit.: Romac, Rimsko pravo; Horvat, Marijan: Rimsko pravo, sv. I., Zagreb, 1952., str. 158.). U modernom pravu dopušteno je odstupanje od tog načela u slučajevima stjecanja posjeda posredstvom zastupnika. Tako kada zastupnik (bez obzira je li riječ o zakonskom ili dobrovoljnom zastupniku) stječe posjed za zastupanoga, on to čini čak i kada zastupani nije niti svjestan da je postao posjednik.

⁵ Rajačić, Čedo: Stvarno pravo, predavanja, Zagreb, 1956., str. 34., gdje se navodi da je mehaničko držanje "pravno irelevantno, bez ikakvih pravnih učinaka, nego je čisto fizikalni odnos".

⁶ Vedriš, Martin; Klarić, Petar: Gradansko pravo, IX. izd., Zagreb, 2006., str. 194. "Kod mehaničkog odnosa čovjek se faktično nalazi u odnosu prema stvari, ali on tog odnosa uopće nije svjestan. On za nj naprosto ne zna. ... Budući da u takvim slučajevima uopće nije aktivirana čovjekova volja, takvi odnosi nemaju za gradansko pravo nikakvog značenja. Oni su za gradansko pravo potpuno bez interesa."

pravni poredak kvalificira kao posjed⁷. Pri tomu nije bitno razumije li subjekt u potpunosti točno značenje (pravnog) izraza posjed niti shvaća li kakve se pretpostavke u tom pravnom poretku zahtijevaju za postojanje posjedovne volje. Bitno je samo da subjekt uistinu želi držati neku stvar u svojoj faktičnoj vlasti i to takvoj vlasti koju pravni poredak priznaje za posjed. Iako nužnost postojanja volje za postojanje posjeda izgleda toliko jasna i samorazumljiva (posebice imajući u vidu poštovanje ljudskog dostojanstva, koje zahtijeva da svako ljudsko biće, koje je za to sposobno, samo odlučuje o svojim pravima i obvezama), ipak se čini da je ovaj trenutak kod velikog broja autora, koji se bave objektivno koncipiranim posjedom, nedovoljno istaknut. Stoga je jedan od ciljeva ovog rada razjasniti ulogu voljnog elementa pri postojanju objektivno koncipiranog posjeda.

Velika važnost volje za postojanje posjeda zamijećena je još davno, te je, kao njegov konstitutivni element, volja izdvajana uz bok s faktičnom vlasti na stvari. Tako je bilo i u rimskom pravu, preteći modernih pravnih poredaka Europe, koje je razlikovalo dva konstitutivna elementa posjeda: faktičnu vlast (*corpus*) i volju (*animus*)⁸. Zbog velikog ugleda rimskog prava ova je konstrukcija posjedovnog odnosa stoljećima primjenjivana kao jedina ispravna i moguća te je pod njenim utjecajem u 19. stoljeću stvorena (moderna) subjektivna koncepcija posjeda.

Točne kvalitete volje čije je postojanje zahtijevalo rimsko pravo nisu nam danas poznate. Iako moderna subjektivna koncepcija posjeda zahtijeva da posjednik želi posjedovati stvar kao da joj je vlasnik, (tzv. *animus domini*), vrlo je upitno je li volja takve kvalitete bila zahtijevana i u rimskom pravu. Dapače, čini se da to nije bio slučaj. Naime, iz sačuvanih fragmenata rimskih pravnika vidi se da se nije koristio izraz *animus domini*⁹, već su se rabili izrazi *animus rem sibi habendi* (u prijevodu “volja imati stvar za sebe”, ali kako se čini, ne nužno kao vlasnik; moguće je da je *animus rem sibi habendi* mogao imati i onaj tko nije pretendirao da je vlasnik stvari) te *animus possidendi* (volja jednostavno posjedovati). Izraz *animus domini* potječe tek iz postklasičnog perioda rimskog prava, a pogotovo ga se često može naći u Justinijanovom pravu. Čini se da je pravo stoljećima nakon rimskog razdoblja podjednako koristilo sve navedene izraze te da su u skladu s tim razni pravni poretki (ovisno kojem izrazu bi se priklonili), tražili različite kvalitete volje posjednika da bi neku vlast okvalificirali

⁷ Iznimka je nasljednički posjed koji se stječe *ipso iure*, isto kao i nasljedno pravo. Ali, nasljednik se može odreći nasljednog prava, a time i nasljedničkog posjeda. O nasljedničkom posjedu v. opširnije u Vežić, Vid : Nasljednički posjed, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb, 1997.; Vizner, Boris: Posjed nasljednika po našem novom Zakonu o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, Pravni život, 5/1980.

⁸ *Pauli, Sent. 5,2,1* “*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.*” “Posjed stječemo i voljom i fizički, s tim što volja mora biti naša, a fizička prisutnost naša ili nekoga drugoga.” (cit. i prijevod: Romac, Ante: Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973./u tekstu dalje skraćeno cit.: Romac, Izvori/, str. 209.).

⁹ Postoje i mišljenja da bi izraze na grčkom, na koje se pozivao Savigny, tvorac moderne subjektivne koncepcije posjeda, ispravnije bilo prevoditi s *animus dominantis* (Eccius, M. F.: Preußisches Privatrecht, VI. izd., I. sv., Berlin, 1892., str. 35.).

kao posjed. Tek početkom 19. stoljeća dolazi do prevage učenja da posjed mora u sebi implicirati volju držati stvar kao vlasnik (*animus domini*). Posebno je važno naglasiti da i oni pravni poredci koji zahtijevaju posjedovnu volju drugačije kvalitete (volju samo posjedovati: *animus possidendi*, *animus rem sibi habendi*)¹⁰ spadaju (s gledišta prava posjeda) u istu grupu s onim poredcima koji zahtijevaju *animus domini*, tj. u pravne poretke koji posjed koncipiraju subjektivno¹¹. Krajem 19. stoljeća u njemačkoj se doktrini formira nova, navodno potpuno drugačija koncepcija posjeda: objektivna koncepcija. U literaturi koja se bavi objektivnom koncepcijom većinom se jasno ističe da se za postojanje posjeda traži faktična vlast na stvari, dok se uloga volje (često) minimizira¹².

Prije analize kvaliteta koje posjedovna volja mora imati, bilo bi dobro pogledati kakve zahtjeve glede postojanja posjedovne volje postavlja nekoliko pozitivnih pravnih poredaka (uključujući i hrvatsko pravo).

U francuskom građanskom zakoniku (CC), postojanje volje se ne spominje izriječno kao konstitutivni element posjeda¹³, ali doktrina ga bespogovorno traži, uz konsenzus da je riječ o *animus domini* (*à titre de propriétaire*)¹⁴. Posjednik se mora željeti sa stvari ponašati kao da je njezin vlasnik, isključujući sve ostale subjekte iz posjeda te stvari. U *animusu* se mora vidjeti pretenzija na naziv vlasnika, potvrđivanje njegovog prava vlasništva (pa čak i ako ga u stvari nema). Kako se vidi, francusko pravo je (više pod utjecajem doktrine nego zakonskog teksta) usvojilo koncepciju posjeda koja traži *animus domini* u njegovom najčišćem obliku. I građanski zakonik kanadske provincije Quebec (CCQ), koji je inače pod utjecajem francuske pravne misli, uređuje posjed u skladu sa subjektivnom koncepcijom, i to tako da (za razliku od CC) izričito

¹⁰ Ne treba se posebno niti naglašavati da, ako je za postojanje posjeda dovoljno samo željeti posjedovati, onda posjed postoji i kada subjekt želi posjedovati kao vlasnik. Znači, tamo gdje je dovoljan *animus possidendi*, posjednik može imati i *animus domini*. Obrnuto naravno ne vrijedi.

¹¹ Da se i pravni poredci koji ne zahtijevaju *animus domini*, već samo *animus possidendi* (odnosno *animus rem sibi habendi*) ubrajaju u subjektivno koncipirane poretke, vidi se i po tomu što se i rimsko pravo svrstava u prava koja subjektivno koncipiraju posjed, kao i prusko pravo po ALR-u, koje također ne zahtijeva *animus domini*, već se zadovoljava s *animus rem sibi habendi* (I.7§3 Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten /ALR/ “*Absicht für sich selbst zu Verfügten*” – cit. prema Evelt, Joseph: Das Preußische Civilrecht, II. izd., Paderborn, 1860., str. 98.; isto i Eccius, o.c., str. 34.). I Savigny (Savigny, Friedrich Carl: Das Recht des Besitzes, VII. izd., Beč, 1865., str. 246.) priznaje da u nekim slučajevima postoji posjed, iako postoji samo *animus possidendi*.

¹² Tako npr. Šmalcelj, Želimir: Što se izmijenilo zakonom o osnovnim vlasničkopравnim odnosima?, Odvjetnik, 1981., br. 9-10, str. 24.

¹³ Relevantna odredba čl. 2228. CC glasi: “Posjed je detencija ili korištenje stvari ili prava, koju držimo ili koje vršimo sami ili pomoću nekog drugog koji drži stvar ili vrši pravo u naše ime” (“*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.*”).

¹⁴ Tako npr. Carbonnier, Jean: Droit civil, sv. III., Les Biens, Pariz, 1983.-1985., str. 176.; Cornu, Gerard: Droit civil, II. izd, sv. I., Pariz, 1984.-1985., str. 423.; Krneta, Slavica: Posjed, u Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, sv. II., Beograd, 1978., str. 1015.

naglašava potrebu voljnog elementa za konstituiranje posjeda. Ipak, i na ovom primjeru potvrđuje se gore iznesen zaključak kako subjektivna koncepcija nije potpuno jedinstvena u pogledu zahtjeva za kvalitetom svoje voljne sastavnice. Tako CCQ u svojem članku 921., definira posjed kao faktično izvršavanje, samostalno ili putem neke druge osobe koja drži stvar, nekog stvarnog prava kojeg smatramo nositeljima te u stavku 2. istog članka napominje da se ta volja presumira, a ako nedostaje postoji detencija¹⁵. Osobito treba istaknuti činjenicu da se ne zahtijeva volja posjedovati kao vlasnik (*animus domini*), već volja posjedovati u svojstvu ovlaštenika bilo kojeg stvarnog prava (jedna od varijanti *animus possidendi*, koja ipak zahtijeva se posjedovati u svojstvu ovlaštenika stvarnog, a ne nekog drugog prava). Tako se po pravu Quebeca plodouživatelj smatra posjednikom, iako očito nema *animus domini*, već samo *animus possidendi*.

Austrijsko pravo, izričitom odredbom austrijskog građanskog zakonika (ABGB), zahtijeva da posjed sadrži dvije komponente, pri čemu kao voljnu komponentu izričekom navodi *animus domini*. Tako ABGB određuje da se onaj tko ima kakvu stvar u svojoj vlasti ili sahrani zove njezin držalac te dodaje da ako držalac stvari ima volju zadržati je kao svoju, tada je njezin posjednik¹⁶. Nema nikakve dvojbe da se u austrijskom pravu zahtijeva *animus domini*, dakle volja posjednika da stvar posjeduje za sebe, u njenom totalitetu¹⁷.

Zakoni koji posjed koncipiraju objektivno ne sadrže nikakve odredbe o posjedovnoj volji¹⁸. Upravo to i jest razlog da neki autori, zbog nedostatka izričitih odredaba, smatraju da objektivna koncepcija posjeda ne zahtijeva postojanje nikakve posjedovne volje. Ipak, većina doktrine smatra drugačije. Danas je opće prihvaćeno da “vlast implicira volju vladati” te da je “volja izvršavati za sebe neku vlast implicirana u posjedovanju”¹⁹. Dakle, nije sporno da i objektivna koncepcija posjeda zahtijeva (barem nekakvu) posjedovnu

¹⁵ “*La possession est l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire. Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention.*” (Čl. 921.CCQ).

¹⁶ “*Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.*“ (§309. ABGB).

¹⁷ Randa, o.c., str. 456.; Stubenrauch, Moritz von: *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, sv. I., Beč, 1854., str. 631.

¹⁸ Odredbe kojima se određuje što je to posjed u nekima od zakona koji usvajaju objektivnu koncepciju glase: “Posjed ima onaj koji ima stvarnu vlast na stvari” (*Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession.* čl. 919. st. 1. Švicarskog građanskog zakonika /ZGB/); “Posjed stvari se stječe stjecanjem stvarne vlasti na stvari” (*Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.* Njemački građanski zakonik /BGB/ § 854); “Osoba koja ima faktičnu vlast glede neke stvari, njezin je posjednik.” (čl. 10. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske /ZV/ – NN 91/96., 68/98., 137/99-USRH, 22/00.-USRH, 73/00., 114/01., 79/06., 141/06.). Kako se vidi niti u jednom od navedenih zakonskih tekstova izričekom se ne spominje postojanje posjedovne volje.

¹⁹ Gavella, Nikola: O posjednikovoj volji, obzirom na uređenje posjedovanja zasnovano na objektivnoj koncepciji posjeda, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 4/1983 (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella, O posjednikovoj volji), str. 131.; Gavella, O posjedu, str. 54.

volju²⁰. Ta se volja, koja je implicirana u pojmu objektivno koncipiranog posjeda, naziva u znanosti prirodnom voljom²¹. Prirodna volja u pravilu se određuje negativno – kao ona koja nije pravno relevantna²². Ova negativna definicija prirodne volje ne govori još ništa o njezinom sadržaju. Ipak, pozornim čitanjem literature može se saznati nešto više o kvaliteti te prirodne volje. Tako se u hrvatskom pravu kaže da prirodna volja po svojem sadržaju “ne mora, iako može biti takva da ona (tj. posjednik – prim. P.R.) tu stvar tretira kao svoju”, ali i da “može to biti i njezina volja da uzme stvar, kako bi izvršavala neku drukčiju, makar i sasvim ograničenu svoju vlast glede te stvari (npr. kao posudovnik, kao depozitar, kao zakupac stvari i sl.)²³”. Kako se iz navedenog vidi, prirodna volja nije po svojem sadržaju u stvari ništa drugo doli *animus possidendi*²⁴.

Nakon ovog (sumarnog) pregleda zahtjeva, koje za postojanje i valjanost posjedovne volje postavljaju neki suvremeni pravni poretki, može se pristupiti analizi kvaliteta koje se od nje zahtijevaju ili bi se mogle zahtijevati. Kvalitete koje će se ispitivati su pravna relevantnost, društvena relevantnost, trajnost i isključivost.

4. Kvalitete posjedovne volje

a) Pravna relevantnost. Pitanje na koje će se ovdje pokušati dati odgovor jest: je li nužno da volja koja se zahtijeva za posjedovanje bude pravno relevantna, odnosno drugim riječima, mora li ispunjavati sve pretpostavke koje

²⁰ Tako i Flegar, Vladimir: Posjed i njegova zaštita, Zakonitost, 9-10/1990., str. 1135.; Žuvela, Mladen: Vlasničkopravni odnosi, Zagreb, 1996., str. 309.; Münchener Kommentar, str. 21.; Gavella, Nikola: Stjecanje posjeda stvari u našem pravnom sistemu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1983., str. 337.; Stojanović, Dragoljub: Novi koncept državnine, Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu, šk. god. 1979./80., Kragujevac, 1981., str. 87.

²¹ Münchener Kommentar, str. 21. (“*Natürlicher Wille*”); Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan: Stvarno pravo, Zagreb, 1998. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella et al.), str. 114., 130. i sl.

²² *Ibid.*

²³ Gavella et al., o.c., str. 130. Istu misao Gavella izražava i na drugom mjestu (Gavella, O posjednikovoj volji, str. 131.), gdje stoji: “Dovoljna je i njegova volja da za sebe izvršava neku parcijalnu vlast u pogledu stvari (da ju posjeduje kao posudovnik, najmoprimac, plodouživalac itd.)”.

²⁴ Navedeno sigurno vrijedi za hrvatsko pravo, ali vjerujemo da bi bilo vrlo teško (ako ne i nemoguće) pronaći bilo koji pravni poredak koji usvaja objektivnu koncepciju posjeda, a kod kojeg bi se tražila posjedovna volja drugačijeg sadržaja. Ovo stoga što zakoni koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda (gotovo kao pravilo) ne govore ništa o kvaliteti i sadržaju prirodne volje (pa je tako čak i naziv “prirodna volja” kreacija znanosti, budući da se u zakonima nigdje niti ne spominje potreba postojanja posjedovne volje). Ali, ako za postojanje posjeda mora postojati (barem nekakva) posjedovna volja te ako nije posebno propisano kakve kvalitete ona mora biti (kao što je to uvijek izrijeком propisano kada se traži *animus domini*), onda se jedino može zaključiti da posjedovna volja mora po svom sadržaju biti – volja jednostavno posjedovati (*animus possidendi*).

pravni poredak zahtijeva da ispunjava volja kojom se poduzimaju pravni poslovi.

U rimskom pravu nije (kako se čini) postojala suglasnost oko pitanja mogu li osobe koje nemaju pravno relevantnu volju samostalno stjecati posjed ili to mogu činiti putem tutora (znači, zakonskog zastupnika)²⁵. Ipak, čini se da je već i u rimsko doba vladala ideja da postojanje pravno relevantne volje nije pretpostavka za stjecanje posjeda, jer je posjed faktično, a ne pravno pitanje te se u skladu s time za valjanost posjedovne volje nisu tražile iste pretpostavke kao i za postojanje pravno relevantne volje²⁶. Izgleda da je u rimskom pravu bilo dovoljno da osoba koja stječe posjed bude svjesna značenja svojih čina, tj. da (faktično) može shvatiti značenje svoje radnje (da shvaća kako tom radnjom stječe faktičnu vlast na stvari – posjed).

ABGB određuje da posjed ne mogu samostalno stjecati djeca do sedam godina starosti i odrasli koji nemaju upotrebu razuma. Ove osobe mogu posjed stjecati jedino putem svojih zakonskih zastupnika²⁷. *Arg. a contrario*, osobe starije od sedam godina mogu samostalno stjecati posjed, tj. priznaje im se valjana posjedovna volja. Nužno je podsjetiti da je i po ABGB (§ 21. st. 2.), isto kao i po današnjem Obiteljskom zakonu RH, dob stjecanja punoljetnosti postavljena na 18 godina starosti. Kako se iz iznesenog vidi, po ABGB-u posjedovna volja ne mora biti pravno relevantna, te ju valjano mogu imati i djeca starija od sedam godina, te osobe kojima je ograničena poslovna sposobnost (npr. rasipnici)²⁸.

Njemačko pravo, iako BGB nema o tomu izričitih odredbi, također ne zahtijeva da posjednik ima pravno relevantnu volju. Stoga posjedovati mogu i subjekti koji su ograničeno poslovno sposobni, kao i oni koji su poslovno nesposobni²⁹.

Isto je gledište i hrvatskog prava, po kojem se također ne traži da prirodna (posjedovna) volja ispunjava neke posebne pretpostavke. U literaturi se navodi³⁰

²⁵ V. opširnije u Radošević, Petar: Građa posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda, magistrarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 2007., str. 43. i tamo navedena literatura.

²⁶ *D. 41,2,1,3 Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum "Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant."* "Međutim, Ofilije i Nerva sin smatraju da maloljetnik može i bez tutorova odobrenja započeti posjedovati jer je to faktično, a ne pravno pitanje. To se mišljenje može prihvatiti ako je maloljetnik u tim godinama da može shvatiti o čemu se radi." (cit. i prijevod prema Romac, Izvori, str. 211.). *Impuberes infantia maiores* (od sedme godine do punoljetnosti) mogli su samostalno steći posjed ako su bili svjesni značenja tog čina (Romac, Rimsko pravo, str. 146.).

²⁷ "Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahre, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, können – außer in den Fällen des § 151 Abs. 3 – Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben. Im übrigen ist die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb gegeben." (§ 310. ABGB).

²⁸ Rajačić, o.c., str. 11.

²⁹ Münchener Kommentar, str. 21.

³⁰ V. npr. Gavella et al., o.c., str. 126. i sl.; Gavella, O posjednikovoj volji, str. 136. i sl.

da za postojanje posjeda dostaje, tzv. prirodna volja, o kojoj je bilo više riječi ranije.

Dakle, može se zaključiti da (barem kako se čini nakon analize izloženih pravnih sustava), niti objektivna (njemačko i hrvatsko pravo), niti subjektivna (rimsko i austrijsko pravo) koncepcija posjeda ne zahtijevaju kao nužnu pretpostavku da posjedovna volja posjeduje one kvalitete koje mora posjedovati pravno relevantna volja.

b) Društvena relevantnost. Jedna od karakteristika posjedovne volje jest i njezina društvena relevantnost. Iako, kako se vidi iz prethodnog izlaganja, posjedovna volja ne mora biti pravno relevantna, ona nužno mora biti društveno relevantna, tj. mora se priznavati i uvažavati u društvu. Ovo je nužna posljedica same prirode posjeda, koji je faktična vlast, i kao takav društvena realnost. Da bi neku vlast pravni poredak priznavao kao posjed, ta vlast mora biti (u pravilu) vidljiva i uvažavana od ostalih subjekata kao privatna vlast određenog pojedinca glede određenog objekta. Logična posljedica toga je i da posjedovna volja koju izražava posjednik svojim činima bude poštovana i priznavana kao društveno relevantna pojava.

Upravo je društvena relevantnost glavna kvaliteta koja se traži od posjedovne volje³¹, i kod subjektivne, i kod objektivne koncepcije posjeda.

Očito je da volja poslovno sposobnih subjekata (pravno relevantna volja) mora biti priznavana i uvažavana od strane ostalih subjekata u društvu (ako zbog ničeg drugog onda zato što tu volju štiti i pravni poredak i prisilnim sredstvima ako je potrebno), te je kao takva ujedno i društveno relevantna³².

S druge, pak strane, društvena relevantnost volje osobe koja nema poslovnu sposobnost ovisi o shvaćanju okoline te se mora procjenjivati od slučaja do slučaja, kao faktično pitanje³³.

c) Trajnost. Jedna od kvaliteta posjedovne volje (koja je posebno izražena kod tzv. *animus domini*) jest njezina trajnost. Trajnost predstavlja vremensku dimenziju posjedovne volje, tj. pod tim pojmom mislimo na takvu orijentaciju volje koja u njoj implicira želju da se neka stvar trajnije drži u svojoj vlasti. Ovo gledište zahtijeva pobliže objašnjenje. Iako je nedvojbeno da posjed može postojati i kroz samo kraći vremenski period te sukladno tomu i posjedovna

³¹ Tako i Gavella (Gavella et al., o.c., str. 126. bilj. 29.) navodi da je prirodna volja (koja se traži za stjecanje posjeda) "ona volja koju se u društvu općenito smatra dovoljnom za uspostavu onakve faktične vlasti glede stvari kakvu se smatra posjedom".

³² U stvari može se reći da subjekti i stječu poslovnu sposobnost tek tada kada njihova volja postane društvena realnost, koju nesumnjivo moraju respektirati svi ostali članovi društva (zbog toga što su navršili određeni broj godina, a nisu duševno zaostali, niti duševno bolesni).

³³ Tako je npr. prilično sigurno da se u svakom društvu volja osobe koja je navršila 17 godina uvažava te da takva osoba može samostalno stjecati posjed. S druge pak strane, jako malo dijete od 3 godine starosti očito nema takvu volju koja bi se uvažavala kao odgovarajuća posjedovna volja, te ne bi moglo samo stjecati posjed. Isto tako, odrasle osobe kojima je poslovna sposobnost ograničena (npr. uslijed lakše duševne zaostalosti, ili neke duševne bolesti) mogu imati posjedovnu volju koja se u društvu uvažava te sukladno tomu same stjecati posjed.

volja može biti usmjerena na posjedovanje kroz kraće vrijeme³⁴, smatramo da posjedovati (u pravilu) implicira volju kroz dulji vremenski period držati stvar u svojoj vlasti. Upravo s obzirom na dimenziju trajnosti postoji velika razlika između pojedinih vrsta posjedovne volje.

Naime, kako se čini, u *animus domini* morala bi biti implicirana volja posjedovati stvar kroz dulje vrijeme. Ovo stoga što ako takva volja ima sadržaj posjedovati kao vlasnik, onda je na mjestu upotreba određene analogije s pravom vlasništva, koje u sebi pretpostavlja stanovitu dimenziju trajnosti, veću nego kod velike većine drugih prava (podsjetimo da je pravo vlasništva nezastarivo te vlasnik ostaje vlasnik dok netko drugi ne stekne pravo vlasništva njegove stvari, ili dok se on sam tog prava ne odrekne).

Suprotno tomu, *animus rem sibi habendi* i *animus possidendi*, u sebi (nužno) ne impliciraju toliku trajnost posjedovanja. Ako netko naime želi (samo) posjedovati stvar, odnosno imati ju za sebe, on to može željeti kao ovlaštenik bilo kojeg stvarnog (ili nekog drugog, npr. obveznog) prava, koje u sebi implicira posjedovanje te stvari samo kroz određeno vrijeme. Želimo reći da kod ova dva oblika volje postoji mnogo veća vjerojatnost, nego kod *animusa domini* da će posjednikova volja implicirati posjedovanje samo kroz unaprijed poznati, točno određeni vremenski period³⁵. Sve rečeno za *animus possidendi* odnosi se i na kvalitetu trajnosti prirodne volje, koja se traži u objektivnoj koncepciji posjeda.

Kako se iz iznesenog vidi, razne vrste posjedovne volje koje se traže u pravnim sustavima, koji pripadaju subjektivnoj koncepciji posjeda, međusobno se razlikuju po impliciranoj dimenziji trajnosti. S druge strane, opažaju se identičnosti između nekih pravnih sustava koji pripadaju subjektivnoj koncepciji (onih koji usvajaju *animus possidendi*), i onih koji pripadaju objektivnoj koncepciji.

d) Isključivost. Pod isključivosti (ili ekskluzivitetom, kako se još može nazvati ova osobina posjedovne volje), podrazumijevamo takvo psihološko usmjerenje posjednika da on želi potpuno sam posjedovati stvar, uz isključenje svih drugih subjekata od posjedovanja te stvari.

Kako se u literaturi navodi, ono što ovdje zovemo isključivost jedna je od bitnih karakteristika one vrste posjedovne volje koja je poznata pod nazivom *animus domini*³⁶. Posjednik koji ima *animus domini* želi sam posjedovati stvar.

³⁴ Npr. preprodavač ima nedvojbeno posjedovnu volju te mu se priznaje svojstvo posjednika, ali njegova je volja usmjerena na to da što kraće posjeduje stvari, odnosno da ih što prije preproda. Čak i kada on uspije preprodati te stvari (i prenijeti u posjed kupcu) u zanemarivo kratkom vremenu (npr. nekoliko minuta) on je svejedno kroz to vrijeme njihov posjednik.

³⁵ Npr. i najmoprimac može imati *animus possidendi* unajmljenog stana. On će u pravilu željeti posjedovati taj stan ne doživotno, već samo kroz vrijeme koliko mu traje ugovorni odnos najma.

³⁶ Gavella, Nikola: Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella, Posjed), str. 7.: "...da ima potpunu vlast u pogledu te stvari (*animus domini*)"; Carbonnier (o.c., str. 176.): "*Animus*, po najprihvaćenijem mišljenju, je *animus domini*, volja ponašati se sa stvari kao vlasnik, apsolutistički i trajno, bez da se ikome mora polagati račune niti popravljati šteta." ; Cornu (o.c., str. 423.) "Inspiriran posesivnim duhom, pokretan željom za prisvajanjem, posjednik je pretendent za naziv vlasnika.", te dalje (Cornu, o.c., str. 447.) "Posjednik ima *animus domini*... želju za prisvajanjem koja je negacija tuđeg prava."

Njegova je volja isključiva i netolerantna prema drugim subjektima i njihovim (možebitnim) vlastima na toj stvari. Kod *animusa domini*, posjednik je svojevrsni diktator koji ne dopušta nikakvu konkurenciju glede vlasti na stvari niti tu vlast želi s ikim dijeliti. Na ovom se mjestu mora napomenuti da je isključivost faktična kvaliteta volje te ne ovisi o nikakvim pravnim pretpostavkama. Osobito je važno da kvaliteta isključivosti volje ne ovisi o tzv. *opinio domini*, tj. uvjerenju posjednika da on uistinu i jest vlasnik posjedovane stvari i da ga to njegovo pravo ovlašćuje isključiti sve druge od posjedovanja svoje stvari. I onaj tko pouzdano zna da mu ne pripada nikakvo pravo na stvari (npr. kradljivac) ipak može željeti sam posjedovati stvar u njenoj ukupnosti, odnosno, može imati *animus domini*.

S druge, pak, strane, kod *animus possidendi*, gdje posjednik želi samo posjedovati neku stvar, nije na isti način implicirano da posjedovna volja mora isključivati vlasti drugih subjekata glede tog istog objekta. Posjednik želi posjedovati stvar u nekom svojstvu (kao vlasnik ili ovlaštenik nekog drugog prava, ili jednostavno posjedovati da bi tek stekao neko pravo), ali tolerira i tuđe vlasti na toj stvari. Tako je moguće da na istoj stvari više subjekata ima više posjeda.

Kako se vidi, o intenzitetu kvalitete isključivosti koja se zahtijeva od posjedovne volje u pojedinom pravnom poretku ovisi hoće li biti moguće (i dopušteno) postojanje, tzv. stupnjevito posjeda te je takvu konstrukciju posjeda moguće (makar teoretski) zamisliti jedino u sustavima koji zahtijevaju *animus possidendi*, a nikada u onima gdje se traži *animus domini*.

Iako karakteristika isključivosti ima najveću ulogu u sustavima koji pod posjedovnom voljom podrazumijevaju *animus domini*, ona niti u poretcima koji posjed koncipiraju objektivno nije bez značenja.

Naime, ovisno o intenzitetu te kvalitete volje, pravi se razlika između tzv. samostalnog i nesamostalnog posjeda³⁷ (poznatog i pod nazivima vlasnički i nevlasnički posjed)³⁸. Svi pravni poretki, neovisno o tomu koju koncepciju posjeda usvajaju, prave razliku među posjedima ovisno o vanjskoj vidljivosti intenziteta osobine isključivosti posjedovne volje te (redovno) postavljaju presumpciju da je svaki posjed isključiv (samostalan, vlasnički) dok se ne dokaže suprotno³⁹.

³⁷ “Tko stvar ili pravo posjeduje priznajući višu vlast posrednoga posjednika, nesamostalni je posjednik; tko stvar posjeduje kao da je njezin vlasnik ili posjeduje pravo kao da je nositelj toga prava – samostalni je posjednik. (čl. 11. st. 1. ZV); “Tko posjeduje stvar kao da mu pripada zove se samostalni posjednik.” (*Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.* BGB § 872). Nesamostalni posjed se u njemačkom pravu inače naziva *Fremdbesitz*.

³⁸ U pruskom ALR razlikuje se potpuni i nepotpuni posjed (*vollständiger Besitz / unvollständiger Besitz*). Kod potpunog posjeda posjednik posjeduje stvar kao da je njegova, kod nepotpunog priznaje vlasništvo drugoga, ali ima *animus rem sibi habendi*. V. opširnije Evelt, o.c., str. 97. i sl.

³⁹ “Posjed će se smatrati samostalnim, ako se ne dokaže suprotno.” (čl. 11. st. 2. ZV). Na neki način to proizlazi i iz čl. 930 st. 1. ZGB, gdje stoji “Posjednik pokretnine se smatra njezinim vlasnikom” (*“Le possesseur d’une chose mobilière en est présumé propriétaire.”*). Naime, ako se svaki posjednik pokretnine smatra njezinim vlasnikom, a vlasnik, po logici stvari, ima *animus domini* i ne priznaje ničiju višu vlast, onda se za svakog posjednika pokretnine presumira da ne priznaje ničiju višu vlast. “Uvijek se pretpostavlja da se posjeduje za sebe i u svojstvu vlasnika, ako se ne dokaže da se

Postojanje ove presumpcije je vrlo bitno, jer je opće pravilo da samo oni koji posjeduju ne priznajući ničiju višu vlast mogu steći vlasništvo posjedovane stvari dosjelošću,⁴⁰ tj. oni koji imaju *animus domini*. To je razumljivo jer samo onaj tko posjeduje kao vlasnik pokazuje volju da uistinu i stekne vlasništvo. Onaj tko posjeduje priznajući nečiju višu vlast očito pokazuje kako mu nije stalo postati vlasnik stvari. Navedena presumpcija vrlo je bitna i za zaštitu povjerenja poštenih trećih osoba pri stjecanju vlasništva pokretnina. Kako se za pokretnine ne vode nikakvi javni upisnici, a nema niti drugog načina saznati čije su vlasništvo, pravni poredak postavlja neoborivu predmnjevu da je u odnosu prema poštenom trećem stjecatelju samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik,⁴¹ ⁴² (a svaki se posjednik smatra samostalnim dok se ne dokaže suprotno). Na taj se način štiti pošteni stjecatelj koji je u dobroj vjeri stekao pokretninu od posjednika za kojeg se pokazalo da u stvari nije i njezin vlasnik.

posjeduje za drugog.” (*On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.*” Čl. 2230 CC); “Posjednika se presumira za ovlaštenika stvarnog prava koje izvršava.” (*Le possesseur est présumé titulaire du droit réel qu'il exerce.*” Čl. 928. CCQ – znači tko posjeduje kao vlasnik smatra se vlasnikom).

⁴⁰ “Tko samostalno posjeduje pokretnu stvar deset godina, stječe njeno vlasništvo (dosjelost)” (*Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).*” BGB § 937 st. 1.); “Dosjelošću se stječe vlasništvo stvari samostalnim posjedom te stvari ako taj ima zakonom određenu kakvoću i neprekidno traje zakonom određeno vrijeme, a posjednik je sposoban da bude vlasnikom te stvari.” (Čl. 159. st. 1. ZV); “Onaj tko je u dobroj vjeri i u svojstvu vlasnika mirno i bez prekida kroz pet godina posjedovao tuđu stvar postaje njezin vlasnik dosjelošću.” (*Celui qui de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant cinq ans la chose d'autrui en devient propriétaire par prescription.*” Čl. 728. st. 1. ZGB); “Oni koji posjeduju za drugog nikada ne mogu steći vlasništvo dosjelošću, pa ma koliko dugo posjedovali.” (*Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.*” Čl. 2236 st. 1. CC).

⁴¹ Naravno, uz rezerve koje propisuje čl. 118. ZV (“Tko je u dobroj vjeri stekao samostalni posjed pokretne stvari na temelju naplatnoga pravnog posla sklopljenoga radi stjecanja prava vlasništva s posjednikom kojem ta stvar ne pripada, ili koji nije ovlašten njome tako pravno raspolagati, stekao je vlasništvo te stvari. (st. 1.); Stjecatelj iz stavka 1. ovoga članka, stekao je vlasništvo stvari u trenutku stjecanja samostalnoga posjeda, ako mu je stvar predana u neposredni posjed ili se već otprije nalazi kod njega. Ali, ako mu je stvar predana u samostalni posjed samim očitovanjem volje, on će pravo vlasništva steći tek kad mu bude predana u neposredni posjed (st. 2.); Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednoga posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otudivatelju (st. 3.); Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se ako je stvar njezinu vlasniku ili osobi kojom je on posjedovao bila ukradena, ili ju je izgubio, odnosno zametnuo; osim glede stjecanja gotova novca, vrijednosnih papira na donositelja ili na javnoj dražbi (st. 4.); Prava trećih koja terete pokretnu stvar prestaju stjecanjem vlasništva od otudivatelja kojemu stvar ne pripada; međutim, ne prestaju ona prava trećih za koja je stjecatelj znao da postoje ili je to morao znati u času kad je stjecao vlasništvo (st. 5.)”).

⁴² Tako i čl. 930. st. 1. ZGB; “Svatko može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik, osim ako zna ili je morao znati da nije tako.” (čl. 11. st. 3. ZV); “Za posjednika pokretnine predmnijeva se da je njezin vlasnik.” (*Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei.*” BGB § 1006 st. 1.).

5. Pomoćnik u posjedovanju

Važnost posjedovne volje kod objektivno koncipiranog posjeda može se zorno opaziti analizom instituta pomoćnika u posjedovanju. Ovaj je institut prvi put primijenjen u njemačkom BGB-u te se pronalazi samo u poretcima koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda.

Vlast koju pomoćnik u posjedovanju ima glede objekta nije posjed,⁴³ (iako izgleda kao da jest), i to upravo iz razloga što pomoćnik u posjedovanju nema nikakvu posjedovnu volju⁴⁴.

Pomoćnik u posjedovanju⁴⁵ (*Besitzdiener*) ona je osoba koja neposredno poduzima one čine kojima se izvršava faktična vlast na stvari, ali koja time ne izvršava nikakvu svoju, nego isključivo tuđu faktičnu vlast.⁴⁶ Kako se iz navedene definicije vidi, pomoćnik u posjedovanju, iako izvršava faktičnu vlast na stvari, (tj. drugim riječima ima *corpus*) zbog nedostatka voljnog elementa ne smatra se posjednikom, već se posjednikom smatra onaj za koga on tu vlast izvršava. Iako zakonska definicija ne naglašava izričito odsutnost posjedovne volje kod pomoćnika u posjedovanju, o tomu se može zaključiti pomnijom analizom zakonske odredbe. Ako posjed nema onaj tko ne izvršava nikakvu svoju vlast, iako ima *corpus*, očito je da razlog tomu leži u nedostatku

⁴³ Tako i praksa "Provedeni dokazni postupak potvrđuje da je tužitelj bio u neposrednom posjedu nekretnine, time da je određeno vrijeme posjed vršio i posredovanjem pomoćnika u posjedovanju (čl. 10. st. 2. ZV). Tuženik tvrdi da ga je pomoćnik u posjedovanju uveo u posjed sporne nekretnine očito želeći ukazati na nepostojanje njegovog samovlasnog smetanja posjeda tužitelja (čl. 20. st. 1. ZV). Opisani žalbeni razlog je neosnovan, jer to ne potvrđuje provedeni dokazni postupak, a osim toga pomoćnik u posjedovanju prema odredbi čl. 12 st. 1. ZV nema posjed jer isti ne izvršava nikakvu svoju vlast u odnosu na spornu nekretninu (čl. 12. st. 1.)." Županijski sud Rijeka Gž-328/02 17. 04. 2002. (izvor: baza pravnih podataka *Intellectio Iuris* na internet adresi <http://www.pravnadatoteka.hr/hrv/index.asp>; dalje skraćeno cit.: *Intellectio Iuris*).

⁴⁴ Mora se napomenuti da se u njemačkoj doktrini (Münchener Kommentar, str. 34.) naglašava da i pomoćnik u posjedovanju ima neku volju, koja se naziva "volja za pomaganje u posjedovanju" ("*Besitzdienerwille*"). Iako jest nedvojbeno točno da i pomoćnik u posjedovanju mora imati neku volju (jer je svako smisljeno ljudsko djelovanje upravljano s nekom voljom), ta volja po svom sadržaju nije posjedovna volja (kakva je predmet obrade u ovom radu), već je upravo njezina negacija: pomoćnik u posjedovanju ne želi biti posjednik, on ima volju samo pomagati nekom drugom u posjedovanju.

⁴⁵ Ovaj se naziv u hrvatskoj znanosti i u ZV koristi umjesto (očito neprimjerenog) doslovnog prijevoda riječi *Besitzdiener* – posjedovni sluga. Krneta za ovaj institut koristi naziv "pomoćnik u posjedu" (Krneta, o.c., str. 1020.). Za napomenuti je da se i u njemačkoj znanosti predlaže kao adekvatniji naziv "pomoćnik u posjedovanju" (*Besitzgehilfe*) v. Münchener Kommentar, str. 30.

⁴⁶ Gavella et al., o.c., str. 114.; "Posjed nema onaj tko ne izvršava nikakvu svoju vlast glede neke stvari." (12/1 ZV); "Ako netko izvršava faktičnu vlast na stvari za nekog drugog u njegovom domaćinstvu ili poduzeću ili u nekom sličnom odnosu, zbog kojeg mora slijediti upute tog drugog, samo je taj drugi posjednik." ("*Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer*". BGB § 855). I švicarska praksa poznaje institut pomoćnika u posjedovanju, iako ga ZGB nigdje ne spominje (Gavella, Posjed, str. 35. bilj. 111.). Onaj po čijim uputama postupa pomoćnik u posjedovanju u njemačkoj se doktrini naziva "*Besitzherr*".

psihološkog elementa posjeda. To je implicirano i u zakonskoj odredbi, jer vlast može biti svoja, samo ako subjekt ima volju da je takvom i smatra.

Ipak, ne treba poistovjećivati detentora u subjektivnoj koncepciji posjeda i pomoćnika u posjedovanju u objektivnoj koncepciji posjeda. Iako i kod jednog i drugog nedostaje posjedovna volja, razlika između njih je ogromna. Ona proizlazi iz drugačijih zahtjeva (moderne) subjektivne i objektivne koncepcije u pogledu posjedovne volje. Tako prva traži postojanje *animusa domini*, dok se druga zadovoljava postojanjem prirodne volje, koja, kako se čini, odgovara pojmu *animus possidendi* (volja jednostavno posjedovati). Upravo je, stoga pojam detentora mnogo širi te obuhvaća (osim osoba koje se u objektivnoj koncepciji nazivaju pomoćnicima u posjedovanju) i one osobe koje bi po shvaćanju objektivne koncepcije bile posjednici (koje žele posjedovati stvar, ali ne kao vlasnici; npr. založni vjerovnik, plodouživatelj, zakupnik, najmoprimac)⁴⁷. Pomoćnik u posjedovanju, naprotiv, nema uopće nikakvu posjedovnu volju. On se u izvršavanju faktične vlasti na stvari slijepo pokorava tuđim nalogima (posjednikovoj volji).

Odnos⁴⁸ između posjednika i pomoćnika u posjedovanju mora biti odnos podređenosti (pa čak i pokornosti), u kojem ne samo da pomoćnik u posjedovanju postupa po tuđim općenitim nalogima i uputama, već takav da svaka (pa i najmanja) promjena naloga dovodi do trenutačne promjene u njegovom ponašanju⁴⁹, na takav način da se pomoćnika u posjedovanju može smatrati samo oruđem posjednika. Je li neki odnos pomoćnika u posjedovanju, ne može se utvrditi unaprijed, već se mora od slučaja do slučaja procjenjivati ima li taj odnos potrebne osobine. Tako ZV, primjerice⁵⁰ nabraja radni odnos i odnos u nečijem kućanstvu⁵¹, što ne treba protumačiti na način da su sve osobe koje se nalaze u tim odnosima

⁴⁷ Isto i Krneta, Slavica: Detencija, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI (1998), Sarajevo, 1999., str. 206.

⁴⁸ To je pravni odnos i to odnos ovisnosti (Münchener Kommentar, str. 30.).

⁴⁹ Gavella et al., o.c., str. 115.

⁵⁰ "Pogrešna je prosudba suda prvog stupnja da odnos stranaka treba razmotriti kroz odnos posrednog i neposrednog posjednika, u kojem slučaju bi dolazile u primjenu odredbe čl. 23. ZV-a. Naime, iz rezultata provedenih dokaza slijedi da su tuženici trebali izvršiti prijevoz drvene građe isključivo postupajući po uputi tužitelja, dakle sadržaj odnosa stranaka je takav da tuženici vrše faktičnu vlast na stvari za drugu osobu i postupaju po uputama te druge osobe. U takvoj situaciji tuženici nemaju posjed, već su oni pomoćnici u posjedovanju u smislu odredbe čl. 12. ZV-a. Pritom nije od odlučnog značaja utvrđenje suda prvog stupnja da tuženici nisu u radnom odnosu kod tužitelja, već, kako je istaknuto, za utvrđenje da li se radi o odnosu posrednog ili neposrednog posjednika ili pak dolaze u primjenu odredbe o pomoćniku u posjedovanju, odlučan je isključivo sadržaj međusobnog odnosa osobe koja vrši faktičnu vlast nad stvari te osobe prema čijim uputama se faktična vlast vrši. Stoga u situaciji kada su tuženici kao pomoćnici u posjedovanju postupili protivno uputama tužitelja i uspostavili svoju vlast na stvari, oni su prema tužitelju počinili smetanje posjeda, zbog čega tužitelj s pravom traži posjedovnu zaštitu koja mu pripada sukladno odredbi čl. 22. ZV-a." (čl. 12.). Županijski sud Rijeka GŽ-1362/98 03. 02. 1999. (izvor: *Inellectio Iuris*).

⁵¹ "Dok osoba koja je u radnom ili sličnom odnosu ili u nečijem kućanstvu postupa pokoravajući se tuđim nalogima glede neke stvari ili prava, pa izvršava isključivo tuđu faktičnu vlast, ona nema posjed toga, nego je samo posjednikov pomoćnik u posjedovanju (12/2 ZV)". Ipak, pravilno sudska praksa zaključuje: "Supruga kao bračni drug se ne može smatrati pomoćnikom u posjedovanju

automatski i pomoćnici u posjedovanju. Namjera je zakona bila samo spomenuti neke od situacija u kojima (po životnom iskustvu) postoji velika vjerojatnost da će odnos dviju osoba odgovarati kvalitetama odnosa pomoćnika u posjedovanju. No, ponavljamo, da svaki konkretni odnos treba individualno procjenjivati i utvrditi njegovu pravu prirodu (tako i osobe u radnom odnosu mogu imati posjed u pogledu povjerenih im predmeta, isto kao i osobe u kućanstvu).

Ako pomoćnik u posjedovanju prestane izvršavati tuđu vlast (odbije dotadašnju slijepu poslušnost) i počne izvršavati svoju vlast, time postaje (neposredni) posjednik, što sa stajališta dotadašnjeg posjednika predstavlja gubitak (neposrednog) posjeda, te on može poduzeti sve mjere koje mu pravni poredak stavlja na raspolaganje u slučaju oduzimanja posjeda (samopomoć, posjedovna zaštita). Inače, kako pri posjedovanju pomoćnik u posjedovanju nastupa kao produžena ruka posjednika, tako mu se priznaje i pravo na zaštitu posjeda dopuštenom samopomoći, ali opet samo kao pomoćniku posjednika⁵². Pomoćnik u posjedovanju ipak nema pravo, što je i logično, na posjedovnu zaštitu posjedovnim tužbama: to pravo pripada samo posjedniku.

6. Zaključna razmatranja o posjedovnoj volji

Kako se iz provedene analize posjedovne volje ukazuje, da bi se pravno uređenje posjeda u nekom pravnom poretku okvalificiralo kao subjektivno koncipirano, nije bitno kakva se kvaliteta posjedovne volje zahtijeva, već je važno samo to, da se za postojanje posjeda izričito naglašava nužnost postojanja voljnog elementa (tako se i poretki koji zahtijevaju postojanje volje samo posjedovati – *animus possidendi* – ipak svrstavaju u subjektivno koncipirane poretke).

Bit je subjektivne koncepcije posjeda zahtijevati izrijeком dva elementa za postojanje posjeda: *corpus* i *animus* te da oba elementa izrijeком izjednačava po važnosti.

Objektivna je koncepcija posjeda ona koja izrijeком ne naglašava potrebu za postojanjem voljnog elementa (iako u sebi mora implicirati nužnost postojanja i tog elementa).

Navedena formalno-dogmatska razlika jedina je razlika koja se može identificirati između subjektivne i objektivne koncepcije posjeda. Ovo stoga što se, i u jednu, i u drugu svrstava toliko različitih pravnih poredaka, koji od posjedovne volje zahtijevaju postojanje toliko različitih karakteristika, da se ne može pronaći bitna zajednička priroda posjedovne volje unutar svakoga od njih.

svoga supruga i ona kao bračni drug izvršava svoju faktičku vlast glede neke stvari, a ne svog bračnog druga.” Županijski sud Bjelovar Gž-1271/99-2 09. 09. 1999. (izvor: *Intellectio Iuris*).

⁵² Dopuštenom samopomoći smije se umjesto posjednika poslužiti posjednikov pomoćnik u posjedovanju. (27/2 ZV); “Na izvršavanje prava koje pripada posjedniku sukladno § 859 (pravo na samopomoć) ovlašten je i onaj tko izvršava stvarnu vlast za posjednika sukladno § 855 (pomoćnik u posjedovanju – op. P. R.)” (“*Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.*” BGB § 860).

Pomnijim uvidom, spoznaje se da je neki pravni poredak uvršten u subjektivnu, odnosno objektivnu koncepciju posjeda samo po tomu zahtijeva li se u njemu izrijeком postojanje posjedovne volje, koja se izjednačava po važnosti s faktučnom vlasti (subjektivno koncipiran posjed) ili ne (objektivno koncipiran posjed)⁵³.

Ipak, iako se ne mogu utvrditi neke zajedničke osobine posjedovne volje unutar pravnih poredaka koji posjed koncipiraju subjektivno, odnosno objektivno, čini se da ne treba zanemariti određeni utjecaj činjenice da jedni izrijeком naglašavaju potrebu postojanja posjedovne volje (subjektivna koncepcija), odnosno isto ne naglašavaju izrijeком, već impliciraju u pojmu posjeda (objektivna koncepcija). Može se primijetiti da ova (pravno-tehnička) činjenica ipak ima određeni povratni utjecaj na kvalitetu posjedovne volje koja se uopće može zahtijevati u određenom pravnom poretku, te da se shodno tomu ipak može govoriti o određenoj razlici u poimanju posjedovne volje kod subjektivne, odnosno objektivne koncepcije posjeda. Najbitnija posljedica činjenice da se negdje izrijeком traži postojanje posjedovne volje, koja se kao ravnopravan element posjeda stavlja uz bok faktučnom vlasti, jest mogućnost da se detaljno propišu kvalitete koje posjedovna volja mora zadovoljavati da bi bila uvažavana od strane pravnog poretka⁵⁴. Naime, samo u pravnim poretcima koji izričito normiraju kvalitete zahtijevane posjedovne volje, postoji mogućnost da se zahtijeva postojanje *animus domini* (ovo stoga što postojanje *animus domini* treba biti izrijeком zahtijevano, a ne može se implicirati⁵⁵). U pravnim poretcima koji izričito ne spominju posjedovnu volju (već se ona implicira u pojmu posjeda, kao što je slučaj u objektivnoj koncepciji), posjedovna volja (ma kako se ona nazivala, npr. prirodna volja) uvijek po kvalitetama mora odgovarati pojmu *animus possidendi*⁵⁶.

⁵³ Slično, kako se čini, proizlazi i iz riječi "Posjed je rimsko pravo konstruiralo od dva elementa – *corpura* i *animusa*. Po germanskom pravnom shvaćanju građa posjeda je drukčija. Posjed ima samo jedan element – *corpus*, ali taj element implicira i volju posjedovati" (Gavella, O posjedu, str. 55.).

⁵⁴ Mora se primijetiti da već i sama činjenica isticanja posjedovne volje utječe i na veći interes znanosti da se bavi njezinim proučavanjem. Tako se primjećuje da se literatura koja se bavi pravnim poretcima koji usvajaju subjektivnu koncepciju posjeda mnogo iscrpnije bavi analizom posjedovne volje, dok se u onoj o objektivno koncipiranim poretcima pitanje posjedovne volje spominje vrlo šturo, većinom na rubovima izlaganja.

⁵⁵ V. *supra* bilj. 24.

⁵⁶ Nameće se i još jedna razlika između subjektivno i objektivno koncipiranih pravnih poredaka, koja doduše ne utječe na kvalitete posjedovne volje, već na način njezinog dokazivanja (što bi moglo biti od važnosti u posjedovnim parnicama). Naime, kada se za postojanje posjeda izrijeком zahtijeva postojanje posjedovne volje točno određene kvalitete, a volju kao unutrašnji, psihološki element subjekta (u pravilu) nije moguće (ili barem nije uvijek i s lakoćom moguće) spoznati, pravni poredak postavlja presumpcije o kvalitetama te volje (npr. čl. 2230. CC "*On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.*") "Za svakog se pretpostavlja da posjeduje za sebe i u svojstvu vlasnika, ako se ne dokaže da se počelo posjedovati za drugoga"; slično i čl. 921. st. 2. CCQ gdje se navodi da se posjedovna volja presumira "*Cette volonté est présumée.*"). Očito da u takvim poretcima stranke u postupku pred sudom mogu dokazivati da posjedovna volja ne zadovoljava propisane kriterije, tj. da "posjednik" ne zadovoljava zakonske kriterije biti priznat za posjednika. Smatramo da je slična situacija vrlo teško zamisliva u poretcima koji posjed koncipiraju objektivno.

7. Literatura

1. Carbonnier, Jean: *Droit civil*, sv. III. / *Les Biens*, Pariz, 1983.-1985.
2. Cornu, Gerard: *Droit civil*, II. izd., sv. I., Pariz, 1984.-1985.
3. Eccius, M. F.: *Preußisches Privatrecht*, VI. izd., sv. I., Berlin, 1892.
4. Evelt, Joseph: *Das Preußische Civilrecht*, II. izd., Paderborn, 1860.
5. Flegar, Vladimir: *Posjed i njegova zaštita*, *Zakonitost*, 9-10/1990.
6. Gavella, Nikola: *O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, *Naša zakonitost*, 4/1981. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, *O posjedu*)
7. Gavella, Nikola: *O posjednikovoj volji*, obzirom na uređenje posjedovanja zasnovano na objektivnoj koncepciji posjeda, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 4/1983. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, *O posjednikovoj volji*)
8. Gavella, Nikola: *Stjecanje posjeda stvari u našem pravnom uređenju – posebno o izvornom stjecanju neposrednog i posrednog posjeda stvari*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/1983.
9. Gavella, Nikola: *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, *Posjed*)
10. Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan: *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
11. Horvat, Marijan: *Rimsko pravo*, sv. I., Zagreb, 1952.
12. Krneta, Slavica: *Posjed*, u *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, sv. II, Beograd, 1978. (u tekstu skraćeno cit. Krneta, *Posjed*)
13. Krneta, Slavica: *Detencija*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI (1998)*, Sarajevo, 1999.
14. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, sv. VI / *Sachenrecht*, München, 2004. (u tekstu skraćeno cit. *Münchener Kommentar*)
15. Radošević, Petar : *Građa posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda*, magistarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 2007.
16. Rajčić, Čedo: *Stvarno pravo*, predavanja, Zagreb, 1956.
17. Randa, Anton: *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, IV. izd., Lepizig, 1895.
18. Romac, Ante: *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973. (u tekstu skraćeno cit. Romac, *Izvori*)
19. Romac, Ante: *Rimsko pravo*, II. izd., Zagreb, 1987. (u tekstu skraćeno cit. Romac, *Rimsko pravo*)
20. Savigny, Friedrich Carl: *Das Recht des Besitzes*, VII. izd., Beč, 1865.
21. Stojanović, Dragoljub: *Novi koncept državine*, *Glasnik Pravnog Fakulteta u Kragujevcu*, šk. god. 1979./1980., Kragujevac, 1981.
21. Stubenrauch, Moritz von: *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, sv. I, Beč, 1854.
22. Šmalcelj, Želimir: *Što se izmijenilo Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima?*, *Odvjetnik*, 9-10/1981.
23. Vedriš, Martin; Klarić, Petar: *Građansko pravo*, IX. izd., Zagreb, 2006.
24. Vežić, Vid: *Nasljednički posjed*, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, *Godišnjak 4*, Zagreb, 1997.

25. Vizner, Boris: Posjed nasljednika po našem novom Zakonu o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, *Pravni život*, 5/1980.
26. Žuvela, Mladen: *Vlasničkopravni odnosi*, V. izd., Zagreb, 1996.

Vrela s Interneta:

1. <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>
2. <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>
3. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CPROCIV0.rcv>
4. <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/20041104/partie1.html>
5. <http://www.pravnadatoteka.hr/hrv/index.asp>
6. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>
7. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>

Summary

THE INTENTION TO POSSESS

In the article the author analyses an element of intention as a component of possession (the intention to possess), laying stress upon the issue of existence of the intention to possess as an objective conception of possession (a so-called German, modern conception). Following the analysis of a great number of positive and historical legal systems the conclusion has been reached that an objectively conceived possession demands the existence of possessor's intention to possess except that this is not explicitly emphasised having in mind such intention is implicated within the concept of actual power. After giving an insight into the qualities that such intention has to have, the author concludes that the intention, according to its nature, is an *animus possidendi*, that is the intention simply to possess, in contrast to the intention to possess whose existence (in most cases) is required by the subjective conception of possession and it is perceived as an owner's intention to possess (*animus domini*). After conducting the research on the intention to possess as a component part of possession the author states that one nomotechnical difference arises as the only constant difference between the subjective and objective conception: is there (in legal texts and legal science) an explicit demand for the existence of some element of intention (the subjective conception), or there is no such explicit demand (the objective conception).

Key words: *possession, intention to possess, quality of intention to possess, a person who assists in possessing.*

Zusammenfassung

BESITZERWILLEN

In der Arbeit analysiert der Autor den Willensbestandteil eines Besitzes (Besitzerwillen), wobei das Problem des Bestehens eines Besitzerwillens bei einem objektiven Konzept von Besitz (sog. deutsches, modernes Konzept) betont wird. Nach der Analyse einer größeren Anzahl positiver und historischer Rechtssysteme kommt er zu dem Schluss, dass auch der objektiv konzipierte Besitz das Bestehen eines Besitzerwillens von dem Besitzer fordert, dies jedoch nicht besonders betont wird, sondern der Wille in dem Begriff der tatsächlichen Herrschaft implizit ist. Nach dem Einblick in die Qualitäten, die von diesem Willen verlangt werden, kommt der Autor zu dem Schluss, dass dieser seiner Natur nach der *animus possidendi* ist, dh. der Wille einfach zu besitzen, im Unterschied zu dem Besitzerwillen, dessen Bestehen (meistens) das subjektive Konzept von Besitz fordert, der der Wille sein muss als Eigentümer zu besitzen (*animus domini*.) Nach seiner Untersuchung konstatiert der Autor, dass hinsichtlich der Frage nach dem Willenselement von Besitz als konstanter Unterschied zwischen dem subjektiven und objektiven Konzept des Besitzes ein nomotechnischer Unterschied besteht: es wird (in Gesetzestexten und in der Rechtswissenschaft) ausdrücklich das Bestehen eines Willenselements gefordert (subjektives Konzept) oder sein Bestehen wird nicht ausdrücklich gefordert (objektives Konzept).

Schlüsselwörter: *Besitz, Besitzerwille, Qualitäten des Besitzerwillens, Helfer beim Besitzen.*

Sommario

VOLONTÀ DI POSSEDERE

Nel lavoro l'autore esamina l'elemento intenzionale del possesso (volontà di possedere) con particolare attenzione per il problema dell'esistenza della volontà di possedere nella concezione oggettivistica del possesso (c.d. concezione tedesca, moderna). Dopo l'analisi di un numero consistente di ordinamenti giuridici positivi e storici si perviene alla conclusione che anche il possesso, inteso secondo la concezione oggettivistica, necessita dell'esistenza della volontà di possedere in capo al possessore, solo che ciò non viene espressamente ribadito, bensì tale volontà è implicita nella nozione stessa del potere di fatto. Dopo avere preso in esame le qualità che sono pretese da questa volontà, l'autore giunge alla conclusione che la stessa è per sua stessa natura *animus possidendi*, ovvero volontà semplicemente di possedere, a differenza della volontà di

possedere seconda la concezione soggettivistica, la quale deve essere volontà di possedere come proprietario (*animus domini*). Al termine dell'indagine l'autore constata che l'unica differenza circa il modo di concepire la volontà di possedere tra la concezione oggettivistica e quella soggettivistica è data da una diversità di carattere nomotecnico: da un lato, si pretende (nei testi normativi e nella scienza giuridica) un'espressa manifestazione dell'esistenza di un qualche elemento della volontà (concezione soggettivistica), dall'altro, per l'esistenza dello stesso non è pretesa tale manifestazione (concezione oggettivistica).

Parole chiave: *possesso, volontà di possedere, qualità della volontà di possedere, ausiliare nel possesso.*

ZEMLJOPISNO, POVIJESNO, UPRAVNO I PRAVNO ODREĐENJE ISTOČNE HRVATSKE – KORIJENI SUVREMENOG REGIONALIZMA

Anita Blagojević, dipl. iur.,
asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 323.174(497.5-3Slavonija)
353.3:94(497.5-3Slavonija)
Ur.: 3. rujna 2008.
Pr.: 8. prosinca 2008.
Stručni članak

Temeljno je pitanje postavljeno u radu ima li područje istočne Hrvatske sa zemljopisnog, povijesnog, upravnog, odnosno pravnog aspekta, tradiciju regionalizma. Stoga autorica najprije razrađuje zemljopisno određenje (klimu, vodu, floru, faunu i reljef) odnosnog područja, koje je ujedno bitno za razumijevanje povijesnih procesa. Povijesno određenje istočnog dijela Hrvatske autorica započinje sa sredinom 6. st.; slijedi analiziranje povijesti istočne Hrvatske do današnjih dana. Upravno i pravno određenje odnosnog područja obrađuje se od razdoblja 9. st., budući da se, zbog nedostatka vrela, povijest hrvatske države može pratiti tek od spomenutog razdoblja. Na kraju, autorica zaključuje kako tzv. povijesna regija Slavonija nije rezultat prirodnog, autohtonog uobličavanja prostora, nego je ista rezultat uobličavanja sukladnog političkim polazištima.

Ključne riječi: *regija, regionalizam, istočna Hrvatska, Slavonija, županije.*

1. Uvod

Ideja o regionalizmu modernog je postojanja i nesumnjivo predstavlja jedno od strateških pitanja izgradnje cjelokupne Europe. Pri tomu pod pojmom *regionalizam* podrazumijevamo oblik političkog sustava koji omogućuje i potiče razvitak izvorne kulture i institucija unutar odvojenih područja jurisdikcije te koji uključuje značajnu delegaciju političkih i pravnih nadležnosti sa središnjih na regionalna tijela vlasti.¹ Zastupati regionalizam znači promicati političku, odnosno kulturnu

¹ *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2006., str. 1392.

autonomiju regija², uz poštivanje i njegovanje njihovih kulturnih, etničkih, jezičnih i inih posebnosti, u skladu sa željama i potrebama građana³.

Neupitno je kako područje srednje Europe ima dugu tradiciju regionalizma, a isto se često navodi i za Hrvatsku, gdje su uvijek postojala značajna kulturna i gospodarska središta, među kojima se izdvaja i područje istočne Hrvatske, sa svojim posebnostima. Ovim se radom nastoji utvrditi ima li područje istočne Hrvatske, sa zemljopisnog, povijesnog, upravnog, odnosno pravnog aspekta, tradiciju regionalizma, proučavanje koje bi nesumnjivo moglo utjecati na daljnju evoluciju regionalizma u Hrvatskoj.

2. *Zemljopisno određenje istočnog dijela Hrvatske*

Regija je termin koji je dugo pripadao upravo zemljopisnoj terminologiji⁴, a tek se u posljednje vrijeme pojam regije proširio i na društvene znanosti⁵. Stoga će se određenje prostora u istočnom dijelu Hrvatske započeti upravo sa zemljopisnom definicijom područja. Klima, vode, flora i fauna, a posebice reljef kao najkarakterističniji element teritorija Hrvatske, bitni su za razumijevanje povijesnih procesa.

U makrozemljopisnom smislu, ovaj je kraj dio velike zemljopisne cjeline jugoistočne i srednje Europe. Istočna hrvatska ravnica dio je velike međugorske podoline, oblikovane između Karpata, Dinarida i Alpa, odnosno dio je Panonske nizine.

U mikrozemljopisnom smislu, područje između Save, Drave i Dunava samo je dio veće cjeline – Panonske nizine, čiji su sjeverni dijelovi u Mađarskoj, a istočni, koji se naziva Slavonija, u Vojvodini. Područje istočne Hrvatske predstavlja područje koje je omeđeno sa sjevera mađarskom granicom, s istoka granicom Srbije, s juga granicom Bosne i Hercegovine, odnosno s njezinim entitetom Republikom Srpskom i Distriktom Brčko, dok se kao zapadne granice uzimaju granice Požeško-slavonske i Virovitičko-podravske županije.⁶ Na ovom se prostoru nalazi 5 županija (Požeško-slavonska, Brodsko-posavska, Osječko-baranjska, Vukovarsko-srijemska i Virovitičko-podravska). Pregled površine

² Regija (lat. *regio* – kraj, pokrajina, predjel, područje) je zemljopisno, povijesno, politički ili na drugi način izdvojeno ili označeno područje jedne ili više zemalja. Anić, V., Goldstein, I., *Rječnik stranih riječi*, Novi Liber, Europapress Holding, Zagreb, 2007., str. 489.

³ Spajčić-Vrkaš, V., Kukoč, M., Bašić, S., *Interdisciplinarni rječnik*, Hrvatsko povjerenstvo za UNESCO, Zagreb, 2001., str. 519.

⁴ Regija je jedinica analize geografa kao što je atom jedinica u fizici.

⁵ Time se željelo ukazati na šire socijalne i teritorijalne vlasti lokalnih zajednica, različite od nacionalne države. Štifanić, M., *Društveno-prostorna identifikacija, regija i regionalizam*, Revija za sociologiju, Vol. XXVII, 1996., str. 57.

⁶ Pri usporedbi današnjih granica Slavonije s onima u srednjem vijeku, dolazi se do zaključka kako je današnja Slavonija, u prostornom smislu, bitno manja od nekadašnje. Naime, srednjovjekovna je Slavonija bila mnogo šira i duža, a obuhvaćala je područje između Sutle i Požeške kotline i između Drave i južno od Save, sa svojim prirodnim središtem u Zagrebu.

odnosnih županija, broja stanovnika i broja stanovnika na kvadratni kilometar površine vidi se u priloženoj tablici.

Područje istočne Hrvatske – županije, površina i stanovništvo (teritorijalni ustroj prema stanju 31. prosinca 2006.)

ŽUPANIJA	POVRŠINA, km ²	BROJ STANOVNIKA	BROJ STANOVNIKA / km ²
Požeško-slavonska	1 823	85 831	47,1
Brodsko-posavska	2 030	176 765	87,1
Osječko-baranjska	4 155	330 506	79,5
Vukovarsko-srijemska	2 454	204 768	83,4
Virovitičko-podravska	2 024	93 389	46,1

Izvor: Državni zavod za statistiku, url: <http://www.dzs.hr>

Na području istočne Hrvatske, površine 12 486 km², obitava 891 259 stanovnika. Ovo je područje, s dolinama Drave, Save i osobito Dunava, od pamtivijeka bilo pogodno i obilato korišteno, zbog izraženoga ravničarskog tipa krajolika, prvenstveno u poljoprivredne svrhe, ali i za stočarstvo, uzgoj šuma te za niz drugih gospodarskih aktivnosti, a sve zahvaljujući zastupljenim prirodnim bogatstvima. Mineralne sirovine, nafta, plin, voda, plovni putovi, prirodni su resursi koji istočnu Hrvatsku svrstavaju u najplodnije područje u Hrvatskoj, pa i šire⁷.

Posebnosti istočne Hrvatske ističu se u odrednicama prirodnih resursa. Klima ovog područja ima karakteristike od umjereno kontinentalne do kontinentalne⁸. Tlo najvećim dijelom spada u najmlađe taložine kvartara uz Dravu i Savu. Izvanredno plodno tlo istočne Hrvatske među najplodnijima je u Europi. Ovo područje karakteriziraju ravnice uz rijeku Savu i Dravu, dok se određena uzvišenja nalaze uz desnu obalu Dunava. Uz rijeku Savu, Dravu i Dunav nalaze se i jako vlažna močvarna tla, od kojih je površinom najveći Kopački rit u Baranji⁹. Uz rijeku Savu, na spačvanskom dijelu, prostiru se poznate hrastove šume. Još jedan značajan resurs predstavljaju vode, koje su značajne, ne samo za razvoj biljnog svijeta, nego i ekološki. Ovo područje obiluje površinskim vodama – tu su rijeke Drava (od Donjeg Miholjca do ušća u Dunav kod Aljmaša), Dunav (od Batine do

⁷ Upravo će iz ovih razloga područje istočne Hrvatske biti razlogom osvajačkih pohoda u prošlosti, i to ne samo onoj dalekoj.

⁸ S tim da su oborine i vlažni dani raspoređeni, u koliko-toliko povoljnom rasporedu, tijekom cijele godine, što je odličan preduvjet za raznoliku poljoprivrednu proizvodnju i uzgoj šuma. Đidara, P., *Prirodni resursi sjeveroistočne Hrvatske u prošlosti i sadašnjosti*, u: *Hrvatska-povijest sjeveroistočnog područja*, Povijesni arhiv u Osijeku, Osijek, 1994., str. 64.

⁹ Kopački rit zauzima prostor – ovisno o vodostaju – između 4 000 i 11 000 ha.

Iloka) i Sava (od Šamca do granice sa Srbijom), ali i neke manje rijeke, kao što su Vuka i Karašica. Navedeno područje također obiluje i podzemnim vodama.

Zahvaljujući geografiji prostora i zastupljenosti navedenih prirodnih resursa, područje istočne Hrvatske ima sve preduvjete za niz gospodarskih aktivnosti: poljoprivrednu proizvodnju, šumarstvo, lovstvo, vodoprivredu, crpljenje nafte i plina, itd.,¹⁰ kao i za razvoj na energetskom, prometnom i napose ekološkom području. Po navedenim je prirodnim darovima područje istočne Hrvatske oduvijek prepoznatljivo i cijenjeno.

3. Povijesno određenje istočnog dijela Hrvatske

Svoje početke većina europskih naroda nalazi u posljednjim stoljećima antike, odnosno u ranom srednjem vijeku. Slična je situacija i s hrvatskim narodom. Istočni je dio Hrvatske u povijesnom, ali i pravnom, državnom, etničkom i kulturnom smislu, sastavni dio Hrvatske od kraja 6. st.,¹¹ kada su ovo područje naselili Hrvati u sklopu velikih seoba naroda¹². Podjelom Rimskog Carstva 395. godine na Istočno i Zapadno (pri čemu je cjelokupan prostor od Drave i Dunava do Jadranskog mora pripao Zapadnom Rimskom Carstvu¹³), u bivše se rimske pokrajine¹⁴ naseljavaju novi narodi. Hrvati su zaposjeli Panonski bazen te prostor na jug do Jadranskog mora¹⁵. Trovrnsni prostor područja koje su naselili Hrvati (mediteranski, panonski i planinski), uvjetovao je i trojni razvoj hrvatske države – u zaleđu Jadranskog mora bila je *planinska Hrvatska* (gdje je bilo središte hrvatske države¹⁶), uz Jadransko se more prostirala *Dalmatinska*

¹⁰ O značaju prirodnih resursa ovog područja govori i činjenica da se na ovom području, već u najstarija vremena javljaju organizirana naselja.

¹¹ Sršan, S., *Povijesni pregled sjeveroistočnog područja Hrvatske*, u: *Hrvatska-povijest sjeveroistočnog područja*, Povijesni arhiv u Osijeku, Osijek, 1994., str. 15.

¹² Od kraja 4. st. prostorom između Drave, Dunava i Save "protutnjali" su različiti narodi i plemenske skupine. Krajem 6. st. na ovo područje stigli su Avari i veće skupine Slavena, a zajedno s njima, kao ratnici, došli su i Hrvati.

¹³ Ova je podjela uskoro postala i podjelom na dva svijeta i dvije civilizacije, koje će se odvojeno razvijati. Mažuran, I., *Prostorna i strateška važnost sjeveroistočne Hrvatske*, u: *Hrvatska – povijest sjeveroistočnog područja*, op. cit. (bilj. 10.), str. 41.

¹⁴ Rimljani su prvu provinciju na budućem hrvatskom teritoriju osnovali u 1. st. pr. Kr., nazvavši je Ilirik (Illyricum) te podijelivši je u dva dijela: Gornji (južni) i Donji (sjeverni) Ilirik. Južna se pokrajina od 27. g. pr. Kr. počinje nazivati Dalmacija. Panonija je bila zasebna provincija, koja će kasnije biti podijeljena na Gornju (Superior), na zapadu i Donju (Inferior) Panoniju, na istoku. Od 297. godine, područje je Panonije organizirano u četiri provincije, na način da su Gornja i Donja Panonija podijeljene na dva dijela.

¹⁵ O tome govore stari antički pisci – Konstantin Porfirogenet, Stjepan Bizantinac, potom crkveni oci, samostanske kronike i Sršan, S., loc. cit.

¹⁶ U zaleđu jadranske obale, koje od mora ograđuje lanac Dinarskih planina (Biokovo, Dinara, Velebit, Velika Kapela, Učka) nalaze se brojna kršna polja i visoravni, poput Like i Krbave te još jedan gorski lanac kojega čine Plješevica, Mala Kapela, Petrova i Zrinska gora. U ovom je zaleđu bilo pravo središte hrvatske države, koje je povremeno obuhvaćalo i morsku obalu, te panonsku nizinu.

Hrvatska, dok se treći dio, *Posavska ili Panonska Hrvatska*, nalazio u porječju velikih rijeka (Save, Drave, Kupe, Une, Bosne i Drine). Od ove su tri prirodne cjeline nastala i tri središta hrvatskoga državnog okupljanja, odnosno tri kraljevine: Hrvatska, Dalmacija i Slavonija.

Početkom 8. st., Hrvati su formirali dvije velike kneževine: jednu, *Panonsku ili Posavsku*, koja se prostirala između rijeka Drave, Save i Dunava i koju su činile Posavina, Podravina, Srijem, sjeverna Bosna, današnja zapadna Slovenija i Mađarska između Drave i Dunava, i drugu, *Dalmatinsku ili Primorsku*, u koju su ulazili čitava hrvatska obala i dio današnje crnogorske, dakle obala od Raše u Istri do Budve, čitavo primorsko zaleđe i preostali dio Bosne i Hercegovine¹⁷.

Potkraj 8. st., franački vladar Karlo Veliki započinje rat protiv Avara na Podunavlju. Knez Posavske Hrvatske, Vojnomir zajedno s Francima odnosi pobjedu nad Avarima i priznaje vlast tada najmoćnijeg vladara, cara (od 800. godine) Karla. Prvim aachenskim sporazumom iz 803. godine, sklopljenim između Bizantskog i Franačkog Carstva, Francima su prepušteni Primorska Hrvatska i Istra, tako da su se sve hrvatske zemlje našle u Franačkom Carstvu, pod vrhovnom vlašću rimske crkve, a tako i u zapadnom kulturnom krugu. Izvan toga ostali su samo gradovi i otoci (koje je zadržao pod svojom vlašću Bizant, a oko kojih su se ove dvije velesile sukobljavale još nekoliko godina). Na čelo Primorske Hrvatske 810. godine dolazi knez Borna, dok je iste godine na čelo Posavske Hrvatske došao Ljudevit (poslije nazvan Posavskim). Obojica su priznavala vrhovnu vlast Karla Velikog, koji je 812. godine s bizantskim carem Mihailom I sklopio Drugi aachenski sporazum, kojim su Ljudevitova Posavska i Bornina Primorska Hrvatska pripale Francima, a gradovi i otoci Bizantu. Nakon smrti Karla Velikog 814. godine, franačka država i njezina vlast naglo slabe, što iskorištava Ljudevit i podiže, uz pomoć Bizanta, ustanak protiv Franaka (818. – 823. godine).¹⁸ Bio je to prvi oslobodilački pokret u hrvatskoj povijesti,¹⁹ koji je, međutim, rezultirao i prvim međuhrvatskim sukobom.²⁰ Ljudevit je u pomoć pozvao Bornu, no potonji je odlučio podržati Franke, jer su mu oni pomogli u borbi za posjede bizantskih gradova u Dalmaciji. Nakon Ljudevitove smrti²¹ i neuspjeha ustanka, Posavska Hrvatska dolazi pod vlast Bugara. No njihova vladavina nije bila dugog vijeka, budući da su ih Franci potisnuli u istočni dio Srijema.

¹⁷ Kneževine su dobile odnosne nazive po starim rimskim pokrajinama – naime, već 10. god. po Kr. Rimljani su osvojenu ilirsku zemlju trajno podvrgli svojoj vlasti i podijelili je na *Donji* (sjeverni) i *Gornji* (južni) Ilirik. Prvi se kasnije kao provincija (pokrajina) nazvao Panonijom, a drugi Dalmacijom (po plemenu Delmata ili Dalmata).

¹⁸ Ovaj se ustanak obični naziva *Ljudevitovim ustankom*.

¹⁹ Pavličević, D., op. cit. (bilj. 18), str. 42.

²⁰ Slično je bilo i u razdobljima 1809. – 1813., odnosno 1941. – 1945. godine, kada su Hrvati također bili na stranama dviju sila.

²¹ Ostavljen od saveznika, Ljudevit se bio sklonio u Liku, svojem ujaku, koji ga je potajice, iz osвете, ubio. Tako je tragično završio *prvi borac za samostalnu Hrvatsku*. Pavličević, D., op. cit. (bilj. 18), str. 43.

Potkraj 9. st. u Slavoniji je vladao Braslav (880. – 987.), koji je bio samostalni vladar. Kada su 884. godine pred cara Karla III došli vojvoda Braslav i moravski vojvoda Svetopuk, potonji se zaklinjao na vjernost caru i postao njegov vazal (“*homo*”), dok se za Braslava samo navodi kako je “držao kraljevstvo između Drave i Save i bio dodijeljenoj carevoj dvorskoj pratnji”²². Godine 896., franački je car Arnulf, Braslavu, nagrađujući ga za njegovu držanje, dao u feud Donju Panoniju, tako da je u pogledu Donje Panonije Braslav postao carev vazal, što se međutim nije odnosilo i na Slavoniju. U odnosu prema Slavoniji, Braslav je, dakle vladao kao posve samostalan vladar.

U Panonski se bazen koncem 9. st. doseljavaju Mađari, koji su potisnuli franačku vlast i osnovali vlastitu državu, a potom krenuli i u osvajanje hrvatskih područja. U pogledu ovoga dijela povijesti Slavonije, postoje određene nesuglasice, što je jedna od posljedica nepostojanja bilo kakvih vijesti o Slavoniji u ispravama narodnih vladara. Dok određeni autori, primjerice Šišić, Barada, N. Klaić, zastupaju tezu kako je do Tomislava Slavonija bila stalno u tuđoj vlasti, Margetić dokazuje kako je 30-ih godina 9-og stoljeća Dalmatinska Hrvatska pomogla Slavoniji pri osnivanju samostalne hrvatske države, koja je ostala s Dalmatinskom Hrvatskom u prijateljskoj vezi²³. Potonjoj tezi ide u prilog i *De Administratio Imperio (O upravljanju carstvom*, u daljnjem tekstu: DAI), bizantskog pisca Konstantina Porfirogeneta, koje ne navodi niti jedan hrvatski grad, odnosno županiju sjeverno od Velike Kapele. Pouzdane vijesti Tome Arcidakona²⁴ o hrvatskoj (crkvenoj i svjetovnoj) vlasti nad Slavonijom odnose se tek na 1078. godinu, kada je Zvonimir, vazal pape Gregura VII., priključio Slavoniju hrvatskoj državi (povodom borbe pape s Henrikom IV).

Za Kolomana, dolazi do stvaranja hrvatsko-ugarske državne zajednice. Svjesno izbjegavajući naziv *regnum Croatiae*, Arpadovići govore o *provincia, partes maritimae*, istovremeno spominjući Hrvatsku (*Croatia*) kao puki teritorij, a ne *regnum*, sve do sredine 14. st. U pogledu Slavonije, naprotiv, od sredine se 13. st. pojavljuje *regnum Sclavoniae* kao zajednica samoupravnih (zagrebačka i križevačka) i nesamoupravnih (primjerice, Zagorje) županija. Sukladno, tzv. Slavonskom statutu²⁵ iz 1273. godine, *regnum Sclavoniae* objedinjavao je zemljoposjednike i tvrđavne službenike dviju “pravih” županija (zagrebačke i križevačke) i nekoliko manjih “županija”, koje su imale specifičan položaj u

²² Prema: Margetić, L., *Srednjovjekovna Slavonija – jedno od vrela hrvatske državnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 45 (2), 1999., str. 144.

²³ Ibid., str. 137.

²⁴ U XV. poglavlju svoje knjige *Historia Salonitana*, Toma Arcidakon piše, doduše, i o razdoblju X. i XI. st. te navodi kako je kninski biskup bio kraljev biskup koji je slijedio kraljev dvor i bio jedan od dostojanstvenika, pa se njegova vlast protezala do Drave. No, po mišljenju mađarske historiografije, Tomin je opis vlasti Splitske metropolije do Drave tendenciozan i nepouzdan. Margetić, L., *Zagreb i Slavonija*, Izbor studija, Vita graf d.o.o., Zagreb – Rijeka, 2000., str. 73.

²⁵ Godine 1273. u Zagrebu su se sastali plemići i tvrđavni službenici na općem saboru *regnuma* Slavonije, kako bi popisali “prava *regnuma* i banata” i zatražili njihovu potvrdu od predsjedatelja Sabora, bana Matije, što je ovaj i učinio.

odnosu prema državnoj vlasti. Sam pojam *regnum* u ovom kontekstu ne označava, niti kraljevinu, niti kraljevstvo, nego zajednicu županija te bi mu možda naprimjereniji prijevod bio pojam “vladanje”.²⁶ Osnovno je obilježje odnosnog pojma da su u “pravim” županijama sudsku vlast ostvarivali unutar županije predstavnici zemljoposjednika, po četiri sa svojim knezom, na temelju jedinstvenoga pravnog sustava koji je utvrđen 1273. godine spomenutim, tzv. Slavonskim statutom.

Novo poglavlje u povijesti ne samo istočne Slavonije, nego i cijele Hrvatske te cijelog Balkana i jugoistočne Europe, započinje nadiranjem Turaka – Osmanlija, u 14. st. Niti jedna agresija, (a na ovom ih području doista nije nedostajalo), nije bila tako dugotrajna i snažna kao turska. Turci su nizali pobjedu za pobjedom protiv nesložnih i nediscipliniranih balkanskih vojski. Hrvatsko-ugarski kraljevi nastojali su zaustaviti turska osvajanja prema zapadu²⁷ te je u tom cilju Hrvatska podijeljena na tri vojnička tabora: hrvatski – prema moru i Dalmaciji, slavonski – prema Uni i usorski – prema donjoj Slavoniji i južnoj Ugarskoj²⁸. Odnosna je obrambena osnova začetak buduće Vojne krajine. Godine 1463., neposredno poslije pada Bosne, kralj Matijaš Korvin osnovao je, u cilju obrane kraljevstva, Jajačku banovinu i Senjsku kapetaniju za obranu Hrvatske, odnosno Srebreničku banovinu za obranu Slavonije i Ugarske. Na saboru u Brucku na Muri, 1578. godine, dogovoreno je osnivanje određenoga graničnog obrambenog pojasa.²⁹ Kako je upravu na tom prostoru kralj Rudolf predao vojvodi Karlu, to znači da je osnutkom Vojne krajine 1578. godine na hrvatskom zemljištu formiran nov politički teritorij, koji je izuzet iz vlasti bana i Sabora.

Godine 1492., hrvatsko i slavonsko plemstvo odvojenim su ispravama prihvatili ugovor Vladislava II s Maksimilijanom Habsburškim. Vladislav II je prvi vladar koji u svoju titulu – *rex Hungariae, Bosniae, Damatiae, Croatiae, Sclavoniae, Ramae* itd. – unosi i Slavoniju. Poseban je položaj Slavonije Vladislav II priznao i u svojem prvom dekretu, tzv. Većem dekretu – *Decretum maius* iz 1492. godine, kojemu je, nakon 108 članaka, koji se odnose na cjelokupnu državu, pridodano 11 članaka pod skupnim nazivom *Articuli nobilium regni Sclavoniae*. Godinu dana kasnije, kada je Ivaniš izgubio titulu vojvode *regnuma* Slavonije, Vladislav je iz svoje titule izbacio Slavoniju. Za

²⁶ Margetić, L., op. cit. (bilj. 22), str. 138.

²⁷ Još u vrijeme vladavine Žigmunda Luksemburškog oko 1433. – 1434. godine dolazi do zamisli o ustroju obrambenih mjera ugarskog i hrvatskog kraljevstva protiv Turaka. Na kraljev je poziv svaki imućniji plemić i velikaš sa svojim službenicima i podanicima, morao ići u rat, dok je nekoliko siromašnijih plemića moralo opremiti jednog ratnika. Engelsfeld, N., *Povijest hrvatske države i prava. Razdoblje od 18. do 20. stoljeća*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002., str. 180.

²⁸ Šišić, F., *Pregled povijesti hrvatskog naroda*, Zagreb, 1962., str. 372.

²⁹ Na saboru u Brucku na Muri dogovoreno je da će odnosni obrambeni pojas biti djelomično financiran iz sredstava prikupljenih u njemačkim zemljama, a djelomično iz sredstava Carevine i staleža Koruške, Štajerske, Kranjske i Gorice, dok će Hrvatska sudjelovati u obrani od Turaka više radom svojih kmetova ne utvrđivanju graničnih utvrda, nego financiranjem vojske.

razliku od prvog dekreta, drugi dekret iz 1495. godine, započinje riječima: “*Nos Vladislavus Dei gratia Ungariae, Boemiae, Croatiae, Ramae*” itd. S druge strane, Vladislav je dobro ocijenio značaj Slavonije za svoju državu te joj je 1496. godine, svečanom poveljom službeno odobrio pravo na grb, koji je Slavonija i prije rabila. Prema Vladislavu, Slavoniju se s pravom naziva “štitom i čak predzidom” države³⁰.

Poraz na Mohačkom polju 1526. godine i pogibija kralja Ludovika³¹ ujedno su označili i gubitak samostalnosti Ugarske te kraj razdoblja zajedničkoga hrvatsko-ugarskog života. Obje su se zemlje podijelile na dva izborna tabora. Na pristaše Ferdinanda Habsburškog, koji se poziva na ugovor iz 1492. godine i koji u svoju titulu stavlja Slavoniju, i na pristaše Ivana Zapoljskog (pomađarenog Hrvata, gospodara Erdelja), kojega je kao svojeg kandidata izabrao Ugarski sabor, a isto je učinio i Slavonski sabor, pod utjecajem bana Krste Frankopana, 6. siječnja 1527. godine. Hrvatski je sabor priznao za kralja 1. siječnja 1527. Ferdinanda, koji je od 1529. godine u svoju titulu uključio i Slavoniju, potvrđujući na taj način kako pravni temelj habsburške vlasti leži u izjavi hrvatsko-slavonskog plemstva iz 1492. godine.³²

Dugotrajna je turska vladavina na području istočne Hrvatske ostavila duboke posljedice. Razorena sela i gradovi, izmijenjeno stanovništvo, samo su neke od njih. No, zahvaljujući svome položaju na glavnoj prometnici između Istambula i Budima, jedan grad, Osijek,³³ doživljava pravi procvat, i to posebice poslije 1566. godine i gradnje poznatoga Sulejmanova mosta. U sveopćem ratu za oslobođenje od turske vlasti, a poslije neuspjele opsade Beča i uništenja spomenutoga Sulejmanovog mosta, Turci su 1687. godine napustili Osijek, kao i Vukovar te cijelo Povučje i Pobosuće i sva naselja do Iloka. U nastavku je ratovanja carska vojska potisnula Turke prema jugu, koji su, nakon sve brojnijih poraza, prisiljeni na sklapanje mira u Srijemskim Karlovcima 1699. godine, zahvaljujući kojemu je cjelokupan prostor između Drave, Dunava i Save, osim manjeg dijela istočnog Srijema, pripao carskoj Austriji. Mirom sklopljenim u Beogradu 1739. godine granica s Osmanlijskim Carstvom se konačno ustalila na Savi do njezinog utoka u Dunav.

Područja Hrvatske oslobođena od turske vlasti krajem 17. st. došla su u sastav Hrvatske, a hrvatsko-ugarska se državna zajednica već ranije nalazila pod vladavinom Habsburgovaca. Kao što je već spomenuto, pogranični prostor uz rijeku Unu, Savu i Dunav izdvojen je u Vojnu krajinu. Granica istočne Hrvatske protezala se do Dunava (Srijemska županija sa sjedištem u Vukovaru). Mjesto prometnog i gospodarskog središta istočne Hrvatske i dalje je zadržao Osijek, koji je istovremeno preuzeo i ulogu upravnog i vojnog sjedišta cijele Slavonije.

³⁰ Margetić, L., op. cit. (bilj. 22), str. 156.

³¹ Pogibijom Ludovika II. na Mohačkom polju izumrla je loza Vladislava II.

³² Margetić, L., op. cit. (bilj. 22), str. 156.

³³ Osijek je predstavljao strateško uporište na kojemu se temeljila prevlast Osmanlijskog carstva – eventualni gubitak Osijeka značio bi Turcima dovođenje u opasnost svoje vladavine u Mađarskoj i neminovno povlačenje sve do Beograda. Mažuran, I., op. cit. (bilj. 12), str. 40.

U istočnoj je Hrvatskoj sve do 1848. godine postojao feudalni društveno-ekonomski sustav. Kako je većina hrvatskog plemstva izumrla, bečki je vladar oslobođena područja prodavao ili dodjeljivao uglavnom stranom plemstvu, odnosno visokim časnicima koji su u ratovima zadužili Beč. Primjerice, vukovarski je posjed dobio njemački knez grof Eltz iz Mainza, valpovački posjed barun Prandau iz Beča, južnu Baranju princ Eugen od Savoje itd.

Nakon prestanka feudalizma 1848. godine, u istočnoj Hrvatskoj dolazi novo vrijeme u društveno-ekonomskim odnosima. Razvojačenjem Vojne krajine 1871. godine i pripajanjem Hrvatskoj 1881. godine, opet je uspostavljena cjelokupnost hrvatskih područja, čija je istočna granica dosezala do Dunava. Ovo je vrijeme obilježilo i buđenje nacionalne svijesti, a kulturni je i nacionalni preporod hrvatskog naroda u prvoj polovici 19. st. i u istočnoj Hrvatskoj³⁴ naišao na plodno tlo. Naime, sklapanjem nagodbe između Austrije i Ugarske, odnosno stvaranjem Austro-ugarske 1867. godine, Hrvatska je bila razapeta između Beča i Pešte i dvostruko podjarmljena, što je izazvalo žestoku političku borbu za očuvanje državne i pravne posebnosti Hrvatske. U traženju političkog izlaza iz ove situacije sve se više nameće ideja o stvaranju južnoslavenske države u kojoj bi se našli Hrvati, Srbi (koji su se sredinom 19. st. oslobodili turske vlasti i osnovali svoju državu, Kraljevinu Srbiju, koja je podržavala ovu ideju, videći u njoj oživotvorenje svojih težnji o prodoru prema zapadu, odnosno stvaranju Velike Srbije), Slovenci i ostali južnoslavenski narodi.

Nakon raspada Austro-Ugraske Monarhije, 29. listopada 1918. godine sastao se Hrvatski sabor (u kojemu je glavnu riječ preuzela Hrvatsko-srpska koalicija) i donio povijesnu odluku, kojom se, na temelju hrvatskoga državnog prava, prekidaju svi odnosi između Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije i Kraljevine Ugarske, odnosno Carevine Austrije i proglašava nezavisna država Hrvatska koja pristupa u zajedničku suverenu Državu Slovenaca, Hrvata i Srba, čiji je vrhovni organ vlasti postalo Narodno vijeće³⁵. Predsjedništvo Središnjeg narodnog vijeća u Zagrebu vršilo je dužnost kolektivnog predsjedništva Države SHS, te je imenovalo zajedničku vladu od 11 povjerenika te četiri zemaljske

³⁴ U istočnoj se Hrvatskoj u ovo vrijeme opet izdvaja Osijek, koji od sredine 19. st. doživljava opći gospodarski, ali i kulturni napredak. Sve do kraja 19. i početka 20. st., Osijek je, poslije Zagreba, jedan od najvećih i industrijski najrazvijenijih gradova Hrvatske te snažno kulturno središte.

³⁵ O osnivanju narodnih vijeća prvi se puta javno govorilo na velikoj narodnoj skupštini u Splitu, 2. srpnja 1918. Na preporuku Jugoslavenskog kluba iz Bečkog parlamenta, 17. kolovoza 1918. u Ljubljani dolazi do sastanka svih slovenskih političkih stranaka i političkih organizacija iz Trsta, Istre i Koruške i predstavnika Dalmacije, na kojemu je organiziran Narodni svet, prema čijoj će se organizaciji organizirati opće Narodno vijeće. Dana 5. i 6. listopada 1918., u Zagrebu se osniva Narodno vijeće SHS kao politički predstavnik naroda koji žive na području Monarhije, u koje 8. listopada, nakon dugog oklijevanja, pristupa i vodeća stranka Hrvatskog sabora – Hrvatsko-srpska koalicija. Sukladno pravilniku o radu Narodnog vijeća, Vijeće se sastoji od Plenuma, Središnjeg odbora, koji je u permanentnom zasjedanju, te Predsjedništva. U pravilnik je također ušla odredba da Narodno vijeće ima podržati razmjernu pripadnost kakva je postojala u Saboru.

(pokrajinske) vlade za Sloveniju, Hrvatsku i Slavoniju, Dalmaciju, Bosnu i Hercegovinu.

Država SHS trajala je do 1. prosinca 1918. godine. Pod pritiskom sila pobjednica u ratu, a uz pomoć jake propagande Kraljevine Srbije i Srba izvan Srbije, 1. prosinca 1918. godine jednostrano je proglašena Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca.³⁶ Naime, prvoprosinački se ugovor sastoji od dva državopravna kata – adrese delegacije Narodnog vijeća Države SHS i proklamacije (izjave) regenta Aleksandra Karađorđevića o ujedinjenju. Čin ujedinjenja izvršili su izaslanstvo Središnjeg odbora Narodnog vijeća SHS i Regent Kraljevine Srbije te je ovaj akt valjalo ratificirati i s jedne, i s druge strane. Kako pitanje ratifikacije Prvoprosinačkog akta od Narodnog vijeća nije nikad postavljeno³⁷, ujedinjenje 1. prosinca 1918. godine s pravnog je gledišta bilo dvojbeno i nedorečeno, no ipak je zaživjelo. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca postojala je gotovo idućih 25 godina.

Odmah nakon ujedinjenja Države SHS i Kraljevine Srbije, kao jedan od hitnih zadataka nametnulo se donošenje ustava nove države, koji je izglasan na Vidovdan, 28. lipnja 1921. godine. Iako su se glavne hrvatske i slovenske stranke borile za što širu decentralizaciju i iako je odnosni Ustav prihvatio načelo podjele vlasti kao jamstvo osiguranja ravnomjerne podjele vlasti,³⁸ nadležnosti kralja u zakonodavnoj, upravnoj, pa i u sudskoj vlasti, bile su takve da se može govoriti o faktičnom jedinstvu vlasti. U skladu s tim, Hrvatska je izgubila svoju državno-pravnu posebnost i stoljetni Sabor. Slijedili su pokušaji ostvarivanja ideje o podvrgavanju nesrpskih naroda i zemlja u Veliku Srbiju. U tom se cilju vršila i kolonizacija srpskih dobrovoljaca i solunaša u istočnu Hrvatsku. Ubojstvo hrvatskih parlamentaraca (Stjepana Radića, Pavla Radića i Đure Basaričeka) koji su se odupirali kršenju državnih i ljudskih prava u Narodnoj skupštini u Beogradu 1928. godine, predstavlja vrhunac takve srpske politike te povod kralju Aleksandru za raspuštanje parlamenta i uvođenje diktature 1929. godine. Uslijedila je promjena imena države u Kraljevinu Jugoslaviju, 1931. godine. Ustav od 3. rujna 1931. (kojega je donio jednostrano vladar svojim ukazom, bez suradnje Narodne skupštine te se stoga naziva i *oktroiranim ustavom*), sankcionirao je sljedeća temeljna načela: centralističko državno uređenje države; integralno jugoslavenstvo u nacionalnom pitanju; načelo formalne diobe vlasti, uz njezino faktično jedinstvo te vladarev apsolutizam prikriiven formalnom ustavnošću³⁹. No, niti ovakav pojačani

³⁶ Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca proglasio je prijestolonasljednik Aleksandar Karađorđević – neregularno i nelegitimno, na što je uzalud tada vodeće svjetske zemlje upozoravao Stjepan Radić, vođa najbrojnije Hrvatske seljačke stranke. Proglašenje Kraljevine SHS nije nikada prihvatio ni potvrdio Hrvatski sabor.

³⁷ Engelsfeld, N., op. cit. (bilj. 27), str. 295.

³⁸ U pogledu organizacije državne vlasti, *Vidovdanski ustav* propisuje da zakonodavnu vlast vrši kralj i Narodna skupština zajednički, upravnu vlast vrši kralj preko odgovornih ministara, dok sudsku vlast vrše sudovi.

³⁹ Sirotković, H., Margetić, L., *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Školska knjiga, Zagreb, 1988., str. 257.

velikosrpski pritisak pod maskom jugoslavenstva nije slomio snagu hrvatskoga naroda. Godine 1939., osnovana je Banovina Hrvatska.⁴⁰ Uredbom o Banovini Hrvatskoj od 26. kolovoza 1939. godine, stvorena je Banovina Hrvatska kao zasebna državno-pravna oblast u koju su uključene: dotadašnja Savska i Primorska banovina, te kotari Dubrovnik, Šid, Ilok, Brčko, Gradačac, Derventa, Travnik i Fojnica⁴¹, s tim da je upravno sjedište cjelokupnog područja bio Zagreb.

Nakon napada fašističkih sila 1941. godine i početka Drugoga svjetskog rata, s političke karte Europe nestala je Kraljevina Jugoslavija, a ubrzo je stvorena Nezavisna Država Hrvatska (NDH)⁴². U sastavu NDH nalazila se i Bosna i Hercegovina, te je istočna granica Hrvatske opet vraćena do Zemuna (kako je bila do 1918. godine). Naime, Bečkim sporazumom Ribbentrop-Ciano od 21. travnja 1941., NDH je teritorijalno obuhvatila Hrvatsku, Slavoniju, Bosnu i Hercegovinu, te dio Dalmacije koji nisu anketirali Talijani.

Daljnji je razvitak vlasti u Jugoslaviji usko povezan sa stvaranjem i djelovanjem Antifašističkog vijeća narodnog oslobođenja Jugoslavije (AVNOJ), koje je bilo vrhovno predstavničko, zakonodavno i izvršno tijelo naroda Jugoslavije u vrijeme narodnooslobodilačke borbe⁴³. Na svojem je drugom zasjedanju, održanom u Jajcu u noći od 29. na 30. studenoga 1943. godine, AVNOJ donio tri odluke koje predstavljaju temelj ustavnosti nove jugoslavenske države i u kojima se ističu temeljna načela nove države, koja će biti savezna i u kojoj će svi narodi imati ista prava⁴⁴. Godine 1944., posebnim se ustavnim odlukama njihovih najviših zemaljskih organa izgrađuje državnost federalnih jedinica. U Hrvatskoj, Zemaljsko antifašističko vijeće narodnog oslobođenja Hrvatske (ZAVNOH), kao vrhovni zakonodavni i izvršni organ, konstituirano je 8.-9. svibnja 1944. godine.

Poslije pobjede nad fašizmom 1945. godine, vlast je u Jugoslaviji preuzela komunistička partija, na čelu s Josipom Brozom Titom. Hrvatska je u ovo vrijeme bila najprije federalna jedinica Demokratske Federativne Jugoslavije, da

⁴⁰ Stvaranju Banovine Hrvatske prethodio je politički sporazum sklopljen 26. kolovoza 1939. godine između tadašnjeg predsjednika jugoslavenske vlade Dragiše Cvetkovića i Vladimira Mačeka, predsjednika HSS-a, o rješenju "hrvatskog pitanja"

⁴¹ Sirotković, H., Margetić, L., op. cit., (bilj. 37), str. 267.

⁴² Dana 10. travnja 1941., ustaške pristaše sila Osovine u Zagrebu su, pod zaštitom njemačke vojske koja je nadirala u Hrvatsku, a u smislu uputa koje su izdali Hitler i Musolini o podjeli Jugoslavije, proglasile, tzv., Nezavisnu Državu Hrvatsku.

⁴³ Osnivačko je zasjedanje AVNOJ-a održano u Bihaću, 26. i 27. studenog 1942. godine.

⁴⁴ Prva odluka – o AVNOJ-u kao vrhovnom zakonodavnom i izvršnom narodnom predstavničkom tijelu Jugoslavije i o Nacionalnom komitetu oslobođenja Jugoslavije kao privremenim organima vrhovne narodne vlasti u Jugoslaviji za vrijeme narodnooslobodilačkog rata – sadrži privremenu organizaciju nove države: ovom su odlukom ustanovljena tri organa nove državne vlasti: plenum AVNOJ-a, njegovo Predsjedništvo i Nacionalni komitet oslobođenja Jugoslavije kao privremena vlada. Drugom odlukom oduzeta su emigrantskoj vladi Kraljevine Jugoslavije sva prava zakonite vlade Jugoslavije te je zabranjen povratak u zemlju kralju Petru. Trećom odlukom se ističu temeljna načela jugoslavenske federacije, u kojoj će svi narodi imati jednaka prava.

bi uskoro promijenila ime u Narodnu Republiku Hrvatsku. U sjeveroistočnoj je Hrvatskoj provedeno novo razgraničenje, tako da je granična crta povučena zapadnije od granice bivše Banovine Hrvatske. Na opustjele posjede pripadnika njemačke narodnosti počinje se naseljavati uglavnom srpsko stanovništvo. Dio hrvatskog teritorija, i to onaj u istočnom Srijemu, koji je stoljećima pripadao Hrvatskoj, Srbija je 1946. godine jednostavno otkinula i pripojila.

Stvarnost Hrvatske, pa tako i njenog istočnog područja, za vrijeme neograničene vlasti Komunističke partije (u čijim su rukama bili i vojska, policija, državna i lokalna uprava, sudstvo, kultura, znanost, školstvo), bila je posve suprotna od onoga što se u ratu, napose 1943. godine, obećavalo. Progoni, zatvaranja, ubojstva, iseljavanja, oduzimanja imovine, praćeni gospodarskim neuspjesima, doveli su do ozbiljne političke krize 1971. godine, koja je za posljedicu imala donošenje Ustava iz 1974. godine,⁴⁵ po kojemu su republike i autonomne pokrajine u Jugoslaviji dobile veću samostalnost. Nakon Titove smrti 1980. godine, iz godine u godinu se produbljivala politička i gospodarska kriza, a zahtjevi za uvođenjem demokracije i reformom cjelokupnog državnog sustava postaju sve izražajni.

Drama bivše Jugoslavije dosegla je vrhunac 1990. godine. Razlaz u Saveznoj skupštini u Beogradu⁴⁶, odnosno raspadanje Saveza komunista Jugoslavije, prepoznati su kao znak raspada SFRJ, koja se počela razilaziti po svojim povijesnim, republičkim i nacionalnim šavovima. U takvim su se okolnostima počele javljati inicijative za stranačkim organiziranjem. Krajem 1989. godine formirane su opozicijske političke stranke Hrvatska socijalno-liberalna stranka i Hrvatska demokratska zajednica⁴⁷, a početkom 1990. godine najavljeni su prvi demokratski izbori. Prvi je izborni krug održan 22. i 23. travnja, a drugi 6. i 7. svibnja 1990.⁴⁸, a novi su Sabor i nova vlast konstituirani 30. svibnja 1990. Dana 19. svibnja 1990. u Hrvatskoj je održan referendum, na koji se odazvalo 83,5% biračkog tijela; od tog je broja čak 93,2% biračkog tijela dalo svoj glas za hrvatsku suverenost. U međuvremenu je Hrvatska bila suočena s pobunom lokalnih Srba, kao i sa srpskim terorističkim napadima na hrvatske gradove i sela. Usljedio je jedan od najznačajnijih događaja hrvatske povijesti: dana 25.

⁴⁵ Ustav koji je izglasan 1974. godine donio je rješenja o kolektivnom predsjedništvu federacije, doživotnoj funkciji predsjednika za Tita, dva doma u Saveznoj skupštini, itd. Prema ovom Ustavu, republike su postale suverene, dok su dvije pokrajine gotovo izjednačene s republikama.

⁴⁶ Konačan se rascjep unutar jugoslavenske federacije dogodio početkom 1990. godine na Četrnaestom kongresu Saveza komunista Jugoslavije, koji je sazvan radi pronalaza rješenja za duboku općedruštvenu krizu. Nakon četiri dana bezuspješnih i mučnih natezanja, Kongres su napustile slovenska i hrvatska delegacija, a Bosna i Hercegovina i Makedonija nisu pristale na zahtjev srbijanske i crnogorske delegacije da Kongres jednostavno ustanovi novi kvorum i nastavi s radom.

⁴⁷ Inicijative za osnivanje opozicijskih društava i stranaka počele su potkraj 1988. i početkom 1989. godine u Sloveniji i Hrvatskoj. Iako su se prvi sastanci održali pod prijetnjom policijske intervencije, promjene su bile neminovne i nezaustavljive.

⁴⁸ HDZ je osvojio 42% glasova, a u Saboru je dobio 205 od ukupno 356 mjesta, odnosno 57,6%.

lipnja 1991. Hrvatski je sabor (tada Sabor Republike Hrvatske) na zajedničkoj sjednici svih svojih vijeća donio Ustavnu odluku o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, jasno naznačivši da tim činom pokreće postupak razdruživanja od drugih republika i zajedničke države SFRJ te postupak za međunarodno priznanje. Na istoj je sjednici Sabor donio i Deklaraciju o proglašenju suverene i samostalne Republike Hrvatske. Zbog međunarodnih pritisaka i uvjerenja da će olakšati vođenje pregovora o razdruživanju, Ustavna odluka o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske nije se odmah primijenila, nego je Brijunskom deklaracijom to odgođeno na tri mjeseca. Moratorij je istekao 8. listopada 1991. godine, kada je Republika Hrvatska definitivno raskinula državnopravne veze s ostalim jugoslavenskim republikama i postala samostalna i neovisna država, koju je u prosincu 1991. godine priznala Njemačka, koju su u siječnju 1992. godine slijedile ostale europske zemlje. Dana 22. prosinca 1990. godine proglašen je novi Ustav Republike Hrvatske, kojim su u ustavnopravnom smislu dovršene liberalnodemokratske reforme.

Što se tiče istočne Hrvatske, valja napomenuti kako je u nametnutom ratu, čiji se vrhunac u stvarnom i simboličkom smislu odigrao u bitci za Vukovar, istočna Hrvatska pretrpjela goleme gubitke, od ljudskih, do onih koji su posljedica teških razaranja sela i gradova, a očituju se (pa i danas) u narušenom gospodarstvu, porušenim kulturnim spomenicima (crkvama, dvorcima, samostanima), itd. Dok je područje zapadne Slavonije oslobođeno od srpskog agresora u munjevitoj akciji "Bljesak", u svibnju 1995., područje je istočne Slavonije, Baranje i zapadnog Srijema, odnosno 4,6% teritorija Hrvatske, nakon potpisivanja Temeljnoga (erdutskog) sporazuma o mirnoj reintegraciji hrvatskog Podunavlja (12. studenog 1995.), vraćeno pod suverenitet Hrvatske 15. siječnja 1998. godine. Ovom su događaju prethodili pregovori vođeni 1995. godine, koji su rezultirali slanjem, uz pristanak Hrvatske, međunarodnih snaga Ujedinjenih naroda u hrvatsko Podunavlje. Navedena je misija, pod nazivom UNTAES (*UN Transitional Administration in Eastern Slavonia, Baranja nad Western Sirmium*, odnosno Prijelazna uprava UN-a za istočnu Slavoniju, Baranju i zapadni Srijem),⁴⁹ imala zadaću da do sredine 1997. godine provede izbore i vrati pod hrvatski suverenitet od pobunjenih Srba okupirane krajeve.

4. Upravno i pravno određenje istočnog dijela Hrvatske

Na područje današnje Hrvatske, Hrvati su dospjeli podijeljeni u nekoliko plemenskih zajednica. Temeljna jedinica društva bilo je pleme, koje se dijelilo na rodove (bratstva), rodovi na zadruge, koje su činile uže obitelji.⁵⁰

⁴⁹ Prijelazna je uprava UN-a za istočnu Slavoniju, Baranju i zapadni Srijem stvorena temeljem Daytonskog sporazuma iz 1995. godine. Počela je s radom 15. siječnja 1996., a svoj je mandat okončala 15. siječnja 1998. godine.

⁵⁰ Pri tomu je svaka od ovih jedinica imala svoje uloge: organizacijsku, obrambenu, teritorijalnu, proizvodnu, duhovne, koje su osiguravali rodonačelnici: naroda – kralj, knez, ban; plemena –

U razdoblju od početka 9. do kraja 12. st., na dijelu hrvatskoga naseobenog prostora razvijala se država patrimonijalnog tipa,⁵¹ čija je temeljna karakteristika bila u tomu što se državna organizacija smatrala u načelu patrimonijem vladara. Sve su funkcije vlasti pripadale prvenstveno vladaru⁵². Iako su podaci o teritorijalnoj organizaciji naselja veoma oskudni, može se zaključiti kako je na državnom teritoriju u razdoblju od 9. do 12. st. karakteristična obrambena organizacija pučanstva. Tako su u Primorju gradovi s obrambenim zidinama, dok se u zaleđu tih gradova nalaze utvrde, od kojih su neke pripadale vladaru, neke pojedinim mogućnicima, a neke naseljima. U prostoru između rijeka Save i Drave također su rijetke naseobine, no i za ovaj su prostor karakteristične utvrde – tako se na području Slavonije spominju kašteli Ljudevita Posavskog (dakle, već u 9. st.).⁵³

Formiranjem države, utvrde koje su pripadale vladaru, njegovom rodu ili plemenu, dobile su posebno značenje – one su postale središta, u kojima je vlast vršio vladar, odnosno netko drugi kome je vladar povjerio vršenje određene funkcije vlasti. Broj vladarevih središta ovisio je o broju pučanstva. Što je pučanstvo bilo gušće naseljeno, to je mreža vladarevih središta bila gušća. Područje i ljudi koji su bili podređeni nekom središtu činili su teritorijalnu upravno-sudsku jedinicu državne vlasti. Kako su se na čelu pojedinih središta nalazili župani, vremenom se ustalio običaj da se područje podređeno županu nazivalo županijom, a od kraja 12. st. komitatom.

U historiografiji postoje različita mišljenja o tomu kada se na prostoru između Drave i Gvozda, odnosno na prostoru srednjovjekovne Slavonije, počinje organizirati županijsko uređenje i na kojim osnovama. Prve vijesti o nazivima županija potječu iz 10. st., a daje nam ih bizantski car Konstantin Porfirogenet, koji u već spomenutom djelu *DAI* spominje kako je u 10. st. zemlja Hrvata podijeljena na jedanaest županija (Livno, Cetina, Imotski, Pliva, Pesenta, Primorje, Bribir, Nona, Knin, Sidraga i Nin⁵⁴). Također je značajno da car tvrdi kako je zemlja podijeljena na županije nakon što su Hrvati pobijedili franačku vojsku i postali samostalni i nezavisni, što to znači da je vladar organizirao županije već u 9. st. Kako car ne spominje teritorij sjeverno od Velike Kapele i Plješevice do Drave, Ivan Beuc tvrdi da do 12. st. nema izvornih podataka o županijskoj organizaciji u Slavoniji.⁵⁵ To ne znači da se može tvrditi kako car nije ništa znao o ovom području – dapače, on tvrdi kako je tim teritorijem upravljao arhont, koji je bio usko povezan s vladarom Hrvatske te mu je slao prijateljska poslanstva, što se

poglavica; roda – glavar; zadruga – starješina; obitelji – otac. Pavličević, D., op. cit. (bilj. 18), str. 78.

⁵¹ Beuc, I., *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*, RO Zrinski, Zagreb, 1985., str. 39.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid., str. 51.

⁵⁴ Pretpostavlja se kako su već tada, u 9. i 10. st., postojale i druge županije (Smiona, Drid, Luka, Bužane, Dežnica, Zagorje, Zastobrinj i Zatinje). Goldstein, I., op. cit. (bilj. 17), str. 102.

⁵⁵ Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 52.

može tumačiti i na način da je tadašnja Slavonija bila u sastavu hrvatske države.⁵⁶ Suprotno mišljenje iznosi N. Klaić, koja smatra kako su županije u Ugarskoj stvarane na slavenskoj osnovi i da kralja Ladislava ništa ne sprječava da takav sustav primijeni i u Slavoniji. Prema N. Klaić, proces organiziranja kraljevskih županija započinje upravo s kraljem Ladislavom (kraj 11. st.).⁵⁷ Ipak, ako se usporedi županijski sustav iz južnih dijelova države u 11. st. i onaj iz Slavonije u 12. st., dolazi se do zaključka kako su oni u biti isti, budući da su se oslanjali na utvrde vladara i da su županijama upravljali vladarevi funkcioneri. Dok u 12. st. među njima postoji razlika u tomu što su slavonske županije još uvijek u vlasništvu vladara, dok su južne hrvatske županije uglavnom u rukama nasljednih župana.

U drugoj polovici 11. st. na prostoru sjeverno od Velike Kapele do Drave prostirao se Slavonski dukat. Početke ove teritorijalne jedinice valja tražiti u arhontu kojega spominje Porfirogenet, koji je upravljao odnosnim teritorijem u 10. st. i koji je bio usko povezan s hrvatskim vladarom.

Županije u Kraljevini Dalmacije i Hrvatske u doba lenskog tipa državne vlasti postupno su prestajale biti kraljevske. Razvoj županijskog sustava u srednjovjekovnoj Slavoniji išao je sljedećim tijekom: postojeće stare plemenske župe ugarski su kraljevi (Ladislav i Koloman⁵⁸), krajem 11. i početkom 12. st., počeli su se pomalo pretvarati u veće upravne jedinice – županije. Prva među njima je bila Zagrebačka županija, potom su oformljene Zagorska (Varaždinska) i Križevačka županija te Virovitička, Požeška i Vukov(ar)ska, odnosno prema jugu Gorska, Gorička, Dubička, Sanska i Vrbaska županija⁵⁹. Broj i sastav županija na slavanskom području u odnosnom razdoblju nije bio stalan. S vremenom su nastajale promjene i nestajale pojedine županije. Bile su to najprije organizacije sitnog i srednjeg plemstva, da bi potom pomalo postajale kraljevske županije. Naime, tijekom 12. st. Arpadovići na slavanskom području uvode kraljevske županije, zasnovane na kraljevskim zemljištima, kojima u kraljevo ime, upravljaju kraljevski župani. O funkcijama koje su na svom području, u ime vladara u 12. st., obavljali župani, iz izvornih se podataka ne zna baš mnogo. Može se pretpostaviti kako je i sjeverno, kao i južno od Gvozda, najvažnija bile sudska funkcija župana te kompetencije u vojnoj⁶⁰ i fiskalnoj⁶¹ sferi. Kao pomoćni se organi župana već od 11. st. spominju podžupani (prvi pomoćnici i zamjenici župana), satnici (pretpostavlja se kako su oni pomagali pri utjerivanju financijskih davanja pri hvatanju zločinaca) i pristavi (egzekutivni organi županovih presuda).

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Klaić, N., *Povijest Hrvata u razvijenom srednjem vijeku*, Zagreb, 1976., str. 257.–265.

⁵⁸ Krunidbom Kolomana za kralja Dalmacije i Hrvatske, u Biogradu 1102. godine, dinastija Arpadovića, baštineći prava hrvatskih kraljeva, pod svojom vrhovnom vlašću ujedinjuje sve zemlje u sastavu hrvatske države – Hrvatsku, Dalmaciju, Neretljansku oblast i Slavoniju.

⁵⁹ Pavličević, D., op. cit. (bilj. 18), str. 102.

⁶⁰ Župani proglašavaju vladareve pozive na vojsku te zapovijedaju vojskom i utverdama u kojima stoluju.

⁶¹ Kompetencije župana u fiskalnoj sferi odnose se na prikupljanje poreza, globe i drugih daća i slanje istih u kraljevsku blagajnu.

Nakon sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe (1102. godine), Arpadovići su svoj naslov *Rax Hungariae* proširili na *Rex Hungariae, Dalmatiae aque Chroatiae*. Slavonija se u svečanoj formuli kraljevskog naslova ne spominje do 1526. godine. Iako su od početka 12. st. Slavonija i Hrvatska bile kontinuirano pod istim vladarom (Arpadovići, Anžuvinci), sve do kraja srednjeg vijeka ova su dva prostora ostala institucionalno odvojena i društveno duboko različita⁶². Na državnom se planu dualizam očitovao u tomu što se Slavonija od 1240. godine nazivala vladanjem (*regnum*), što je Slavonija imala posebnoga bana (oko 1225. – 1476. godine)⁶³ i sabor (oko 1273. godine⁶⁴).

Tijekom 12. te posebice 13. st., neprekinuto traje proces raspadanja kraljevskih županija, odnosno slabljenja kraljevske vlasti. Darovanja zemljišta i prava crkvi, viteškim redovima, plemićima, plemićkim općinama, povlastice slobodnih kraljevskih gradova – tijekom 13. st. dolazi do proglašavanja slobodnih kraljevskih gradova u Slavoniji. Tako 1209. godine, kao prvi u Slavoniji, Varaždin od kralja Andrije II. dobiva slobode izbora suca i neplaćanja danka (osim županu), 1231. godine slične povlastice dobiva Vukova(r), 1234. Virovitica, 1240. Petrinja, itd.⁶⁵ Najveću, po slobodama i pravima, povelju dobilo je trgovište na brdu Gradecu (Griču) pokraj biskupskoga grada Zagreba, 1242. godine, temeljem koje ovo naselje postaje slobodni kraljevski grad na brdu Gradecu (danas Gornji grad u Zagrebu).⁶⁶ Sve navedeno dovodi do toga da će na kraju ovog razdoblja stari sustav potpuno nestati. U takvoj situaciji Anžuvinci sve češće i sve više traže potporu u onim socijalnim slojevima kojima nije odgovaralo ovakvo stanje, odnosno u nižem i srednjem plemstvu i u stanovnicima slobodnih kraljevskih gradova. Tako će prema kraju 13. st. doći do vezivanja nižeg i srednjeg plemstva uz županijska središta i do stvaranja staleških skupština tog plemstva, a također će doći i do pojave plemićkih sudaca iz njihovih redova. Taj je proces bio završen 1291. godine, kada se u jednoj osobi spaja funkcija plemićkog suca i župana. Na ovaj je način izmijenjena i sama uloga župana, koji sada, osim županije, upravlja plemićkim poslovima. Uz župana, pojavljuju se i četiri plemićka suca, koji sude zajedno s njim. Temeljna je karakteristika županija iz razdoblja kraja 13. st. i prve

⁶² *Pravni leksikon*, op. cit. (bilj. 1), str. 1464.

⁶³ Nakon što su Arpadovići preuzeli vlast, u Slavoniju je iz Ugarske stiglo ugarsko plemstvo, koje je od kralja dobilo zemlju. No, kako je Slavonija od Ugarske bila odijeljena teritorijalno i organizacijski, u Slavoniji je postavljen ban koji je upravljao ovim područjem u kraljevo ime.

⁶⁴ Na području vladanja Slavonijom godine 1273. servijenti kralja (nobili) i službenici kraljevih utvrda (*jobbationes castrorum*) predali su banu na skupštini pismeno formulirana prava, moleći da ih ban primjenjuje kod suđenja i vršenja svojih banskih prava te da se ban pobrine da se tih pravila pridržavaju i suci. Ban je potvrdio odnosna pravila te je čak izdao ispravu o potvrdi prava predloženih na skupštini. Odnosna su prava poslije potvrđena, i to 1278., 1279., 1320., 1331., 1334. i 1343. godine. Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 107.

⁶⁵ Budući da se, zahvaljujući Hrvatima, Bela IV: riješio tatarske opasnosti, isti je od 1242. godine podijelio brojne privilegije gradovima po Slavoniji.

⁶⁶ Tako su građani Gradeca bili izuzeti od samovolje okolnih feudalaca ili biskupa. Bili su izravno pod kraljevom zaštitom, a imali su pravo birati svoga suca i upravu te se slobodno politički i gospodarski razvijati.

polovice 14. st. da su to sada plemićke zajednice, bez jasne teritorijalne određenosti. Uz nastavak procesa odumiranja starih kraljevskih županija, osnove za novu županijsku organizaciju utvrđene su 1325. godine, kada su svi stanovnici slavonskog Banata vraćeni pod jurisdikciju bana, što je bio važan korak prema postupnom oslobađanju slavonskih plemića od velikaške vlasti.

Na području vladanja Slavonijom krajem 12. i tijekom 13. st. još uvijek se sačuvao određeni broj utvrda u vlasništvu kralja. U cilju osuvremenjivanja svoje vojske i stvaranja vjernih vojnika i konjanika, kralj je, (iako je tim činom postupno ukidao svoju organizaciju vlasti) pribjegao oslobađanju znatnog broja ratnika od obveze vršenja *servicia* i od osobne potčinjenosti županu. Kako bi osigurao svoje *servijente*, odnosno nobile od župana, kralj je izdao nekoliko zakonskih dekreta, kojima je cilj bio sačuvanje njihove vjernosti. Tako je već Zlatnom bulom iz 1222. godine kralj pokušao zaštititi svoje *servijente* na način da je županima zabranio suditi u posjedu *servijenata* (dopustio im je suditi samo u pitanjima novca i desetine).⁶⁷ Jamstva prava *servijentima* kralj je potvrdio i svojim dekretima iz 1231⁶⁸. i 1267.⁶⁹ godine. Budući da odredbe kraljevih dekreta nisu bile redovito poštivane, što se posebice odnosi na sudski postupak, nego su nobili bili izloženi nasilju moćnih župana, godine 1273. ban Slavonije dao je pravo nobilema da sami sebi sude u svojim sporovima, pri čemu će se sud sastojati od župana, četiri nobila i dva jobagiona.⁷⁰ Izraz suci nobili, u smislu kraljevog dekreta iz 1291. godine, prema kojemu se suđenje ne može obaviti bez četiri suca nobila, javlja se tek sredinom 14. st.⁷¹, što se može tumačiti na način da se tek sada ugasio sustav kraljevskih županija. Dok je župana postavljao kralj, osiguravajući na taj način svoj utjecaj, suce nobile birali su sami nobili na svojim skupštinama, koje se pojavljuju sredinom 14. st. (*congregationes generales comitatus*). U skladu s tim, u odnosnom razdoblju može se govoriti o postojanju tri tijela: župan, suci nobili i skupština, čija je nadležnost bila ograničena na sudovanje, dok će se u 15. st. ista proširiti na ekonomske i vojne poslove. U početku su skupštine činili nobili, ali i jobagioni utvrda, koji, međutim od sredine 15. st. gube tu povlasticu, tako da se od tada skupštine

⁶⁷ U načelu, *servijentima* je sudio sam kralj, odnosno suci koji su zamjenjivali njegovu osobu.

⁶⁸ Kraljevim dekretom iz 1231. godine utvrđena je obaveza biskupa da ekskomuniciraju svakoga kraljevog funkcionera (ili koga drugog) koji ne bi postupio u sudskom postupku protiv *servijenata*, na temelju mjesne i stvarne nadležnosti.

⁶⁹ Kraljevim dekretom iz 1267. godine kralj se ponovno obvezao na poštivanje svih prava *servijenata*, s tim da su ovim dekretom po prvi puta *servientes regis* izričito poistovječeni s nobiles.

⁷⁰ Banov privilegij iz 1273. godine prihvatio je u osnovi i kralj, koji je 1291. donio dekret kojim je propisano da niti jedan župan ne može suditi bez četiri suca nobila, čime je ostvaren temelj za osnivanje posebnog sudišta nobila. Istim je dekretom određeno da se župan i četiri suca nobila trebaju priključiti palatinu, ako bi ovaj sudio okolne nobile (isto je vrijedilo i za bana). Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 123.

⁷¹ Tamo gdje su postojale kraljevske županije, župani su samostalno sudili još u prvoj polovici 14. st., kada se već, nalaze primjeri zajedničkog suđenja župana i nobila, ali ne s četiri nobila, nego sa svim nobilema određenog kraja.

počinju nazivati *universitas nobilium*. Kralj je sazivao prve skupštine te je sačuvao naziv županije (*comitatus*). Međutim, ove nove županije nisu imale sve do 15. st. nikakvu sličnost s prijašnjim kraljevskim županijama. One su predstavljale novu organizaciju vlasti kralja, u kojoj je kralj uspio zadržati svoj utjecaj i nadzor nad regionalnom teritorijalnom organizacijom vlasti.⁷²

Na području Slavonije postojao je još jedan vid organizacije vlasti – zajednice ovlaštenika (nobila i slobodnih osoba), koje su najčešće bile vezane uz županije ili bana u važnijim sudskim procesima. Odnosne su zajednice nastajale na nekoliko načina: od pojedinca (rodonačenika) egziminiranog od vlasti župana s vremenom se razvila zadružna obitelj ovlaštenika, a od ove s vremenom rodovska ili plemenska zajednica ovlaštenika; od egziminiranog roda s vremenom se razvila plemenska ili seoska zajednica ovlaštenika, s vlastitom sudbenošću ili cijeli niz sela bio obuhvaćen kraljevim privilegijem u pogledu vlastitog sudovanja.

Krajem 13. i na početku 14. st. u Hrvatskoj su postajale moćne feudalne obitelji, s tim da su tri takve obitelji bile dominantne: Šubići Bribirski u južnoj Hrvatskoj, Krčki ili Frankopani u sjeverozapadnoj Hrvatskoj te Babonići (Babonegi) u Slavoniji. Ove obitelji više nije zadovoljavala dotadašnja podjela vlasti. U isto vrijeme, značajan sudionik u vlasti postaje i Crkva. Od kraja 13. st. tako su u Kraljevstvu Hrvatske i Dalmacije nositelji državne vlasti bili crkveni i svjetovni plemići na svojim vlastelinstvima, županije na području županija te slobodni kraljevski gradovi i dalmatinski gradovi. Kralj je bio samo jedan od nositelja državne vlasti. Svaka županija ima svoj središnji grad-utvrdu, svoga župana, podžupana; svaki grad ima svoga kapetana; svaki kraljevski grad ima svoga kaštelana. U pravnom je pogledu Hrvatska, kao kraljevina, bila posebna političko-teritorijalna jedinica, na čelu koje je kralj, dok u njegovo ime samostalna vlada herceg (*dux*), koji stoluje u Zagrebu, Kninu, Zadru i Bihaću te koji saziva sabore koji zasjedaju: za Slavoniju u Zagrebu, Križevcima, Koprivnici, Krapini i Čazmi, a za Hrvatsku u Kninu, Ninu i Bihaću. Ovo je i vrijeme kada se javljaju prvi grbovi, kao simboli velikih obitelji, gradova, odnosno kraljevina. I dok je prvi grb Dalmacije (tri leopardske glave) pronađen na jednom pečatu iz 1406. godine, a prvi se hrvatski grb s pet crvenih i pet srebrnih kocki pojavljuje u drugoj polovici 15. st. i onda 1525. godine, grb Slavonije, s kunom u bijegu između dviju šestokrakih zvijezda, javlja se na prvim slavonskim novcima u 13. st., dok ga je za javnu uporabu odobrio kralj Vladislav II. Jagelović 1496. godine.

Od kraja 14. st., pa za duga stoljeća u budućnost, tijek će hrvatske povijesti uvelike biti određen dolaskom Osmanlija. Hrvatski je teritorij, zahvaljujući mletačkom zaposjednušću Dalmacije i osmanskim osvajanjem unutrašnjosti, podijeljen. Do kraja 16. st. hrvatske zemlje u političkom pogledu čine dvije povijesne cjeline: Kraljevina Dalmacija i Hrvatska i Kraljevina Slavonija, no od

⁷² Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 124.

tada se tretiraju kao trojna cjelina: Kraljevina Dalmacija, Hrvatska i Slavonija,⁷³ a takvo stanje ostaje sve do 1918. godine. Slavonija je svoju titulu imala od 1529. godine.⁷⁴ Potkraj 16. st., nakon što su Turci otkinuli Slavoniji Srijem te područje do linije Sisak – Čazma – Pitomača, u Slavoniji su ostale samo još zagrebačka, križevačka i varaždinska županija. Takvo znatno smanjivanje teritorija rezultiralo je 1558. godine spajanjem područja vladanja Hrvatskom i Slavonijom, koje su se, dakle nadvladale stoljetnu podvojenost u vrijeme svoje najveće nemoći (uz napomenu da su kraljevi i nadalje nosili naslov kralja Hrvatske, Dalmacije i Slavonije).

U vrijeme kada su hrvatski staleži i redovi za svoga vladara izabrali Ferdinanda Habsburškog, 1527. godine, županije su u svojoj osnovi bile plemićke zajednice (*universitas nobilium*). U razdoblju od 1527. do 1848. godine, županije su prošle tri organizacijska razdoblja.⁷⁵

U prvom su razdoblju, od 1527. do 1761. godine, županije – zagrebačka, križevačka i varaždinska kao jedini ostaci Hrvatsko-slavonskog kraljevstva nakon Mohačke bitke, ne uzimajući pri tomu u obzir slavonske županije, koje su ponovno bile u sastavu državnog teritorija od 1745. godine – predstavljale administrativno sudske teritorijalne i plemićke zajednice. Županije su više bile sudske teritorijalne jedinice, nego upravne i nisu djelovale samostalno prema kralju i zajedničkom Hrvatsko-ugarskom saboru. U upravnu djelatnost županija spadali su briga za očuvanje poretka i mira, razrez poreza, obavještanja pučanstva o propisima i odredbama Sabora te briga da se oni poštuju i izvršavaju.⁷⁶ U nadležnost velikih župana, koji su bili na čelu županije (te čija je funkcija u varaždinskoj županiji bila nasljedna i pripadala je najstarijem punoljetnom članu obitelji Erdodi, dok je velikog župana u zagrebačkoj i križevačkoj županiji imenovao ban,⁷⁷ s tim da je imenovao vicebana, jer je s tom funkcijom bilo povezano pravo vršiti funkciju velikog župana u obje odnosne županije) i županijskih funkcionera spadalo je vršenje njihovih sudskih funkcija. Radi rješavanja određenih problema u županijama, kralj je slao u iste delegacije. Županije nisu bile neposredno predstavljene u Saboru⁷⁸, naredbe županijama mogli su izdati samo ban i staleži i redovi na temelju svoje vlasti. Teritorij županije dijelio se u kotare (*processus*), a kotari su se dalje dijelili u distrikte (*districtum*). Na teritoriju cijele županije djelovao je županijski sudbeni stol, na čijem se čelu nalazio veliki župan (viceban), zajednički za zagrebačku i križevačku, a posebni za varaždinsku županiju.

⁷³ Pri tome, područje Slavonije obuhvaća područje između rijeke Drave i Save, područje Hrvatske – područje između Save i Velebita, a područje Dalmacije – područje uz more od Labina do rijeke Bojane na jugu.

⁷⁴ Kraljevsku je titulu Slavoniji upisao Ferdinand I.

⁷⁵ Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 212.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Navedeno je pravo ban izgubio 1715. godine, kada je to pravo vraćeno kralju temeljem zakona čl. 123. zajedničkog sabora iz 1715. godine.

⁷⁸ Županije nisu slale svoje delegate u Sabor, nego je Sabor izabirao alegate iz svoje sredine, tako da isti nisu predstavljali u Saboru županije, nego državu u cjelini.

U razdoblju od 1761. do 1848. godine, zagrebačka, križevačka i varaždinska županija bile su na isti način organizirane kao i virovitička, požeška i srijemska županija, tri slavonske županije koje su 1745. godine integrirane u hrvatski državni prostor. Ovo je vrijeme kada je došlo do promjene značaja županija i njihove moći. Dok sudske funkcije županija nisu promijenile niti sadržaj, niti oblik, županije su dobile na području samouprave široke kompetencije. Na tom je području s jedne strane stajao veliki župan, a s druge plemstvo sakupljeno u županijskoj skupštini.⁷⁹ Između njih je stajao županijski magistrat.⁸⁰ Veliki župan (*supremus comes*)⁸¹ bio je vrhovni upravitelj i rukovoditelj svih županijskih poslova. Pod njegovim je vodstvom bio županijski magistrat, kojega su činili dva vicežupana (*vicecomes ordinarius* i *vicecomes substitutus*),⁸² plemićki suci (*judices nobilium iudium*), podsuci (*vicejudices nobilium*),⁸³ notari, ubirači poreza, odnosno podređeno županijsko činovništvo. Uprava županijske samouprave zahvaćala je vojne, upravno-financijske i pravosudne poslove. Nove županije posjedovale su jedno značajno pravo, a to je pravo kontroliranja kralja i njegovih organa u pogledu toga jesu li njegove odredbe i naredbe u skladu s pravima staleža i redova, plemstva, odnosno poretka uopće. U slučaju povrede takvoga prava, županije su se koristile pravom remonstracije, odnosno izvješćivale su kralja o toj povredi. Ako kralj ne bi izmijenio svoju odluku, županije bi odložile primjenu sporne naredbe do neodređenog vremena te bi čak vršile i određene represalije.⁸⁴

U trećem razdoblju, od 1785. do 1790. godine, županije su djelovale kao vladareve najniže teritorijalne upravne organizacijske jedinice u zemlji. Godine 1785., kralj je područje Ugarske i Hrvatske, ne gledajući na njihove granice,

⁷⁹ Županijska je skupština bila opće ili velika (*congregatio generalis*) i posebna ili mala (*congregatio particularis*). U velikim su se skupštinama sastajali sva četiri staleža (prelati, velikaši i plemići u punom broju, te slobodni kraljevski gradovi i privilegirani distrikti po predstavnicima), dok su se u malim skupštinama sastajali samo županijski funkcioneri, prisjednici i oni plemići i drugi ovlaštenici koji su prebivali u okolini ili koji su bili najodličniji po položaju.

⁸⁰ Županijski su magistrat činili županijski funkcioneri, koje je birala skupština.

⁸¹ Veliki župan nije smio biti stranac, nego je morao potjecati baš iz županije kojoj je bio na čelu. Morao je biti punoljetan (a iznimno, ako je čast bila nasljedna, mogao je biti i maloljetan, no u tom je slučaju morao postaviti administratora koji je do punoljetnosti velikog župana vladao županijom); bio je dužan stalno prebivati u svojoj županiji; predsjedao je županijskim skupštinama, svim sudskim vijećanjima u svojoj županiji, te je bio predstavnik županije u Saboru i u zajedničkom Hrvatsko-ugarskom saboru; prije stupanja na dužnost, morao je položiti prisegu vjernosti kralju ili njegovom zastupniku.

⁸² Vicežupani su gotovo stalno zamjenjivali velike župane, koji su često bili odsutni (zbog nazočenja sjednicama Sabora); vicežupan ordinarius zamjenjivao je velikog župana u županijskim i sudskim poslovima, dok je vicežupan supstitutor zamjenjivao velikog župana u upravnim poslovima.

⁸³ Svaki je županijski kotar imao dva ili više plemićkih sudaca i podsudaca, koji su objavljivali općinama naredbe i naloge županije, odnosno Hrvatskoga kraljevskog vijeća (kasnije Ugarskoga namjesničkog vijeća) i sabora te koji su pazili na red i mir u kotaru i u zakonom određenim slučajevima, uz pomoć jednog pomoćnika (*jurassor*) izricali presude i dijelili pravdu. Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 217.

⁸⁴ Primjerice, županije ne bi davale ubirati porez u korist kralja, iako je to Sabor već bio zaključio.

podijelio na 10 okružja (*circulus*), pri čemu je svako okružje bio sastavljeno od nekoliko županija. Slavonske su županije, zajedno s baranjskom, činile jedan okrug sa sjedištem u Pečuhu. Svi su okruzi bili podčinjeni Ugarskom namjesničkom vijeću. U odnosnom su razdoblju suspendirane županijske skupštine, a ban je postao samo posrednikom između kralja i Ugarskoga namjesničkog vijeća i županija. Veliki župani, koje je imenovao kralj, postali su izvršni organi viših upravnih organa. Nalazili su se na čelu županijskih ureda, koji su bili podređeni okružnim predstojnicima, odnosno kraljevim komisarima, koje je također imenovao kralj. Vicežupana imenovao je predstojnik okružja. Banu i županijama oduzete su sudske kompetencije, a Hrvatsko-slavonski i Hrvatsko-ugarski sabori nisu se više sazivali.

Kao što je već spomenuto, u Slavoniji su 1745. godine obnovljene slavonske županije⁸⁵: požeška, sa sjedištem u Požegi, virovitička, sa sjedištem u Osijeku i srijemska, sa sjedištem u Vukovaru. Županije su obavljale dijelom vojne⁸⁶, dijelom upravnofinancijske⁸⁷ te dijelom pravosudne⁸⁸ poslove. Sve do 1848. godine, veliki je župan (*supremus comes*), kojega postavljaju ban i Sabor, odnosno od 1715. kralj, bio vrhovni upravitelj i temeljni nositelj svih županijskih poslova⁸⁹. Uz velikoga župana, postojala su dva vicežupana: *vicežupan ordinarius*, zamjenik župana u županijskim i sudskim poslovima te *vicežupan supstitutor*, zamjenik župana u upravnim poslovima. Upravne je i financijske poslove županije obavljala županijska skupština (velika i mala), sastavljena od plemića te predstavnika slobodnih kraljevskih gradova i privilegiranih distrikata. Svoje su predstavnike slavonske županije slale u Sabor, a od 1751. godine i u Ugarski sabor, na kojemu predstavnici ostalih hrvatskih županija nisu bili neposredno predstavljeni, nego su ih predstavljali saborski poslanici.

U vremenu od 1737. do 1751. godine, preuređuje se Vojna krajina, ukidanjem kapetanija i osnivanjem pukovnija. Od osvojenja Slavonije do 1737. godine. Slavonijom je upravljalo Dvorsko ratno vijeće u Beču, u zajednici s Dvorskom komorom, koja je u Osijeku imala svoju jedinicu pod nazivom Viši direktorij. Godine 1737., osnovana je pokrajinska uprava, pod nazivom Zemaljska deputacija, na čelu koje je bio šef generalata, a koja je vodila političke, upravne, policijske i pravosudne poslove, dok su vojni poslovi bili u nadležnosti

⁸⁵ Obnovu slavonskih županija započela je 1. travnja 1745. godine carica Marija Terezija. Kako su se zagrebačka, križevačka i varaždinska županija sredinom 18. st. u pogledu organizacije i nadležnosti, te sudske i upravne vlasti, razlikovale od obnovljenih slavonskih županija, carica Marija Terezija započela je proces reforme županijskog sustava radi usklađivanja njihove organizacije, djelovanja i nadležnosti.

⁸⁶ Temeljni sadržaj vojnih poslova županija činile su razne akcije u vezi s pozivanjem na oružje i obranu. Vrbošić, J., op. cit. (bilj. 79), str. 50.

⁸⁷ Primjerice: ubiranje daća, reguliranje mitnica, mostova, carinarnica, putova, mjera itd.

⁸⁸ Sudbene je poslove u županiji obavljao županijski sudbeni stol (kao apelacijsko i kazneno sudište), potom vicežupani i plemićki suci (u građanskom i kaznenom postupku).

⁸⁹ Nadležnosti velikog župana, kao glavar županije, bile su da u ime kralja upravlja svim upravnim, sudskim i vojnim poslovima (djelomično neposredno, djelomično posredno, preko svojih zamjenika).

generalkomande, a gospodarski u nadležnosti Komore. Krajem 1744. godine Slavonija je podijeljena na područje provincijala (gdje se osnovane virovitička, požeška i sremska županija) i Vojne krajine, a već tri godine kasnije brodska, gradiška i petrovaradinska pukovnija činile su Slavonsku vojnu krajinu.

Zakonom Hrvatskog sabora od 5. veljače 1886. godine ukinuto je područje s vlastitom upravom na području razvojačene Vojne krajine, te je na cijelom prostoru bivše Vojne krajine uređena jedinstvena upravna podjela, koja se temeljila na županijama, kotarima unutar županija, te općinama unutar kotareva⁹⁰. Županije su dobile novu nadležnost, koja je bila podijeljena na županijsku skupštinu, upravni odbor, velikog župana i županijsku oblast, kao organizacijsku jedinicu županije na čelu koje je bio podžupan.

U razdoblju od 1870. do 1918. godine županijska je uprava doživjela tri bitne promjene.

Razdoblje od 1870. do 1874. godine obilježilo je sužavanje nadležnosti županija – županije nisu više bile posebni i samostalni upravni organi, nego je od samouprave županija sačuvan samo oblik.⁹¹ Preokret u razvoju županija bio je rezultat političkih polazišta odnosnog vremena. Naime, on je bio nužan u politici bečkog dvora u doba kada je promadžarska manjina ugovorila Nagodbu. Na ovaj je način kralj sačuvao svoj utjecaj ne samo u zakonodavstvu, izbornim zakonom, nego i u izvršnoj vlasti, a županija je postala instrument vladara i vladajuće grupe u Hrvatskoj (unionista). Za vrijeme odnosnog razdoblja, uprava u županijama bila je spojena sa sudstvom. Svoje je upravne funkcije županija vršila županijskom skupštinom (dok je ona zasjedala), odnosno upravljajućim odborom (između zasjedanja županijske skupštine). Izvršni organ županije bio je županijski magistrat. Osnovne su poslove županije činili: nadzor nad kotarima i općinama, posrednička uloga između kotara i općina te Zemaljske vlade, uprava županijskom imovinom i dodijeljenim im zakladama, gradnja crkvi, škola, javnih zgrada i drugi poslovi uprave koji nisu bili zadržani Vladi ili kotaru. Županije, kojih je bilo sedam, bile su podijeljene na kotare.⁹² Na području kotara, upravni je prvostupanjski organi bila kotarska oblast (kotarski ured), dok je na čelu kotara stajao kotarski sudac odgovoran velikom županu.

U razdoblju od 1875. do 1886. godine, županije su bile isključivo upravni organi, te su oblik samouprave zadržale samo u postojanju županijske skupštine, nadležne za rješavanje samo sporova nekih predmeta vlastitog djelokruga više općina ili podžupanija. U ovom je razdoblju županijsku upravu vršilo 20 podžupanija⁹³, na čelu kojih se nalazio podžupan. Veliki se župan nalazio na čelu sjedišta županija, kojih je bilo osam. I županije, i podžupanije, imale su

⁹⁰ Beuc, I., op. cit. (bilj. 51), str. 246.

⁹¹ Ibid., str. 290.

⁹² Nadležnost kotara odnosila se na: vršenje državnog redarstva, izdavanje oružanih listova, izdavanje propusnica, izdavanje dozvola kazališnih i sličnih predstava, nadzor nad općinama, poslove poljodjelstva, šumarstva, lova, održavanje cesta, mostova, i dr.

⁹³ Primjerice, Požešku su županije činile tri podžupanije (Osijek, Đakovo i Virovitica), a Srijemsku dvije (Vukovar i Ruma).

svoje skupštine, s tim da su podžupanijske skupštine imale nešto širu nadležnost od županijskih.⁹⁴ Najvećim su dijelom djelokrug županije i podžupanije vršili podžupanijski uredi “podžupanija”, u čiji su djelokrug spadali svi poslovi koje im je povjerila Zemaljska vlada, te poslovi koji su do tada spadali u nadležnost kotarskih ureda i županija, ukoliko nisu dani u nadležnost novoj županijskoj ili podžupanijskim skupštinama.

Ponovno je djelovanje županija kao samoupravnih organa karakteristično za razdoblje od 1887. do 1918. godine, kada je podjela na županije (kojih je tada bilo osam) na podžupanije zamijenjena onom na kotare, s tim da su kotari bili znatno manja područja. Poslove samouprave županija je vršila županijskom skupštinom,⁹⁵ čiji je djelokrug obuhvaćao: donošenje statuta, pravo raspravljati predmete javnog interesa, pravo obraćati se Saboru peticijama, rješavanje sporova između općina, rješavanje sporova među nižim upravnim organima zbog nadležnosti, uprava županijskom imovinom i dr. Znatna je upravna ovlaštenja imao i upravni odbor županije, koji je imao trojaki djelokrug: poslove autonomne uprave, porezne poslove i disciplinske poslove. Protiv zaključaka županijske skupštine te protiv rješenja upravnog odbora donesenog u prvom stupnju, stranci je pripadalo pravo utoka Zemaljskoj vladi. Najšira je upravna ovlaštenja u županiji imala kraljevska županijska oblast, u čiju je nadležnost pripadala sva javna uprava ako ista nije pripadala Vladi, županijskoj skupštini, upravnom odboru županije ili kotarskim oblastima⁹⁶. Na čelu županije nalazio se veliki župan, koji je bio pouzdanik Vlade, te koji je vršio nadzor nad samoupravom i političkom upravom županije i kotara. Na čelu županijske oblasti bio je podžupan, koji je bio podređen velikom županu i njemu odgovoran za rad oblasti. Upravne su funkcije u kotaru vršile kotarske oblasti⁹⁷, ukoliko iste nisu pripadale županiji ili drugom organu uprave.

U relativno kratkom razdoblju, u Hrvatskoj je, dakle izveden veliki broj promjena glede upravno-političke organizacije. Iako je svaka promjena imala svoje specifične ciljeve, valja napomenuti kako je svaka preobrazba institucionalnoga sustava državne uprave uvelike bila određena političkim polazištima, odnosno odgovarajućim državnim unutarnjim i vanjskim čimbenicima. Naime, tijekom gotovo čitave svoje povijesti, županije su igrale bitnu ulogu u očuvanju hrvatske državnosti i autonomnog položaja, a kako su iste činjenice bili svjesni i u

⁹⁴ Podžupanijske su skupštine rješavale pitanje: mreže i arondiranja općina, izdavanje dozvola za otuđivanje općinske imovine, nabavu pokretnina i nekretnina, uzimanje zajma, odobravanje općinskih nameta i dr.

⁹⁵ Zanimljivo je kako se pri popunjavanju odnosne skupštine primjenjivao sustav popunjavanja članstva skupštine bez izbora – 50% (polovica članstva koja se odnosila na najjače oporezovane i činovništvo), odnosno izborima – druga polovica članstva.

⁹⁶ Posebno je nadležnost kraljevske županijske oblasti obuhvaćala: održavanje javnog reda i mira, brigu o izvršavanju zakonskih propisa, rješavanje u prvom stupnju svih pitanja koja su nastala između općina te općina i kotara, kao i između kotara, izdavanje listova za kućarine i dr.

⁹⁷ Kotarske su oblasti bile nadležne za: brigu oko izvršenja zakonskih propisa, održavanje javnog reda i mira, uzdržavanje cesta, mostova, kanala, rukovođenje poslovima agrikulture, poslove zadružnih dioba, nadzor nad granicama kotara i dr.

Beču i Pešti, koji su imali drugačije planove glede Hrvatske, promjene izvršene u županijskom ustroju u mnogim su svojim odrednicama bile usmjerene na sprječavanje hrvatske državnosti. Takve će promjene s istim ili sličnim ciljevima obilježiti i daljnji razvoj županijskog sustava u Hrvatskoj. Od propasti Austro-Ugarske, Hrvatska je bila u sastavu jugoslavenske državne zajednice, odnosno državnog saveza. U tom su razdoblju upravno-teritorijalne promjene također brojne i razmjerno česte, a upravo su te promjene bile i mehanizam za provedbu nekih dalekosežnijih ciljeva, među kojima je svakako i sprječavanje hrvatske državnosti.

Nakon raspada Austro-Ugarske Monarhije i stvaranja nove državne zajednice, Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1918. godine, donošenjem Ustava iz 1921. godine⁹⁸ napušta se tradicija hrvatskih županija, umjesto kojih se uvode 33 oblasti⁹⁹. Hrvatska je bila podijeljena na šest oblasti: Osječku, Srijemsku¹⁰⁰, Zagrebačku, Primorsko-krajišku, Splitsku i Dubrovačku. Teritoriji navedenih šest oblasti formiranih Zakonom o oblasnoj i sreskoj samoupravi,¹⁰¹ gotovo su se posve poklapali s teritorijem Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, iako se pri uspostavi oblasti nisu poštitvale povijesne granice. Naime, iako šest hrvatskih oblasti uzetih zajedno nisu bile u suprotnosti s granicama sastavnih dijelova iz 1918. godine, samo uspostavljanje oblasti kao temeljne jedinice imalo je za cilj negaciju upravo tih sastavnih dijelova. Hrvatsko je područje bilo raskomadano u šest do tada nepoznatih cjelina. Sukladno Zakonu o oblasnoj i sreskoj samoupravi, kojemu je osnova bio Vidovdanski ustav, oblasti su pravne osobe i prema javnom i prema privatnom pravu, u čiju nadležnost ulaze: javni radovi i izrada građevinskih propisa, odnosno građenje lokalnih željeznica, kanala, pristaništa, mostova, cesta, reguliranje potoka i bujica, unaprjeđivanje oblasnih privrednih interesa, odnosno ratarstva, stočarstva, vinogradarstva, voćarstva, šumarstva, itd., pomaganje obrta, industrije i zadrugarstva, briga o narodnom zdravlju, socijalna skrb na svom području, i dr. Potpunu ingerenciju nad policijom, sudstvom, vojskom, središnjom upravom, prosvjetom, šumama, rudama, velikim rijekama i nekim drugim područjima, država je zadržala za sebe. Iako se sadržajno i teritorijalno rad oblasti nešto razlikuje od rada starih županija, svi su poslovi županije zastupljeni u radu oblasti te ne iznenađuje da je središnja vlast uskoro nakon konstituiranja oblasnih skupština i oblasnih odbora shvatila opasnost koja joj je prijetila od djelovanja samouprava u Hrvatskoj, te je istu nastojala svim sredstvima spriječiti.¹⁰²

⁹⁸ Kraljevina SHS proglašena je 1. prosinca 1918. godine, no njezine granice prema susjedima utvrđene su tek 1919. i 1920., dok je prvi upravno-teritorijalni ustroj ozakonjen tek 1922. god.

⁹⁹ Oblasti su se dalje dijelile na okruge, kotare i općine.

¹⁰⁰ Srijemska je oblast obuhvaćala kotareve bivše Srijemske županije, dok se Osječka oblast teritorijalno nadovezivala na Srijemsku dalje prema zapadu Hrvatske.

¹⁰¹ Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi izglasan je u Narodnoj skupštini 21. ožujka 1922. godine.

¹⁰² Primjerice, kao predsjednik Oblasnog odbora Oblasne skupštine zagrebačke oblasti, Stjepan Radić je prepoznao kako se oblasti mogu organizirati na način da djeluju protivno

Korjenita je reforma upravno- teritorijalnog ustroja uslijedila nakon što je 6. siječnja 1929. godine proglašena diktatura, a u listopadu iste godine kralj proglasio Zakon o nazivu i podjeli Kraljevine na upravna područja. Oblasti su ukinute te je izvršena podjela na 9 banovina, koje su dobile nazive prema rijekama (osim Primorske); dvije su banovine – Savska i Primorska – obuhvaćale hrvatsko područje. Ovakva podjela, međutim, nije imala niti zemljopisno, niti etničko, niti ekonomsko opravdanje, nego se njome opet svjesno htjelo poništiti kontinuitet povijesnih i nacionalnih pokrajina i njihovih granica. Banovski je ustroj jasno naznačio konture Velike Srbije (primjerice, od 9 banovina, 6 je imalo pravoslavnu većinu pučanstva). Većina se teritorija današnje Hrvatske nalazila u dvije banovine: Savskoj (sa središtem u Zagrebu) i Primorskoj (sa središtem u Splitu). Dunavska je banovina (sa središtem u Novom Sadu) obuhvaćala i Vinkovce, Vukovar, Ilok i Baranju, dok su dijelovi istočne Slavonije i Srijema pridodani Drinskoj banovini. Na nižoj razini, banovine su se sastojale od kotara, a kotari iz općina. Na čelu banovske vlasti nalazi se ban, odgovoran kralju i Saboru.

Savska su i Primorska banovina okosnica Banovine Hrvatske, osnovane 1939. godine.¹⁰³ Unutar Banovine Hrvatske našli su se kotari Vukovar, Županja, Vinkovci, Ilok i Šid, dok je preostalih pet kotara pripalo Dunavskoj Banovini.

Za vrijeme Drugoga svjetskog rata, novoustrojena Nezavisna Država Hrvatska upravu je organizirala na način da je teritorij, sukladno Zakonskoj odredbi o velikim župama od 10. lipnja 1941. godine, podijeljen na 22 velike župe¹⁰⁴ i grad Zagreb, te na 142 upravna kotara, 18 kotarskih ispostava, 31 grad i 1000 općine. Na području su istočne Hrvatske u to vrijeme postojale sljedeće velike župe: Baranja (sa sjedištem u Osijeku, a koja je imala 7 upravnih kotareva, 72 općine i 2 grada), Livac-Zapolje (sa sjedištem u Novoj Gradiški, s 8 upravnih kotareva, 82 općine i 1 gradom), Vuka (sa sjedištem u Vukovaru, s 10 upravnih kotareva, 156 općina i 7 gradova), Posavje (sa sjedištem u Brodu, sa 6 upravnih kotareva, 3 kotarske ispostave, 64 općine i 1 gradom)¹⁰⁵. Na području koje su osvojili partizani ustrojeni su narodnooslobodilački odbori – seoski i gradski, općinski, kotarski i okružni. Ovakav je četverostupanjski ustroj odbora bio na snazi u cijeloj Hrvatskoj do 1946. godine.

procesu centralizacije te se ne kršeći pri tomu jugoslavensko zakonodavstvo, borio za što širu samoupravu.

¹⁰³ Uz Savsku i Primorsku banovinu, teritorij Banovine Hrvatske obuhvaćao je kotareve: Dubrovnik, Šid, Ilok, Brčko, Gradačac, Derventu, Travnik i Fojnicu sa Zagrebom kao upravnim središtem.

¹⁰⁴ Riječ je o sljedećim velikim župama i njihovim središtima: Baranja (Osijek), Bilogora (Bjelovar), Bribir i Sidraga (Knin), Cetina (Omiš), Dubrava (Dubrovnik), Gora (Petrinja), Hum (Mostar), Krbava i Pset (Bihać), Lašva i Glaž (Travnik), Lika i Gacka (Gospić), Livac i Zapolje (N. Gradiška), Modruš (Ogulin), Pliva i Rama (Jajce), Pokupje (Karlovac), Posavje (Slavonski Brod), Prigorje (Zagreb), Sanja i Luka (Banja Luka), Usora i Soli (Tuzla), Vinodol i Podgorje (Senj), Vrhbosna (Sarajevo), Vuka (Vukovar) i Zagorje (Varaždin).

¹⁰⁵ Vrbošić, J., op. cit. (bilj. 52), str. 60.

Nakon Drugoga svjetskog rata, prvi je službeni upravno-teritorijalni ustroj ozakonjen 1947. godine: sukladno Zakonu o administrativno-teritorijalnoj podjeli Narodne Republike Hrvatske, ustanovljeno je više jedinica različitih hijerarhijskih razina, odnosno ustrojeni su kotari (kojih je bilo 81), gradovi s gradskim rajonima, gradska naselja i mjesni narodni odbori. Temeljem propisa iz 1949. godine (Zakon o administrativno-teritorijalnoj podjeli NR Hrvatske) u Hrvatskoj se formira ustroj oblasti – Dalmacija, Bjelovar, Karlovac, Osijek, Rijeka i Zagreb – te kotarevi (i gradovi) i mjesni narodni odbori. Oblasna su središta bila Split, Karlovac, Rijeka, Zagreb, Bjelovar i Osijek. Osječka je oblast odgovarala uobičajenom poimanju Slavonije s Baranjom i zapadnim Srijemom.

Sljedeća je promjena uslijedila 1952. godine, donošenjem Zakona o podjeli NR Hrvatske na kotare, gradove i općine. Hrvatska je podijeljena na 58 kotara, 7 gradova, 60 gradskih općina i 637 općina.

Zakonom o području kotara i općina u Narodnoj Republici Hrvatskoj iz 1955. godine cijela je Hrvatska podijeljena na općine (299) i kotare (27). Dva najistočnija kotara imala su svoja sjedišta u Vinkovcima i Osijeku.

Godine 1962., Zakonom o područjima općina i kotara u NR Hrvatskoj, uspostavljeno je 9 kotara i 111 općina. Kotar Osijek obuhvaćao je cijelu Slavoniju s Baranjom. Pet godina kasnije, Ustavnim zakonom o promjeni Ustava SR Hrvatske, ukinuti su kotarevi, tako da u narednom razdoblju, sve do 1974. godine, nije bilo većih prostornih i upravnih jedinica od općina, dok su na nižoj razini uvedene mjesne zajednice.

Društvenim planom razvoja 1966. – 1970. godine u Hrvatskoj je izvršena podjela na četiri makroregije: Slavonsku, Srednjohrvatsku (koju je obuhvaćala Zagrebačku, Zagorsko-međimursku i Bilogorsko-podravsku regiju), Primorsko-ličku (s Kvarnersko-goranskom i Ličkom regijom) te Dalmatinsku.

Godine 1974., tzv. društvenim dogovorima osnovane su nove upravno-teritorijalne jedinice prvoga hijerarhijskog reda – zajednice općina.

Upravno-teritorijalni ustroj Hrvatske nakon Drugoga svjetskog rata može se, dakle okarakterizirati nestalnim. Mnoštvo različitih koncepcija ukazuju kako je upravno-teritorijalni ustroj, zapravo, bio sredstvo za provedbu nekih dalekosežnih ciljeva, ponajprije onih usmjerenih ostvarenju velikosrpskih ciljeva, odnosno usmjerenih sprječavanju hrvatske državnosti.

Novi je upravno-teritorijalni ustroj zacrtan *Ustavom Republike Hrvatske*, donesenim 1990. godine, koji je definirao županije kao jedinice lokalne samouprave i uprave, drugim riječima, županija je kao teritorijalna jedinica imala specifičan položaj – ona je istodobno bila jedinica lokalne samouprave drugog stupnja i najniži dio državne uprave¹⁰⁶. Kao jedinici lokalne samouprave, županiji je u okviru samoupravnog djelokruga, sukladno *Zakonu o lokalnoj samoupravi i upravi*¹⁰⁷, bilo određeno: usklađivanje interesa i poduzimanje aktivnosti radi

¹⁰⁶ Stoga je županija bila ustrojena u dva zasebna dijela: poslove lokalne samouprave obavljali su skupština (predstavničko tijelo), poglavarstvo (izvršno tijelo) i samoupravni odjeli (neposredni izvršitelji), dok su poslovi državne uprave bili u nadležnosti županijskih ureda.

¹⁰⁷ *Zakon o lokalnoj samoupravi u upravi*, čl. 15., NN br. 90/92.

ravnomjernog gospodarskog i društvenog razvitka općina i gradova u sastavu županije i županije kao cjeline; usklađivanje stajališta općina i gradova o pitanjima o kojima odlučuju tijela državne vlasti u Republici Hrvatskoj, odnosno usklađivanje uređivanja pitanja zajedničkog interesa o kojima odlučuju tijela općina i gradova u sastavu županije; određivanje uvjeta uređenja i zaštite prostora županije (ako zakonom nije drugačije određeno); usklađivanje razvitka i mreže odgojnih, prosvjetnih, kulturnih, zdravstvenih, socijalnih, komunalnih i drugih institucija kao i objekata infrastrukture važnih za područje županije kao cjeline (ako zakonom nije drugačije određeno); obavljanje poslova koje iz svoga samoupravnog djelokruga na nju eventualno prenesu općine ili gradovi; osnivanje javne ustanove i druge pravne osobe, u skladu sa zakonom, radi ostvarivanja zajedničkih ciljeva općina, gradova i županije kao cjeline te uređivanje i drugih pitanja zajedničkog interesa za općine, gradove i županiju kao cjelinu, u skladu sa zakonom. Za obavljanje poslova državne uprave na području županija ustrojili su se županijski uredi, kao posebna tijela državne uprave¹⁰⁸. Na čelu županije bio je župan (na čelu njezinog samoupravnog i upravnog dijela), čiji je samoupravni djelokrug bio zastupati županiju, biti nositeljem izvršne vlasti u županiji i predsjednikom njezinog izvršnog tijela, odnosno poglavarstva.

Shvaćajući da se u Hrvatskoj na određeni način pitanju regija i regionalizacije pristupalo ideološki, izmjenama *Ustava Republike Hrvatske* iz 2000. i 2001. godine regionalnoj je samoupravi dana ustavna snaga.¹⁰⁹ Jedinice lokalne samouprave su općine (koje su *Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*¹¹⁰ definirane kao jedinice lokalne samouprave koje se osnivaju, u pravilu, za područje više naseljenih mjesta koja predstavljaju prirodnu, gospodarsku i društvenu cjelinu te koja su povezana zajedničkim interesima stanovništva) i gradovi¹¹¹ (definirani *Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* kao jedinice lokalne samouprave, u kojima je sjedište županije te svako mjesto koje ima više od 10.000 stanovnika, a predstavlja urbanu, povijesnu, prirodnu, gospodarsku i društvenu cjelinu, s tim da se iznimno, gdje za to postoje posebni razlozi – povijesni, gospodarski, geoprometni – gradom može utvrditi i mjesto koje ne zadovoljava navedene uvjete), koji obavljaju poslove iz lokalnog djelokruga kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, i to osobito poslove koji se odnose na: uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalne djelatnosti, brigu o djeci, socijalnu skrb, primarnu

¹⁰⁸ Županijski su uredi bili nadležni za obavljanje upravnih i drugih stručnih poslova, a osobito za: neposredno provođenje zakona i drugih propisa te osiguravanje njihove provedbe; rješavanje u upravnim stvarima u prvom stupnju, ako to posebnim zakonom nije stavljeno u nadležnost nekim drugim organima, a u upravnim stvarima drugog stupnja kada se radi o poslovima državne uprave koji su prenijeti tijelima jedinica lokalne samouprave i uprave; provođenje upravnih, odnosno inspekcijskih poslova te praćenje stanja u upravnim područjima za koje su ustrojjeni. *Zakon o sustavu državne uprave*, čl. 52., NN br. 75/93.

¹⁰⁹ Ustav Republike Hrvatske, čl. 132., glasi: “*Građanima se jamči pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu*”. *Ustav Republike Hrvatske*, Novi Informator, Zagreb, 2006.

¹¹⁰ *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, NN br. 33/01., 129/05.

¹¹¹ Uz napomenu da se zakonom mogu ustanoviti i druge jedinice.

zdravstvenu zaštitu, odgoj i osnovno obrazovanje, kulturu, tjelesnu kulturu i sport, zaštitu potrošača, zaštitu i unaprjeđenje prirodnog okoliša, protupožarnu i civilnu zaštitu. Jedinice regionalne samouprave su županije, čije se područje određuje zakonom, a koje su *Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* definirane kao jedinice područne (regionalne) samouprave čije područje predstavlja prirodnu, povijesnu, prometnu, gospodarsku, društvenu i samoupravnu cjelinu. Ustavotvorac je otvorio mogućnost dobivanja položaja županije zakonom za grad Zagreb. Ostali veći gradovi mogu zakonom dobiti ovlasti županije. Jedinice regionalne samouprave obavljaju poslove od regionalnog značaja i to osobito poslove koji se odnose na: školstvo, zdravstvo, prostorno i urbanističko planiranje, gospodarski razvoj, promet i prometnu infrastrukturu te planiranje i razvoj mreže obrazovnih, zdravstvenih, socijalnih i kulturnih ustanova. Područje Republike Hrvatske podijeljeno je na 20 županija i grad Zagreb, 127 gradova i 429 općine.

Iako je nakon osamostaljenja Republika Hrvatska naslijedila neravnomjeran regionalni razvitak, a Domovinski je rat samo povećao disproporcije pojedinih područja, problem regionalizma nije se ozbiljno shvaćao gotovo cijelo jedno desetljeće. Prvi je značajniji dokument, pod nazivom *Koncepcija regionalnog gospodarskog razvitka Republike Hrvatske*, donijet 1999. godine. Dvije godine kasnije, kao dio *Strategije razvitka Republike Hrvatske "Hrvatska u 21. stoljeću"*, usvojen je dokument *Načela regionalnog razvitka Republike Hrvatske*, u kojemu se posebna važnost daje ulaganjima u infrastrukturu i poticanju razvoja planinskih, pograničnih i otočnih područja. Od tada se pitanju regionalizma ipak posvećuje malo više pozornosti, čemu u prilog ide i ustrojavanje posebnog ministarstva posvećenog poslovima planiranja, provođenja i koordinacije aktivnosti regionalne razvojne politike: Ministarstva regionalnog razvoja, šumarstva i vodnoga gospodarstva.¹¹²

5. Zaključak

Problem regionalizacije Hrvatske ima svoju dugu povijest. Povijesno gledano, naše, tzv. *povijesne regije*, među kojima je i Slavonija, nisu rezultat prirodnog, autohtonog procesa uobličavanja prostora, dakle uobličavanja sukladno društvenim gibanjima i društvenim potrebama. Iako su promjene teritorijalnog ustrojstva Hrvatske bile veoma česte, rađene su s različitih, najčešće političkih polazišta, što je na kraju rezultiralo i nepostojanošću regionalnog ustrojstva. Politički je regionalizam djelomično proizlazio i iz zemljopisnih (klima, vode, flora, fauna, reljef) i gospodarskih okolnosti, kao i iz povijesnih utjecaja.

Što se tiče područja istočne Hrvatske, geografija prostora bitno je utjecala na stvaranje specifičnosti ovoga područja – zahvaljujući geografiji i bogatstvu prirodnih resursa, ovo je područje, koje ima sve preduvjete za niz gospodarskih

¹¹² *Zakon i izmjenama i dopunama Zakona o ustrojstvu i djelokrugu središnjih državnih tijela*, NN br. 5/08.

aktivnosti (od poljoprivredne proizvodnje, preko šumarstva, lovstva, vodoprivrede, sve do razvoja na energetskom, prometnom i ekološkom području), oduvijek prepoznatljivo i cijanjeno.

Istočni je dio Hrvatske sastavni dio Hrvatske u povijesnom, pravnom, državnom, etničkom i kulturološkom smislu od kraja 6. st., no povijesne su prilike često rezultirale pripajanjem dijelova Hrvatske, pa tako i njezinoga istočnog dijela, raznim tuđinskim upravama, što je danas prepoznatljivo u ostacima različitih europskih kultura (u govoru, književnosti, umjetnosti, arhitekturi, itd.). Još je od srednjeg vijeka, područje istočne Hrvatske, za koje se dugo vremena ustalio naziv Slavonija, institucionalno odvojeno, ali i društveno duboko različito, od ostatka Hrvatske – tako se Slavonija od 1240. godine nazivala vladanjem (*regnum*), imala je zasebnoga bana (oko 1225. – 1476.) i zasebni sabor (od 1273.). Prvi se grb Slavonije, s kunom u bijegu između dviju šestokrakih zvijezda, javlja na prvim slavonskim novcima u 13. st. Sve do kraja 16. st. hrvatske zemlje u političkom pogledu čine dvije povijesne cjeline: Kraljevinu Dalmaciju i Hrvatsku i Kraljevinu Slavoniju, a od tada se tretiraju kao trojna cjelina: Kraljevina Dalmacija, Hrvatska i Slavonija te takvo stanje ostaje sve do 1918. godine Slavonija je svoju titulu imala od 1529. godine

Tradicionalno podijeljena na županije, koje su maksimum svojih ovlaštenja dosegle u 18. st., Slavonija kao povijesna pokrajina na određeni način gubi svoje posebnosti nakon rušenja feudalizma, čemu su doprinijeli procesi nacionalne integracije i homogenizacije.

Upravno-teritorijalni ustroj Hrvatske karakterizira veliki broj promjena. Iako je svaka promjena imala svoje specifične ciljeve, svaka je preobrazba institucionalnog sustava državne uprave uvelike bile određena političkim polazištima, odnosno odgovarajućim državnim unutarnjim i vanjskim čimbenicima. Tijekom čitave svoje povijesti, županije su igrale bitnu ulogu u očuvanju hrvatske državnosti i autonomnog položaja, a kako su iste činjenice bili svjesni ne samo u Beču, Pešti, potom u Beogradu, koji su imali drugačije planove glede Hrvatske, promjene upravno-teritorijalnog ustroja u mnogim su svojim odrednicama bile usmjerene na sprječavanje hrvatske državnosti i provedbu nekih dalekosežnih ciljeva (primjerice, ostvarenje velikosrpskih ciljeva).

Nakon osamostaljenja, Hrvatska je naslijedila neravnomjeran regionalni razvitak, a Domovinski je rat samo povećao disproporcije pojedinih područja. Problem regionalizma nije se shvaćao doista kao problem, sve do 1999. godine, kada je donesen prvi značajniji dokument, pod nazivom *Koncepcija regionalnog gospodarskog razvitka Republike Hrvatske*, odnosno do 2001. godine kada je Vlada Republike Hrvatske usvojila dokument, pod nazivom *Načela razvitka Republike Hrvatske*. Iako je pitanje regionalizacije Hrvatske očigledno opterećeno prošlim vremenima, za nadati se je da će se na temelju povijesnih iskustava ipak pronaći prava rješenja po pitanju regionalizma i regionalne politike.

Literatura

1. Anić, V., Goldstein, I., *Rječnik stranih riječi*, Novi Liber, Europapress Holding, Zagreb, 2007.
2. Beuc, I., *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*, RO Zrinski, Zagreb, 1985.
3. Beuc, I., *Povijest institucija državne vlasti u Hrvatskoj (1527-1945)*, Arhiv Hrvatske, Zagreb, 1969.
4. Borković, I., *Pravni status tzv. slobodnih kraljevskih gradova u Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 29/1-2, 1992.
5. Borković, I., *Razvoj, organizacija i položaj državne uprave u Jugoslaviji*, Split, 1965.
6. Budak, N., *Hrvatska i Slavonija u ranome srednjem vijeku*, Leykam international, Zagreb, 2007.
7. Đulabić, V., *Regionalizam i regionalna samouprava*, Hrvatska javna uprava, br. 6, 2006.
8. Engelsfeld, N., *Povijest hrvatske države i prava. Razdoblje od 18. do 20. stoljeća*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002.
9. Goldstein, G., Moačanin i dr., *Hrvatske županije kroz stoljeća*, Školska knjiga, Zagreb, 1996.
10. Goldstein, I., *Povijest, 21. knjiga: Hrvatska povijest*, Europapress Holding, Zagreb, 2008.
11. *Hrvatska-povijest sjeveroistočnog područja*, Povijesni arhiv u Osijeku, Osijek, 1994.
12. Klaić, N., *Povijest Hrvata u razvijenom srednjem vijeku*, Zagreb, 1976.
13. Krizman, B., *Raspad Austro-Ugarske i stvaranje jugoslavenske države*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.
14. *Lokalna samouprava – hrvatska i nizozemska iskustva. Lokaal bestuur – Ervaringen in Kroatie en Nederland*, Hrvatski institut za lokalnu samoupravu, Osijek, 2001.
15. Margetić, L., Apostolova Maršalevski M., *Hrvatsko srednjovjekovno pravo*, Vrela s komentarom, Narodne novine, Zagreb, 1999.
16. Margetić, L., *Iz ranije hrvatske povijesti*, Odabrane studije, Književni krug, Split, 1997.
17. Margetić, L., *Srednjovjekovna Slavonija – jedno od vrela hrvatske državnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 45 (2), 1999.
18. Margetić, L., *Zagreb i Slavonija*, Izbor studija, Vita graf d.o.o., Zagreb – Rijeka, 2000.
19. Pavličević, D., *Povijest Hrvatske*, Naklada Pavičić, Zagreb, 2000.
20. Pilar, I., *Politički zemljopis hrvatskih zemalja*, Zagreb, 1985.
21. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
22. *Regija-činilac integralnog razvoja*, Simpozij, Sveučilište u Osijeku, Universitat Augsburg, Osijek, 1985.
23. *Regija-snaga razvoja*, Simpozij, Sveučilište u Osijeku, Osijek, 1989.
24. Sirotković, H., Margetić, L., *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Školska knjiga, Zagreb, 1988.

25. Spajić-Vrkaš, V., Kukoč, M., Bašić, S., *Interdisciplinarni rječnik*, Hrvatsko povjerenstvo za UNESCO, Zagreb, 2001.
26. Sršan, S., *Povijest Osijeka*, Povijesni arhiv u Osijeku, Osijek, 1996.
27. Šišić, F., *Pregled povijesti hrvatskog naroda*, Zagreb, 1962.
28. Štifanić, M., *Društveno-prostorna identifikacija, regija i regionalizam*, Revija za sociologiju, Vol. XXVII., 1996., str. 53-60.
29. Vrbošić, J., *Povijesni pregled razvitka županijske uprave i samouprave u Hrvatskoj*, Društvena istraživanja, Br. 1, Godina 1, 1992., str. 55-68.
30. *Ustav Republike Hrvatske*, Novi Informator, Zagreb, 2006.
31. *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, NN br. 33/01., 129/05.
32. *Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi*, NN br. 90/92.
33. *Zakon o područjima županija, gradova i općina u Republici Hrvatskoj*, NN br. 86/06.
34. *Zakon o sustavu državne uprave*, NN br. 75/93.
35. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o ustrojstvu i djelokrugu središnjih državnih tijela*, NN br. 5/08.

Internet: Državni zavod za statistiku, url: <http://www.dzs.hr>

Summary

GEOGRAPHICAL, HISTORICAL, ADMINISTRATIVE AND LEGAL DETERMINATION OF THE EASTERN CROATIA – THE ROOTS OF MODERN REGIONALISM

The main issue raised in this article is whether the region of Eastern Croatia has had a regionalist tradition from the geographical, historical, administrative and legal aspects. Therefore, first of all, the author analyses the geographical determination of the said area (climate, water, flora, fauna and relief) which is also important for understanding the historical processes. The author discusses the historical determination starting from the sixth century. She continues analysing the history of Eastern Croatia until present days. Administrative and legal determination of the said area have been considered from the ninth century due to the fact that Croatian state history can only be analysed from that period because of a lack of historical sources. At the end, the author concludes that so called Slavonia region has not been a result of natural, autochthonic formation of a region, rather it has resulted from shaping according to the political starting points.

Key words: *region, regionalism, Eastern Croatia, Slavonia, counties.*

Zusammenfassung

**GEOGRAPHISCHE, HISTORISCHE, VERWALTUNGSMÄSSIGE
UND JURISTISCHE DISPOSITION OSTKROATIENS
– WURZELN DES ZEITGEMÄSSEN REGIONALISMUS**

In der Arbeit wird die grundlegende Frage gestellt ob das Gebiet Ostkroatiens vom geographischen, historischen, verwaltungsmäßigen bzw. juristischen Aspekt aus eine Tradition des Regionalismus hat. Deshalb bearbeitet die Autorin zuerst die geographische Disposition (Klima, Wasser, Flora, Fauna und Relief) bzw. den Bereich, der ebenfalls wichtig für das Verständnis historischer Prozesse ist. Die historische Disposition des östlichen Teils Kroatiens beginnt die Autorin mit dem 6. Jh. und analysiert im Folgenden die Geschichte Ostkroatiens bis zum heutigen Tage. Die verwaltungsmäßige und juristische Disposition des entsprechenden Gebietes wird ab dem 9. Jh. bearbeitet, da wegen fehlender Quellen die Geschichte des kroatischen Staates erst ab diesem erwähnten Zeitalter verfolgt werden kann. Die Autorin kommt am Ende zu dem Schluss, dass die sogenannte historische Region Slawonien nicht das Resultat einer natürlichen autochthonen Gestaltung des Raumes ist, sondern Resultat einer Gestaltung in Übereinstimmung mit politischen Ausgangspunkten.

Schlüsselwörter: Region, Regionalismus, Ostkroatien, Slawonien, Landkreise.

Sommario

**LA CONNOTAZIONE GEOGRAFICA, STORICA,
AMMINISTRATIVA E GIURIDICA DELLA CROAZIA
ORIENTALE – RADICI DEL REGIONALISMO
CONTEMPORANEO**

La questione fondamentale proposta nel lavoro è se il territorio della Croazia orientale sotto il profilo geografico, storico, amministrativo e giuridico abbia una tradizione regionalista. Per questo, l'autrice, innanzitutto, valuta le caratteristiche geografiche (clima, acqua, flora, fauna, e rilievi) del territorio in questione, il che è rilevante per la comprensione dei processi storici. L'autrice analizza la connotazione storica della parte orientale della Croazia a partire dal VI secolo; segue l'esame della storia della Croazia orientale sino ai giorni nostri. La connotazione amministrativa e giuridica viene presa in considerazione a partire dal XIX secolo, dal momento che, stante la mancanza di fonti, la storia dello Stato croato può essere seguita appena a partire dal periodo indicato. Infine, l'autrice conclude che la c.d. regione storica della Slavonia non è il risultato di una conformazione territoriale naturale ed autoctona, bensì essa è il risultato della conformazione agli orientamenti politici.

Parole chiave: regione, regionalismo, Croazia orientale, Slavonia, contee.

UPRAVLJANJE LJUDSKIM POTENCIJALIMA U PODUZEĆIMA – LJUDSKI FAKTOR, MOTIVACIJA ZAPOSLENIKA KAO NAJBITNIJI ČIMBENICI USPJEŠNOSTI POSLOVANJA PODUZEĆA

Ines Jambrek, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Ivan Ivica Penić, dipl. iur.
OVB Allfinanz, Zagreb

UDK: 658.3
Ur.: 18. lipnja 2008.
Pr.: 12. prosinca 2008.
Stručni članak

Autori u radu nastoje dati prikaz koncepta upravljanja ljudskim potencijalima u poduzećima, interdisciplinarni karakter spomenutog koncepta te općenito značaj njegove sustavne primjene u suvremenim poduzećima kako bi se postigla što veća uspješnost istih. Ističu prepoznavanje ljudskog faktora kao najvažnijeg resursa u poduzeću te važnost motivacije zaposlenika, ali i menadžera kao jednog od bitnih čimbenika uspješnosti (efektivnosti, efikasnosti i ekonomičnosti). Također govore o konfliktima u poduzeću, koliko su oni korisni, odnosno štetni te kako ih na vrijeme prepoznati i njima upravljati. Naposljetku se spominju suvremeni trendovi u upravljanju poduzećem.

Ključne riječi: *koncept upravljanja ljudskim potencijalima u poduzećima, ljudski faktor, motivacija, konflikt, suvremeni trendovi upravljanja.*

1. Uvod

Krajem 20. i početkom 21. stoljeća svjedoci smo pojave snažnih izazova ekonomskoj znanosti. Veliki napredak informatičke tehnologije te znanosti i tehnologije uopće, mijenja karakteristike poslovnog okruženja, koje u odnosu na šezdesete i sedamdesete godine 20. stoljeća postaje znatno kompleksnije.

U takvoj situaciji turbulentnosti i sve veće složenosti poslovnog okruženja dolazi do jake potrebe za aktivnim uključenjem poslovnih subjekata u kreiranju promjena, kao i za brzom prilagodbom stalno novim uvjetima. S obzirom na to da kreativnost i prilagodljivost poslovnih subjekata presudno ovisi o sposobnostima, znanju i kreativnosti zaposlenika, upravo ti aspekti poslovnih sustava izbijaju u prvi plan. Stoga se danas može govoriti o *novoj ekonomiji*,

ekonomiji znanja, ekonomiji koja je globalna i koja je u stalnoj borbi s neizvjesnošću i promjenama.

Bitna pitanja koja se postavljaju u tom kontekstu su: na koje aspekte složenih poslovnih sustava treba u novim uvjetima dominantno usmjeriti pozornost, kako ih adekvatno informacijski pratiti te kako ih modelirati?

Zatim, koji su čimbenici ključni za poslovni (gospodarstveni) uspjeh, kako tim čimbenicima upravljati te kako ih kontrolirati?

Može se opravdano ustvrditi da su se na području ekonomije u posljednje vrijeme pojavili relativno brojni novi teorijski pravci i modeli koji nastoje odgovoriti na navedena pitanja. Stoga se nameće nužnost da se isti ispituju te empirijski provjere u skladu s adekvatnim metodama znanstvenog pristupa: hipotetičko – induktivno – deduktivnim modelom, prema kojem teorijski model dobiva epitet znanstvenog u onoj mjeri u kojoj se njegove postavke mogu operacionalizirati, odnosno svesti na mjerljive varijable i empirijski verificirati.

Spomenuti hipotetičko – induktivno – deduktivni pristup najvjerojatnije pravilno usmjeruje znanstveni rad te otklanja mogućnost pretjeranog spekulativnog “lutanja” u znanosti time što nastoji iskustveno oprobati i provjeriti pojedine postavke teorijskih modela. Na taj se način određene pretpostavke empirijskom provjerom, u krajnjem slučaju mogu pokazati kao ispravne ili neispravne.

Neke od koncepcija poput koncepcije intelektualnog kapitala, upravo plijene pozornost teoretičara i znanstvenika o čemu svjedoče i brojne publikacije usmjerene na tu problematiku. Takva snažna potražnja svjedoči da su te koncepcije dotaknule ključnu točku onoga što je u poslovnom (gospodarskom) smislu važno, a to je kako biti bolji od drugih i kako uspjeti.

Mnogo je stoljeća trebalo da bi čovjek sam po sebi, njegovanjem njegovih sposobnosti, znanja, kreativnosti i motivacija bili prepoznati kao glavni i najvažniji čimbenik gospodarske uspješnosti.

U listopadu 2004. godine u Sjedinjenim Američkim Državama održana je konferencija menadžera ljudskih potencijala¹ na kojoj je u samom uvodu u konferenciju predstavljeno istraživanje prema kojem je stručnost i kredibilitet vodstva te sposobnost privlačenja i zadržavanja darovitosti na samom vrhu gospodarske politike, dok je udio na tržištu bio tek na šestom mjestu.² Istraživanje je pokazalo jedan lanac: kako privlačno mjesto za rad znači i ugodno mjesto za kupovinu te time pogodno mjesto za ulaganje.³

¹ U radu će se povremeno koristiti naziv “potencijali”, a povremeno “resursi”, ovisno o autoru na kojeg se poziva, jer spomenute riječi najčešće imaju isto ili vrlo slično značenje.

Međutim, potrebno je spomenuti, da neki autori smatraju kako izraz “ljudski resursi” ne treba poistovjećivati s terminom “ljudski potencijali.” Izraz ljudski resursi pretpostavljaju širim od pojma ljudskog kapitala i instrumentalno usmjerenim. Više o tome vidi: Marčetić, G., *Upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi*, Doktorska disertacija, Zagreb, 2006., str. 67.

² Večernji list – poslovni svijet, 27. 10. 2004., str. 36.

³ Ibidem, str. 36.

Zatim povećanje zadovoljstva radnika vodi (prema spomenutom istraživanju) povećanju zadovoljstva kupaca, a time automatski i porastu prihoda u određenom postotku.⁴

Ljudski potencijali i upravljanje ljudskim potencijalima u suvremenoj situaciji imaju značaj ključnog faktora za uspješnost poslovanja svakog poduzeća.⁵ U tom smislu, već i sam koncept “upravljanja ljudskim potencijalima” znači promjenu paradigme u sadržaju rada i načinu organiziranja kadrovske funkcije u suvremenom poduzeću.⁶

Ljudski faktor u gospodarskom razvitku sve više dobiva na važnosti, pa se stoga upravo ovom problematikom sve više bave znanstvenici, istraživači, kako bi što više i što bolje približili istu praktičarima – menadžerima ljudskih potencijala te dobili što bolje rezultate.

Istraživanje ljudskog faktora uključuje znanstvenike s područja mnogih znanosti: psihologe, sociologe, ekonomiste, pravnike i druge.

Motivacijski čimbenici, konflikti, međuljudski odnosi, stres, hijerarhija, stručnost, kreativnost, inteligencija – sve su to pojmovi koje treba detaljno i pomno istražiti kako bi se dobio onaj krajnji proizvod koji zapravo i čini cilj cijelog istraživanja na području upravljanja ljudskim potencijalima, a to je poboljšanje gospodarske politike uopće.

Dakle, upravljanje ljudskim potencijalima postaje ne samo najznačajnija poslovna funkcija, nego i specifična filozofija i pristup upravljanju (menadžmentu) koja ljude smatra najvažnijim potencijalom te ključnom strategijskom i konkurentskom prednošću.⁷

Ta je filozofija usmjerena na neke elemente organizacijske uspješnosti u kojima ljudi imaju središnje mjesto.⁸

Opći cilj ovog rada nisu empirijske provjere određenih teza te korištenje metoda znanstvenog pristupa hipotetičko – induktivno – deduktivnim modelom, već kratka analiza kretanja u upravljanju ljudskim potencijalima (resursima), značaj pojedinih čimbenika, poput motivacije zaposlenika te općenito briga menadžera ljudskih potencijala za zaposlenike u svim segmentima (pribavljanje ljudstva, selekcija, obrazovanje i usavršavanje, nagrađivanje, ali s druge strane i zadovoljstvo zaposlenika poslom koji obavljaju).

⁴ Ibidem, str. 36.

⁵ Goić, S., *Suvremeni trendovi u organizaciji upravljanja ljudskim resursima*, Ekonomski fakultet Split, 1998.

⁶ Ibidem, str. 321.

⁷ Bahtijarević-Šiber, F., *Informacijska tehnologija i upravljanje ljudskim potencijalima*, Slobodno poduzetništvo, Zagreb, 7/98., str. 121.

⁸ Ibidem, str. 121.

2. Razvoj upravljanja ljudskim potencijalima

Isticanje važnosti ljudi za organizacijsku uspješnost te općenito znanstveno bavljenje “ljudskom stranom” organizacije i upravljanja nije novo.⁹ Relativno novo je stvarni praktični interes poduzeća i njihova upravljanja (menadžmenta) za ljudske potencijale i njihov razvoj, kao vitalni interes ne samo razvoja i uspješnosti poslovanja nego i samog opstanka poduzeća.¹⁰

Značaj ljudskih potencijala pokazala su i neka istraživanja provedena u prvoj polovini 20. stoljeća, koja su upozorila na važnost gledišta, grupa, motivacija, neformalnih odnosa, stila vodstva i drugo. Još ranije, u 18. stoljeću, Adam Smith je u svojim djelima isticao važnost obrazovanja pojedinaca za društvo u cjelini. U 19. stoljeću, Karl Marx je u analizi faktora proizvodnosti na prvo mjesto stavio stručnost i umješnost radnika, a svestrani razvoj čovjeka je uz znanje i znanost smatrao najbitnijom proizvodnom snagom društva.

Međutim, tek je u novije vrijeme ljudskom faktoru pridana dovoljno veliki značaj te je nizom istraživanja dokazana povezanost između obrazovanja i gospodarske uspješnosti. Upravo ta povezanost sastavni je i najznačajniji pokazatelj važnosti uloge “ljudskog kapitala” i investicija u njega pri ostvarenju ciljeva gospodarskog razvoja.¹¹

“Ljudski kapital” je najvažniji segment danas jako omiljene koncepcije *intelektualnog kapitala*.¹² Model intelektualnog kapitala postaje sve značajniji početkom devedesetih godina 20. stoljeća.¹³

Model intelektualnog kapitala ima svoje korijene u teoriji efikasnosti proizvodnih troškova. Teorija efikasnosti bavi se problemima postojanja poduzeća, razlozima veće efikasnosti poduzeća u odnosu na tržište, kao i granicama te nadmoći. Pod pojmom intelektualni kapital ne podrazumijevaju se sva znanja u organizaciji, nego samo ona koja su pretvoriva u vrijednosti ili služe postizanju konkurentske prednosti, (primjerice znanje vozača kamiona u nekom poduzeću nisu intelektualni kapital poduzeća jer ne pridonose stvaranju konkurentske prednosti poduzeća).

Svako poduzeće ima na raspolaganju različite mjere, odnosno pokazatelje intelektualnog kapitala, a intelektualni kapital uključuje stalno praćenje pojedinih pokazatelja.

Suvremeni trend tehnološkog razvoja dovodi čovjeka i upravljanje ljudskim potencijalima u samo središte poslovne strategije suvremenog poduzeća.¹⁴

⁹ Ibidem, str. 43.

¹⁰ Ibidem, str. 43.

¹¹ Ibidem, str. 44.

¹² Ibidem, str. 44.

¹³ Pulić, A., *Upravljanje intelektualnim kapitalom*; Ekonomija, RFIN, 1/97., Zagreb, str. 89-115.

¹⁴ Bahtijarević-Šiber, F., *Management ljudskih potencijala*, Golden marketing, Zagreb, 1999., str. 49.-50.

Znanje i inovacija postaju temeljni čimbenici opstanka i razvoja organizacije. Zahtijeva se sve više vještina i sposobnosti zaposlenih – raznovrsnih profila, visoko obrazovanih stručnjaka u kreiranju, dizajniranju, proizvodnji, marketingu i drugo. Težište rada se s fizičke prebacuje na intelektualnu i psihičku energiju ljudi. Najvažnije umijeće postaje zadržati kreativne, darovite ljude.¹⁵

3. Definiranje temeljnih pojmova vezanih za upravljanje ljudskim potencijalima

Iako su faktori koji određuju pojam upravljanja ljudskim potencijalima starijeg datuma (iz prve polovine 20. stoljeća) taj se pojam sve više spominje u raznim znanstvenim i drugim publikacijama najviše u proteklih 10 do 15 godina.¹⁶ Danas taj pojam ima četiri značenja: prvo, kao znanstvena disciplina; drugo, kao menadžerska funkcija; treće, kao posebna poslovna funkcija u organizaciji i četvrto, kao specifična filozofija menadžmenta (upravljanja).¹⁷

Upravljanje ljudskim potencijalima kao znanstvena disciplina objašnjava se u brojnim knjigama, studijama, člancima i publikacijama koje sve više zadiru u tu problematiku i ističu je kao važan čimbenik uspješnosti poslovanja poduzeća.

Znanost treba imati sposobnost promatrati, objasniti, predvidjeti i kontrolirati predmet koji istražuje.¹⁸ Neke znanosti određene su sistemom spoznaja temeljenih na, primjenom znanstvenih metoda, provjerenim i potvrđenim hipotezama o odnosima i međudjelovanju varijabli koje spadaju u specifičan i samosvojan predmet njihova interesa i istraživanja.¹⁹ Znanost uključuje: hipoteze, načela, koncepcije, metode i teorije.²⁰

Možda se neki teoretičari ne bi složili da se ova problematika uvrsti u znanstvenu kategoriju, međutim Bahtijarević-Šiber argumentira upravljanje ljudskim potencijalima (ULJP) kao znanstvenu disciplinu time što su koncepcije, teorije i načela ULJP-a nastali prvotno u okviru drugih znanosti i znanstvenih disciplina (prvenstveno psihologije i njezinih primijenjenih disciplina) te da se ona javlja kao posebna znanstvena disciplina u okviru suvremenog procesa objedinjavanja spoznaja različitih znanosti u nova područja istraživanja.

Upravljanje ljudskim potencijalima je znanstvena disciplina kod koje se radi o sustavu spoznaja konstituiranom od niza podsustava znanja, modela, principa i metoda drugih relevantnih disciplina koje su dale značajan doprinos njenom razvoju.²¹ Od tih znanstvenih disciplina kao najvažnije mogu se istaknuti:

¹⁵ Ibidem, str. 50.

¹⁶ Bahtijarević-Šiber F, .op. cit., (bilj. 14), str. 3.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem, str. 4.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem, str. 5.

²¹ Ibidem, str. 6 .

psihologija (opća, eksperimentalna, industrijska, organizacijska, socijalna, pedagoška i edukacijska), ergonomija, ekonomija, sociologija, medicina rada, pedagogija i andrologija.

3.1. Pojam, definicija i ciljevi upravljanja ljudskim potencijalima (ULJP)

Pojam upravljanje ljudskih potencijala (ULJP) je sintagma, koja se posljednjih desetljeća sve više pojavljuje u znanstvenoj literaturi.

Upravljanje ljudskim potencijalima označava znanstvenu disciplinu, funkciju upravljanja u organizacijama i praksu te odnos prema ljudima u organizaciji.

Poticađ za razvoj upravljanja ljudskim potencijalima dala je i bihevioristička teorija.²²

Kao interdisciplinarna teorija, koncept upravljanja ljudskim potencijalima razvio se integriranjem spoznaja više znanstvenih disciplina.

Prema Pržulj, upravljanje ljudskim resursima (potencijalima) ima svoje osnove u:

1. *Psihologiji*: Kada se govori o čovjeku, njegovoj ličnosti, ponašanju, motivaciji, ambicijama, procesima učenja, odnosima u grupi (timu), međusobnim odnosima među zaposlenicima, međusobnim odnosima zaposlenika i nadređenih, međusobnim odnosima između službenika u javnom sektoru i građanima kao korisnicima usluga, onda se proučavanja moraju temeljiti na nekim osnovnim tezama koje je u svezi s navedenim postavila psihologija.
2. *Teoriji upravljanja i organizaciji*: Teorije upravljanja i organizacije predstavljaju okvir i oslonac za razvoj upravljanja ljudskim resursima, pogotovo što se tiče pitanja sustava, strukture i vodstva.
3. *Ergonomiji*: Kao znanost o odnosima čovjeka i rada te prilagođavanju rada čovjeku, ergonomija je od neprocjenjive vrijednosti za upravljanje ljudskim resursima.
4. *Ekonomiji*: Koncept upravljanja ljudskim resursima, nastao je u okviru ekonomskih teorija, sa svrhom povećanja učinkovitosti, efektivnosti i konkurentnosti gospodarskih organizacija. Isti se također može primijeniti

²² Biheviorizam, etimološki dolazi od engleske riječi *behavior* što znači ponašanje. To je pravac u psihologiji, čiji je idejni začetnik, J. B. Watson, nastao početkom 20. st., koji kao metodu prihvaća samo objektivno opažanje i mjerenje, a kao predmet samo objektivno ponašanje, tj. ono ponašanje i učinke ponašanja koji se mogu objektivno opažati i mjeriti. To njegovo stajalište može se izraziti kao S-R, odnosno *stimulus* (podražaj) – reakcija (ponašanje). Biheviorizam je u SAD-u dugo bio dominirajući pravac u psihologiji, a imao je i snažan utjecaj na razvitak psihološke misli, i u Europi, i u svijetu. Radikalni biheviorizam, kakvog je zamislio Watson doživio je brojne izmjene i dopune te time postao prihvatljivim za većinu psihologa. Najvažniji doprinos biheviorizma psihologiji, pa i drugim znanstvenim disciplinama, je inzistiranje na operacionalizaciji i objektivnim metodama, a kasnije se uvidjelo da prvo odbacivana metoda introspekcije uz određene uvjete može imati dignitet znanstvene metode. Psihologijski rječnik, ur. Petz, B. i sur., Prosvjeta, Zagreb, 1992., str. 38-39.

- na druge vrste organizacija, primjerice javnog sektora, ali prilagođen s obzirom na drugačiju vrstu i karakter organizacija.
5. *Sociologiji*: Organizacija, kao socijalni sustav predstavlja “društvo u malom”. Tako u razumijevanju mnogih oblika bitnih za upravljanje ljudskim resursima koriste se spoznaje koje pruža sociologija, primjerice: grupe, ponašanje pojedinca u malim i velikim grupama, teorije socijalizacije i drugo.
 6. *Antropologiji*: Antropologija, kao znanost koja proučava fizičke osobine čovjeka, i njezine su spoznaje posebno aktualne u zadnje vrijeme u okviru usredotočenosti organizacione teorije na kulturu organizacije,²³ kao jednu od temeljnih determinanti ponašanja u organizaciji.
 7. *Andragogiji*: Obrazovanje odraslih postaje također aktualno, ne samo kao obrazovanje, već i kao usavršavanje ili prekvalifikacija, zbog ubrzanih promjena i turbulentnosti društva i vremena u kojem živimo. U konceptu organizacije koja se stalno razvija, svaki pojedinac, odnosno zaposlenik ima potrebu za vlastitim razvojem kroz procese obrazovanja i obuke, pri čemu se spoznaje andragogije koriste u integraciji individualnog obrazovanja u procesu organizacionog učenja i razvoja.
 8. *Medicini rada*: Za ostvarivanje ciljeva bilo koje organizacije potrebni su fizički i psihički zdravi ljudi. Utjecaj radne sredine i vanjskih faktora na fizičko i psihičko zdravlje ljudi, zaštita na radu i profesionalne bolesti predmet su medicine rada, pa na taj način predstavljaju neizostavan sadržaj u okviru aktivnosti i pažnje upravljanja ljudskim resursima.
 9. *Pravu*: Odnosi poslodavaca i zaposlenika regulirani su zakonskim propisima radnog prava, pa na taj način pravo i njegove odredbe predstavljaju polazište u mnogim procesima kao što su zapošljavanje, plaće, beneficije, a naposljetku i otpuštanje, što je sve dio procesa upravljanja ljudskim resursima.²⁴

Iako su *ljudski resursi*, kao pojam, izazivali određene otpore u nekim državama i kod nekih autora, upravo je prepoznavanje tog oblika *resursa* dovelo do spoznaje da su ljudi kao *resurs* najvažniji za realizaciju ciljeva te da se upravljanju tog *resursa* treba posvetiti osobita pozornost u obliku proučavanja i znanstvenih istraživanja.

Mc Court i Eldridge **definiraju** upravljanje ljudskim resursima kao “način na koji organizacije upravljaju svojim osobljem i utječu na njihov razvoj i usavršavanje.”²⁵

²³ Više o organizacijskoj kulturi u javnoj upravi vidi kod: Koprić, I., Organizacijska kultura u javnoj upravi, Hrestomatija upravne znanosti, sv.1., Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 149-189.

²⁴ Pržulj, Ž., Menadžment ljudskih resursa, Institut za razvoj malih i srednjih preduzeća, Beograd, 2002., str. 2.

²⁵ McCourt, W., Eldridge, D., Global Human Resource Management, UK: Edward Elgar, Cheltenham, 2003., str. 2.

Neki autori rade razliku između pojmova “Personnel” i “Human” Management.²⁶ Većina drugih autora, ne praveći razliku između ova dva pojma, smatraju te pojmove sinonimima. Ako se uzme u obzir da u riječ “čovjek” spadaju i zaposlenici, službenici te drugo osoblje u organizaciji, onda bi se moglo utvrditi da riječ “čovjek” u svakom slučaju ima šire značenje. Gledano na taj način naziv *upravljanje ljudskim potencijalima* uključuje obje riječi.²⁷

Upravljanje ljudskim potencijalima ne smije se poistovjećivati s kadrovskom funkcijom u organizaciji, čiji su ciljevi i zadaci, način obavljanja poslova osoblja/kadra te odgovornost za njih.²⁸

Upravljanje ljudskim potencijalima jedan je od elemenata funkcije upravljanja kojom se bave menadžeri na najvišem nivou. Isto uključuje brojna istraživanja i analize znanstvenika i stručnjaka, ima stratejski karakter i usmjereno je na razvoj ukupnih organizacijskih sposobnosti radi što efikasnijih i efektivnijih rezultata u ostvarenju ciljeva organizacije.

Ciljevi upravljanja ljudskim potencijalima izvode se iz organizacijskih ciljeva i moraju biti kompatibilni s njima.

U *privatnom (poslovnom) sektoru* ciljevi su organizacije: maksimalno ostvarivanje profita organizacije, što zahtijeva povećanje produktivnosti, snižavanje troškova proizvodnje, konkurentnost te općenito porast organizacijske uspješnosti, kao što su učinkovitost, uspješnost i prilagodljivost. Krajnji cilj je konkurentnost.²⁹

U upravljanju ljudskim potencijalima, organizacije u privatnom (poslovnom) sektoru moraju voditi brigu o:

- zadovoljavanju potreba zaposlenika,
- poboljšanju socijalnog i ekonomskog položaja,
- osiguranju prihvatljivih uvjeta rada i kvalitete radnog života,
- osiguravanju povoljne radne atmosfere i dobrih međuljudskih odnosa, koji utječu, na zadovoljstvo zaposlenika, a time potiču osobni angažman i razvoj te
- brizi za zdravlje zaposlenika.³⁰

Upravljanje ljudskim potencijalima ima strateški, razvojni i dugoročni karakter, što znači da njegovi zadaci i aktivnosti nisu statične i međusobno odvojene djelatnosti, već zahtijevaju stalno promišljanje s aspekta ciljeva organizacije i povezivanje u svrsishodne aktivnosti.

²⁶ Torrington, Hall i Taylor, rade razliku između “human” i “personal”, pri čemu objašnjavaju različiti pristup upravljanju ljudima, uzevši u obzir je li se radi o “human” ili “personal”. S obzirom na to da dublja rasprava prelazi okvire ovog rada, koristi se stajalište većine drugih autora. Torrington, D., Hall, L. i Taylor, S., *Menadžment ljudskih resursa, Data status*, Beograd, 2002.

²⁷ Ibidem, str. 5-6.

²⁸ Nekadašnja uporaba termina “kadrovska funkcija” ima puno uže značenje nego koncept upravljanja ljudskim potencijalima ili “politika ljudstva” koju koriste neki autori, na primjer Pusić. Pusić, E., *Nauka o upravi, Školska knjiga, Zagreb, 2002.*, str. 210.

²⁹ Pržulj, Ž., op. cit. (bilj. 24), str. 12.

³⁰ Ibidem, str. 12-13.

3.2. Značaj, aktualnost i specifičnost ljudskih potencijala u suvremenim organizacijama

Značaj upravljanja ljudskim potencijalima kao znanstvene discipline i prakse pokazuje to što je upravljanje ljudskim potencijalima danas općeprihvaćen koncept u skoro svim razvijenim državama u svijetu.

Prema Pržulj, o **aktualnosti** upravljanja ljudskim potencijalima svjedoče brojni pokazatelji:

1. sve bogatija literatura iz ovog područja temelj je dobre osnove za proučavanje i daljnji razvoj koncepta,
2. koncept upravljanja ljudskim resursima sve se više kao znanstvena disciplina proučava i studira na fakultetima u svijetu,
3. sve veći broj organizacija uviđa značaj, odnosno neophodnost da njihovi menadžeri ovladaju spomenutim konceptom te se često održavaju tečajevi i seminari iz spomenutog područja,
4. mnoge organizacije zapošljavaju stručnjake i timove stručnjaka iz ovog područja,
5. sve je veći broj agencija za pružanje usluga iz područja upravljanja ljudskim resursima,
6. plaće stručnjaka iz ovog područja vrlo su visoke i imaju stalni trend rasta i
7. sve više organizacija ima u glavnom upravnom odboru stručnjaka za upravljanje ljudskim resursima.³¹

Specifičnost ljudskih potencijala govori o kompleksnosti koji predstavlja koncept s obzirom na to da je u njemu temelj ljudski faktor.

Bez ljudi, organizacija ne bi mogla funkcionirati, a ljudi kao temeljni resurs organizacije znatno su složeniji za proučavanje od svih drugih resursa.

Čovjek je misaono i svjesno biće, koje ima svoje vlastite potrebe, htijenja, motive i ambicije koje unosi u organizaciju te koji mogu utjecati na atmosferu u organizaciji, bilo pozitivno ili negativno. Zato je upravljanje ljudskim potencijalima (resursima) izrazito složeni posao, koji od menadžera zahtijeva više znanja i umijeća, nego kada se radi o drugim resursima.

Kod upravljanja ljudskim potencijalima, *individualan pristup* se smatra neophodnim.

Zadatak upravljanja ljudskim potencijalima je da se individualnim pristupom uspiju nadvladati eventualne poteškoće do kojih bi moglo doći zbog izražene osobnosti pojedinaca, koji istu unose u organizaciju te na taj način mogu utjecati na organizacijske ciljeve. Menadžeri koji su zaduženi za ljudske potencijale trebaju znati kako prepoznati moguće probleme te potaknuti pozitivnu, kreativnu energiju kod zaposlenika.

Upravljanje ljudskim potencijalima ima zadatak otkriti, razviti i pokrenuti ljudske potencijale za realizaciju ciljeva organizacije, a da pri tomu rad i osobna

³¹ Ibidem, str. 18-19.

ulaganja zaposlenika ne predstavljaju frustracije, nego osobno zadovoljstvo. Postoji velika vjerojatnost da će se pojedinac u određenoj situaciji i u određenim okolnostima ponašati na određeni način, pa je stoga poželjno osigurati takve okolnosti.³²

Za upravljanje ljudskim potencijalima izrazito je bitno radno pravo koje daje temelje radnih odnosa, postavlja prava i obveze poslodavaca i posloprimaca te institucionalnih prava zaposlenika, ali i podloge zapošljavanja, otpuštanja te drugih specifičnih problema vezanih uz ljudske potencijale.³³

Temeljni zadaci menadžera u poduzećima nisu samo briga o poslovanju poduzeća te promoviranje poduzeća, već i briga o zaposlenicima. Poduzeće čine ljudi, a da bi ono bilo produktivno osnovne obveze menadžera su: osigurati kvalitetne ljude, motivirati ih, potaknuti u daljnjoj edukaciji, specijalizaciji te proširivanju i stjecanju novih znanja sa svrhom što većeg doprinosa ostvarenju organizacijskih ciljeva poduzeća. Ova nova funkcija menadžera – baviti se ljudima, postaje sve značajnija.

Još uvijek se često krivo smatra da je rad s ljudima posao kadrovske politike. To je posao menadžera jednako, kao i drugi poslovi upravljanja i to zato što se rad s materijalom, strojevima i svime ostalim u organizaciji može ostvariti samo s ljudima.³⁴

Da bi se bolje razumjelo upravljanje ljudskim potencijalima (ULJP) mora se reći što je zapravo sadržaj ULJP, dakle odgovoriti na pitanja što su ljudski potencijali, a što je upravljanje ljudskim potencijalima.

Ljudski potencijali su ukupna znanja, vještine, sposobnosti, kreativne mogućnosti, motivacija i odanost kojom raspolaže neka organizacija (ili društvo). To je ukupna intelektualna i psihička energija koju organizacija može angažirati za ostvarivanje ciljeva i razvoja poslovanja.³⁵

Upravljanje ljudskim potencijalima pretpostavlja niz međusobno povezanih aktivnosti i zadataka upravljanja (menadžmenta) usmjerenih na osiguranje adekvatnog broja i strukture zaposlenih, njihovih znanja, vještina, interesa, motivacije te oblika ponašanja potrebnih za ostvarivanje aktualnih, razvojnih i stratejskih ciljeva organizacije.³⁶

Upravljanje ljudskim potencijalima ima svrhu ispunjenja ekonomskih ciljeva, na primjer porast proizvodnje i profitabilnosti, zatim efikasnost, efektivnost i fleksibilnost poduzeća, ali također i ostvarenje socijalnih ciljeva, poput zadovoljenja interesa zaposlenika, poboljšanje njihovog socioekonomskog položaja, podizanje kvalitete života te općenito razvitak individualnih sposobnosti svakog zaposlenika. *Jednostavna je formula efikasna, efektivna i ekonomična organizacija = zadovoljni zaposlenici.*

³² Ibidem, str. 18-22.

³³ Bahtijarević Šiber, op. cit. (bilj. 14), str. 6.

³⁴ Ibidem, str. 9.

³⁵ Ibidem, str. 16.

³⁶ Ibidem, str. 17.

Upravljanje ljudskim potencijalima utoliko je specifično i mora predstavljati izazov za svakog menadžera jer je svaki čovjek jedinstven, kao i svako poduzeće. Ne može se napraviti jedan standard koji bi predstavljao mjerilo i služio kao primjer svim ostalima. Ljudska znanja, vještine, kreativnosti, motivacije, osobine ličnosti, toliko su različiti da menadžeri moraju stalno stjecati nova znanja, odnosno raditi na vlastitom usavršavanju kako bi bili uspješni u obavljanju svojih zadataka. Utoliko se i od njih očekuje stalno proširivanje obrazovanja i specijalizacija seminarima i kongresima koji se u razvijenim državama redovito održavaju, a koje vode teoretičari i praktičari iz svih onih područja i znanstvenih disciplina koji menadžerima pomažu da upravljanje ljudskim potencijalima podignu na najviši mogući nivo.

3.3. Faktori upravljanja ljudskim potencijalima

U svim aspektima društvenih odnosa postoje faktori koji utječu da se stvari odvijaju na jedan ili drugi način, pa tako i u prirodnim i u društvenim znanostima postoje određene skupine faktora koji svojim utjecajem pridonose određenim događajima.

Na upravljanje ljudskim potencijalima djeluju određeni faktori koje Bahtijarević Šiber dijeli na vanjske i unutrašnje.

Od vanjskih faktora posebno ističe: A- ekonomski sustav, B – institucionalne faktore, C – tržište rada i D – kulturu društva. Od unutarnjih faktora : A – upravljanje (menadžment), B – veličinu organizacije, C – vrstu djelatnosti i tehnološku opremljenost rada, D – faze razvoja organizacije i E – organizacijsku kulturu.³⁷

Radi preglednosti potrebno je objasniti svaki od tih faktora.

3.3.1. Vanjski faktori

A – Ekonomski sustav

Ekonomski sustav određuje temeljni položaj i odnose između ekonomskih subjekata i aktera ekonomske djelatnosti, opće uvjete privređivanja te globalne ekonomske kriterije povezane s poslovnim ponašanjem i uspješnošću poduzeća.

Po tim svojim značajkama on bitno određuje opći pristup poslovnim resursima, posebice pristup ljudima, položaju i pravima zaposlenika, a time pristup i praksu upravljanja ljudskim potencijalima.³⁸

B – Institucionalni faktori

Ovi se faktori odnose na niz zakona i podzakonskih akata kojima se uređuju različiti aspekti poslovanja. Za upravljanje ljudskim potencijalima osobito je bitno radno zakonodavstvo koje postavlja konkretne zahtjeve i pravila u području zapošljavanja i radnih odnosa. Utvrđuju se uvjeti zapošljavanja, prava

³⁷ Ibidem, str. 76.

³⁸ Ibidem, str. 77.

zaposlenika, djelatnosti koje specificiraju pojedina radna mjesta, pravila o sigurnosti i zdravlju zaposlenika, oblici nagrađivanja (prekovremeni rad, rad blagdanom, noćni rad) i drugo.³⁹

C – Tržište rada

Tržište rada je postalo bojno polje na kojem se odvija borba za pribavljanje i osiguravanje kvalitetnih ljudi. Tržište općenito, a posebno tržište rada vrlo je važan i utjecajan faktor za upravljanje ljudskim potencijalima. Tu dolazi do zaoštavanja odnosa između konkurencije. Svakako treba spomenuti “odljev mozгова” iz nerazvijenih zemalja u razvijene (pri čemu nije izuzetak ni naša zemlja). Jeftinije je “kupiti” znanstvenike iz nerazvijenih zemalja, koji često nemaju ništa lošije obrazovanje od onih u razvijenim zemljama, a znanstvenici iz nerazvijenih zemalja će rijetko odbiti takve ponude jer iste ne mogu “dobiti” u vlastitoj zemlji. Ono što se doima ključnim faktorom u borbi za potrošače i opstanak na tržištu svakako je cilj osigurati što kvalitetnije ljude, sposobne, stručne i visoko motivirane te da se isto tako posveti puno pozornosti zadržavanju istih. Jedino tako se može biti konkurentan. Kod tržišta je važno spomenuti i uspostavljanje cijene rada. Danas razvijene zemlje sve više grade tvornice etabliranih proizvoda u nerazvijenim zemljama gdje je cijena rada puno niža od iste u vlastitoj zemlji. Na taj način dobivaju jeftiniju cijenu proizvoda, a zaposlenici se ne žale jer su sretni što uopće imaju posao.

Bitan čimbenik tržišta rada ponuda je radne snage.⁴⁰

Ima li pojedina zemlja dovoljno ili premalo radne snage, odnosno ima li dovoljno stručnjaka ili drugih deficitarnih zanimanja može biti uzrokovano različitim razlozima, primjerice demografskim kretanjima (pad nataliteta – Japan) diskrepancijama između zahtjeva rada, znanja i vještina na tržištu rada i drugo. Opći je trend smanjenje potreba za nekvalificiranim radom, a povećanje potreba za stručnim radom, odnosno visoko obrazovanim kadrovima – menadžerima, znanstvenicima, raznim stručnjacima i tehničarima.

D – Kultura društva

Kultura društva kao jedan od faktora koji utječu na upravljanje ljudskih potencijala specifična je upravo zbog svoje raznolikosti. Menadžeri se u cijelom svijetu bave upravljanjem, ali ne na isti način. Srž kulture čine vrijednosti pojedinog društva, a u različitim su kulturama različite vrijednosti, gledišta, mišljenja, ponašanja pa se tako i upravljanje ljudskim potencijalima mora prilagoditi određenoj kulturnoj sredini. Temeljne vrijednosti različitih kultura, potpuno su drugačije, primjerice američke i japanske (na suprotnim stranama stoji američki individualizam i japanski kolektivizam, zatim američko natjecanje – konkurencija i japanska suradnja – harmonija). U skladu s time treba se prilagoditi upravljanje ljudskim potencijalima.

³⁹ Ibidem, str. 78.

⁴⁰ Ibidem, str. 81.

3.3.2. Unutarnji faktori

A – Upravljanje

U analiziranju specifičnosti ljudskih potencijala i njihovog upravljanja ističe se da je to poslovna funkcija koja je najpodložnija djelovanju subjektivnih gledišta i uvjerenja menadžera. Općenito, menadžeri, njihove vrijednosti i uvjerenja daju presudan ton cijeloj organizaciji i njenom poslovnom ponašanju, izboru strategije, alokaciji resursa i slično.⁴¹

B – Veličina organizacije

Neovisno o veličini organizacije, prisutni su problemi koji se odnose na ljude. Treba odabrati zaposlenike, baviti se njihovom daljnjom izobrazbom, obučiti ih, pratiti njihovu radnu uspješnost, motivirati, nagrađivati i drugo. Nažalost, male organizacije često nemaju dobro razrađen stručni kadar menadžerskog osoblja, pa tu dolazi do poteškoća. Zapravo, što je organizacija veća to je funkcija ljudskih potencijala bolje razrađena i ima veću stručnu i organizacijsku infrastrukturu. Kod manjih organizacija nužno je svestranije obrazovanje ključnih ljudi za ljudske potencijale kako bi se izbjeglo preveliko oslanjanje na stručnu pomoć specijaliziranih vanjskih institucija.⁴²

C – Vrsta djelatnosti i tehnološka opremljenost rada

Što je djelatnost složenija i zahtjevnija, to je i upravljanje ljudskim potencijalima razvijenije, a problem pribavljanja, selekcije i razvoja ljudskih potencijala značajniji.⁴³

Organizacije, kao i ljudi imaju svoj životni ciklus, svoj proces nastajanja iz ničega u nešto. U tom svom procesu organizacije prolaze razne etape koje u konačnici dovode do stabilizacije. U ranoj fazi nastajanja organizacije, potrebno je privući najbolje stručnjake i talente, dakle osigurati kvalitetan kadar ljudi. Također, treba stvoriti okruženje i mehanizme za upotrebu i provođenje njihovih ideja te dovesti do podizanja opće poslovne razine. Kasnije, kada se može govoriti o razvijenoj organizaciji treba osigurati dotok novih ljudi i ideja kako bi se pokrenuo novi razvojni ciklus organizacije.

Ovdje se uočava razlika organizacija i ljudi. One se trebaju stalno obnavljati i restrukturirati da bi mogle trajati. Učmalost i neinventivnost dovodi do pada efikasnosti i efektivnosti organizacije.

E – Organizacijska kultura

Odgovarajuća organizacijska kultura je pretpostavka, ali i rezultat djelovanja funkcije ljudskih potencijala. Na organizacijsku kulturu utječe i kultura određenog društva koja osigurava široki okvir za njezino formiranje. Istodobno postoje bitne razlike u organizacijskim kulturama poduzeća u istom društvu jer

⁴¹ Ibidem, str. 100.

⁴² Ibidem, str. 106.

⁴³ Ibidem, str. 107.

one izražavaju specifične vrijednosti (poslovne i socijalne) usmjerene na ostvarivanje organizacijske misije i ciljeve. Organizacijska kultura označava, u kontekstu kulture društva, grupnu kulturu u kojoj, u svakom društvu, postoje bitne razlike.⁴⁴

4. Motivacija i motivacijski faktori kao pretpostavka uspješnosti poduzeća

4.1. Motivacija⁴⁵

Čovjekovim akcijama upravljaju njegova saznanja, mišljenja, vjerovanja i predviđanja. Kada se upita zašto on uopće stupa u akciju postavlja se pitanje motivacije. U odgovoru na pitanje o motivaciji govori se o aktivnim pokretačkim silama koje se označavaju riječima kao što su “trebati” i “bojati se”. Pojedincu je potrebna vlast, status, boji se društvenog ostrakizma, strahuje od prijetnji svom samopoštovanju. Pored toga, analizom motivacije utvrđuje se cilj za čije ostvarenje čovjek troši svoju energiju. U težnji za vlašću on ulaže napor, vrijeme i imovinu. U težnji za statusom pokušava osigurati put novcem u (primjerice) “odgovarajući mjesni klub”. Strahujući od društvenog ostrakizma, on izbjegava poznanike i prijatelje, koji ga mogu navesti da pomaže nepopularnu društvenu stvar. Zbog prijetnji samopoštovanju, izbjegava situacije u kojima bi njegova intelektualna sposobnost mogla biti osporena.⁴⁶

Kada se govori o *motivaciji* uvijek se ukazuje na *pokretačke sile u pojedincu*. Te pokretačke sile mogu biti pozitivne i negativne. Međutim, iako u biti različite, obje sile pokreću i podržavaju određeno ponašanje kod čovjeka.

Misao i akcija pojedinca odraz su njegovih potreba i ciljeva.⁴⁷

Potrebe i ciljevi pojedinca stalno se razvijaju i mijenjaju. Maslow je izložio svoju teoriju specifičnog redosljeda u razvoju potreba u kojoj objašnjava kako “više” potrebe ne mogu biti izražene ako prije toga nisu zadovoljene “niže”.

⁴⁴ Ibidem, str. 113

⁴⁵ Motivacija je stanje u kojem smo “iznutra” pobudeni nekim porivima, težnjama, željama, može se reći motivima, a usmjereni na postizanje nekog cilja, koji izvana djeluje kao poticaj na ponašanje. Organizam nije dakle samo “gurnut” u aktivnost unutrašnjim porivima, već ga izvana potiču i “privlače” neki okolni predmeti i situacije. Iako među navedenim izrazima (potrebe, porivi itd.) postoje izvjesne konotativne, pa donekle i denotativne razlike, u literaturi o motivaciji te razlike nikako nisu jasne, pojedinci različito doživljavaju i interpretiraju te male razlike i većina je tih izraza u svakodnevnom govoru pa i u psihološkoj literaturi, izmjenično u upotrebi. Sve što čovjek svjesno radi, radi zato jer je “motiviran” da tako radi. Čak i kada nas netko prisili da radimo “protiv svoje volje”, i onda radimo tako jer smo odlučili da to radimo, jer je takvo rješenje još uvijek bolje od alternative. Pri tomu, dakako, to ne znači da nas to što radimo veseli. Tek novije teorije motivacije su razjasnile zašto čovjekovo ponašanje u životu često nije u skladu s njegovim glavnim željama i interesima. Njegova konačna odluka je posljedica nekoliko faktora, a ne samo toga koliko ga neki cilj “privlači”. U konačnoj odluci on je izabrao onaj cilj, za koji je relativno najviše motiviran. Petz i sur., op. cit. (bilj. 22), str. 251-252.

⁴⁶ Krech, D., Crutchfield, R.S., Ballachey, E.L., *Pojedinac u društvu*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Srbije, Beograd, 1972., str. 70.

⁴⁷ Ibidem, str. 72.

Redosljed potreba prema Maslowu: 1. zadovoljenje fizioloških potreba (kao što su glad i žeđ), 2. zadovoljenje potrebe za sigurnošću (na primjer da se netko brine za nas), 3. zadovoljenje potreba za ugledom (prestiž, uspjeh, samopoštovanje) i 4. zadovoljenje potrebe za afirmacijom (želja za samoaktualizacijom).⁴⁸

Potrebe su poredane tim redom jer zadovoljenje potrebe “niže” kategorije uvjetuje “višu”. Naime, ako je čovjek gladan sigurno neće razmišljati o potrebi za ugledom i slično.

Tri su uobičajena motivacijska izraza: “motiv”, “svrha” i “razlog”.⁴⁹

Te riječi ne predstavljaju sinonime, ali su usko vezane uz ljudsko ponašanje. Što nas motivira na neko ponašanje; koja je svrha da nekuda idemo; koji je razlog da nešto želimo. Sigurno je, da je motivacija, kao pokretačka sila u čovjeku, vrlo bitna jer ima veliki utjecaj, u pozitivnom ili negativnom smislu.

4.2. Motivacija zaposlenika

Jedan od najvažnijih čimbenika upravljanja ljudskim potencijalima je motivacija zaposlenika. Često se postavlja pitanje kako motivirati zaposlenike i na taj način pridonijeti boljem funkcioniranju poduzeća. O motivaciji zaposlenika se puno piše i psiholozi održavaju brojne seminare gdje pokušavaju objasniti važnost uloge motivacijskog faktora za zaposlenika i njegovo zadovoljstvo. Produkt istog je kvalitetniji rad, veća kreativnost i drugo.

Menadžeri ljudskih potencijala znaju da se u suvremenom poslovnom svijetu najveća borba vodi na području učinkovitosti organizacije. Učinkovitost, dakle odnos uloženi resursa i ostvarenih rezultata, tema je oko koje se vode najvažnije poslovne, pa i znanstveno-gospodarske rasprave. Najviše je rasprava usmjereno na ulogu zaposlenika u procesu povećanja učinkovitosti. Učinkovitost se često objašnjava kao umijeće kojim se sa što manje resursa može napraviti što više rezultata ili s dodatno angažiranim resursima napraviti značajno povećanje rezultata (pri čemu resursi mogu biti različiti, kao na primjer novac, tehnologija i drugo). Pritom se često zaboravlja najvažniji *resurs*, a to su ljudi, zaposlenici u organizaciji. Zaboravlja se na ulaganje u znanje zaposlenika kako bi bili spremni svojim zalaganjem povećati opseg poslovanja poduzeća, ali i dobro razrađen sustav upravljanja ljudskim potencijalima.

Suvremene znanosti kao što su komunikologija, psihologija i sociologija pridonijele su novim pogledima na sustav učinkovitog upravljanja i motivacije ljudi. Saznanja spomenutih znanosti su toliko dobro argumentirana da su popustili čak i tehnokrati te počeli poštivati određene zakonitosti. Te su zakonitosti oduvijek bile prisutne jer su određivale način ljudskog djelovanja, ali činjenica da dosad nisu prepoznate i nije postojala potreba razumjeti ih i uvažavati.

⁴⁸ Maslow, A.H., *Motivation and personality*, Harper, New York, 1954.

⁴⁹ Evans, Ph., *Motivacija*, Nolit, Beograd, 1978.

Sama tehnologija nije dovoljna za podizanje razine učinkovitosti. Bez ljudskog čimbenika tehnologija ne donosi puno. Upravljanje ljudskim potencijalima i motivacija zaposlenika spadaju u najvažnije čimbenike gospodarskog razvitka poduzeća.

4.3. Motivacija i zadaci menadžera ljudskih potencijala

Menadžeri bi trebali biti dobri poznavatelji ljudske psihologije i “izvući” iz svakog pojedinog zaposlenika ono najbolje, ali na najmanje stresan⁵⁰ način.

Sami menadžeri danas sve više shvaćaju da je bit njihovog posla “naći najbolje ljude, dobro ih motivirati i pustiti da rade svoj posao na vlastiti način.”⁵¹ Temeljni zadatak upravljanja ljudskim potencijalima postaje, nakon pronalaženja “pravih ljudi”, učiniti ih sposobnima za zajednički i uspješan rad, odnosno da se uspješno “nose” sa problemima koji se ispred njih postavljaju te da njihova snaga bude djelotvorna, a slabosti nebitne. Sposoban čovjek ne smije se učiniti slabim ni nesigurnim, jer su slabost i nesigurnost trajan izvor nezadovoljstva i izravna prijetnja ljudima zaposlenim u organizaciji, kao i organizaciji samoj.

Menadžeri si često postavljaju sljedeća pitanja:

- zašto neki ljudi rade puno i dobro, dok drugi rade što je manje moguće,
- kako kao menadžer mogu utjecati na ponašanje i uspješnost svojih suradnika i
- zašto se ljudi promijene, počinju kasniti na posao, izostajati, manje raditi i slično.⁵²

Odgovori na sljedeća pitanja nalaze se u sferi motivacije i njezina razumijevanja, što se od dobrog menadžera i očekuje. Dobro razumijevanje motivacije i teorija motivacije daju odgovore na sporna pitanja i pomažu menadžerima bolje suočavanje s tim problemima poznavajući njihovu pozadinu.

Za bilo koje područje ljudskog i profesionalnog djelovanja uz sposobnosti i znanja te osobna svojstva, potrebna je motivacija. Što su zanimanja kompleksnija i zahtjevnija, to je uloga motivacije značajnija. Osim motivacije zaposlenika, osobito je bitna i motivacija menadžera.

Mnogi autori smatraju da samo visoko motivirani menadžeri mogu uspješno obavljati svoj posao. Bitno je odrediti specifične motive vezane uz menadžment.⁵³

Analiza motivacije za menadžere ima dvije važne dimenzije, odnosno pitanja pragmatičnog značaja:

⁵⁰ Stres (dolazi od engleske riječi stress, koja znači napor, odnosno pritisak) je riječ koja je skoro svakodnevno prisutna u današnjem društvu, u svakodnevnom govoru, na skoro svakom poslu. Stres je svakako važan faktor i to čimbenik koji ozbiljno može ugroziti motivaciju i čovjeka. Petz i sur., op. cit. (bilj. 22), str. 431.

⁵¹ Bahtijarević Šiber, F., op. cit. (bilj.14), str. 556.

⁵² Ibidem, str. 557.

⁵³ Bahtijarević Šiber, F., Motivacijske pretpostavke menadžerske uspješnosti, Računovodstvo revizija i financije br. 1, Zagreb, 1996., str. 232.

1. *Utvrdjivanje motivacijskih pretpostavki i motivacije za izbor menadžerske karijere*

ovdje se radi o tomu zašto neki ljudi žele postati menadžeri te postoje li neki specifični razlozi, potrebe i motivi koji to objašnjavaju. Značaj navedenog je u otkrivanju menadžerskog potencijala. Angažiranje menadžera u organizacijama je postalo nužno, kao i raspolaganje kapitalom ili pružanjem usluga. Naprotiv, postoji uvjerenje da je sam menadžment važniji. Zato je posve razumljivo da svaka organizacija nastoji osposobiti vlastite menadžere, jer bez njih je ugrožena trajnost poslovanja organizacije.

2. *Druga dimenzija je vezana uz motivacijsku strukturu menadžerske uspješnosti*

ovdje se radi o tomu, postoji li neka jedinstvena potreba, motiv ili struktura međusobno povezanih potreba koje se mogu odrediti i gledišta koja su potrebna za postizanje uspješnosti u tom poslu. To se pitanje odnosi na razlikovanje uspješnih od neuspješnih menadžera u svezi s njihovom motivacijskom strukturom.

Menadžerska motivacija je kompleksan problem koja traži detaljna istraživanja, ali ima dosta tvrdnji u prilog postojanja specifične motivacije za posao upravljanja kao pretpostavka za ulazak u područje menadžmenta i razvoja menadžerske karijere.⁵⁴

Motivacija postignuća je želja za postizanjem uspjeha vlastitim naporom i radom, preuzimanja odgovornosti i zasluga za rezultate uz želju izbjegnuti neuspjeh. Bitna svojstva ljudi s razvijenom tendencijom i potrebom postignuća su:

- vole situacije u kojima mogu preuzeti osobnu odgovornost za rješavanje problema;
- pouzdaju se u osobne sposobnosti, a ne u sreću ili slično;
- teže postavljanju optimalnih ciljeva i preuzimaju rizik jer aktivnost bez rizika nije izazov, kao što i prevelik rizik umanjuje mogućnosti za ostvarivanje ciljeva te
- nužna im je povratna informacija o postignutim rezultatima, odnosno uspjehu.⁵⁵

Neka stajališta i motivi ipak su se iskristalizirali, a koji pridonose izboru menadžerske karijere, uspjehu na tom položaju i brzjoj promociji na menadžerskoj ljestvici:

1. pozitivna gledišta prema autoritetu i ljudima na toj poziciji,
2. želja za nadmetanjem,
3. želja za dokazivanjem i potvrđivanjem,
4. želja za iskazivanjem moći,
5. želja za različitom i značajnom pozicijom i ponašanjem te
6. želja za dužnošću i osjećaj odgovornosti⁵⁶

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, str. 233.

⁵⁶ Ibidem, str. 234.

4.4. Stres kao faktor suprotan motivaciji i upravljanje njime

Stres je naziv za stanje u kojem se nalazi određena osoba zbog djelovanja različitih, najčešće štetnih, agensa, koji djeluju na strukturu ili funkciju organizma. Iako se razlikuje fiziološki, sociološki i psihološki stres, u ovom će se radu zadržati na psihološkom stresu, koji je presudan za kvalitetno djelovanje i aktivnosti organizacija, a kojem je često izloženo osoblje zaposleno u organizaciji.

Psihološki stres, najčešće se definira kao štetna transakcija između pojedinca i određenog svojstva okoline. Takva transakcija uključuje i podražaj i reakciju, stoga pojam stresa obuhvaća uzroke, reakcije i njihove posljedice. Nastanak psihološkog stresa uvjetovan je procjenom pojedinca, o kojoj ovisi hoće li neki podražaj ili situacija djelovati kao stresor⁵⁷ ili ne.

Važnost individualnih procjena za nastanak stresa prikazana je nizom istraživanja, koja su, osim toga, ukazala i na važnost osobina ličnosti, koje pridonose različitosti interpretacija iste situacije ili stresora sa strane različitih osoba.

O postojanju stresa zaključuje se na osnovu indikatora koji mogu biti fiziološki (primjerice: promjena krvnog pritiska, povišena razina tjelesnih hormona u tjelesnim tekućinama, dijabetes i drugo), doživljajni (na primjer: neugodna čuvstva straha, srdžbe, bespomoćnosti) ili se očitovati u ponašanju, (primjerice promjene u kognitivnom funkcioniranju na primjer, u efikasnosti rješavanja problema).

Posljedice stresa mogu, ukoliko se pojedinac uspješno nosi sa stresom, sasvim izostati ili čak biti pozitivne (primjerice, povećana otpornost pri susretu s novim stresorima).

U slučaju neuspješnog suočavanja sa stresom, osobito ako se radi o intenzivnom i dugotrajnom djelovanju, moguća je pojava niza negativnih efekata, od neprilagođenog ponašanja do pojave psihičkih ili tjelesnih poremećaja ili bolesti.⁵⁸

Stres je nesumnjivo postao nezaobilazna činjenica modernog života i rada. Obično se kaže da samo mrtvi nisu izloženi stresu. On se danas smatra jednim od najvažnijih uzročnika mnogih radnih i organizacijskih problema, međutim i cijelog niza bolesti (kardio-vaskularnih, mentalnih i drugih). Posebno stresnim se smatra menadžerski posao, pa se uz to razvio termin "menadžerska bolest".⁵⁹

Stres, nije samo obilježje menadžerskog posla, nego je vezan uz mnoge poslove i radne situacije. Razlozi za to su višestruki: oštra konkurencija, smanjivanje i restrukturiranje organizacija, stalne promjene u tehnologiji, ukidanja radnih mjesta, agresivan odnos poslodavaca prema zaposlenima i drugo.

⁵⁷ Stresor je svaki vanjski ili unutarnji podražaj, koji od organizma traži udovoljavanje određenim zahtjevima, rješavanje problema i pojačanu aktivnost ili jednostavno neki novi izvor prilagodbe. Postoje različite klasifikacije stresora, bilo na osnovi njihova trajanja (kratkotrajni, dugotrajni), intenziteta (slabi, umjereni, jaki) ili reakcija koje izazivaju Petz i sur., op. cit. (bilj. 22), str. 432.

⁵⁸ Ibidem, str. 431-432.

⁵⁹ Bahtijarević Šiber, F., *Izvori stresa u suvremenim radnim uvjetima*, Slobodno poduzetništvo, br.4., Zagreb, 1999.

Neupitno je, da je stres skup, da izaziva ne samo smetnje i bolesti zaposlenika, već posredno time i izuzetno velike materijalne gubitke organizacija.⁶⁰

5. Sukobi u poduzeću

5.1. Definicija konflikta

Konflikti su svakodnevna pojava i bitan segment organizacijskih odnosa, ponašanja i života uopće, a uspješno upravljanje njima jedna je od temeljnih pretpostavki organizacijske i menadžerske uspješnosti.⁶¹

Ima puno različitih definicija konflikta. Bahtijarević Šiber definira konflikt “kao proces socijalne interakcije i socijalnu situaciju u kojoj se interesi ili aktivnosti sudionika (pojedinaca ili grupa) međusobno stvarno ili prividno suprotstavljaju, blokiraju i onemogućavaju ostvarivanje njihovih ciljeva. Obično uključuje borbu za osiguranje resursa, moći, statusa ili nekih drugih povlastica, želja, interesa i ciljeva pojedinaca, grupa ili organizacija. Konflikt je uvijek vezan uz ljudske i grupne interakcije.”⁶²

Konflikt je dinamičan proces koji se odražava na različitim razinama, a može se pojavljivati u latentnom ili manifesnom obliku. Kada se radi o neslaganju u mišljenjima, osoba na nižem hijerarhijskom položaju u organizaciji, uglavnom prešućuje neslaganje s osobom na višoj hijerarhijskoj ljestvici sve dok ipak ne dođe do kulminacije i otvorenog konflikta. Dakle, konflikti koji se mogu riješiti, pogotovo ako se radi o neslaganju mišljenja i ako se u cijeloj situaciji može naći kompromis. Međutim, postoje i otvoreni konflikti koji uključuju različite oblike ponašanja, primjerice agresivne istupe kada kompromis više ne može biti djelotvorno rješenje.

Izobrazba menadžera za upravljanje ljudskim potencijalima i ostalog osoblja treba pomoći pri prepoznavanju latentnog oblika konflikta na vrijeme te adekvatnim mjerama spriječiti prijelaz u aktivni, odnosno manifesni oblik.

5.2. Upravljanje konfliktima u poduzećima i njihovo rješavanje

Konflikti su neizbježni (ne samo u organizacijama, već i svakodnevnom životu), ali nije svaki konflikt nužno negativan, odnosno destruktivan. Naime, upravo konfliktne situacije mogu dati odgovor na neke probleme te ukazati na moguća rješenja. Konflikti verbalne prirode očituju se većom otvorenošću komunikacije između određenih osoba, sudionika u konfliktnom procesu.

Nedostatak otvorene komunikacije jedan je od uzroka nastanka konflikta. Mnogo je čimbenika koji nas sprječavaju da se komunikaciji pristupi otvoreno (na primjer: odgoj, pristojnost, strah od reakcije suprotne strane, hijerarhija u

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Bahtijarević Šiber, F., op. cit. (bilj. 59.), str. 55.

⁶² Ibidem, str. 55.

organizaciji i drugo). Kada bi se u samom početku nastajanja konflikta pristupilo otvorenoj komunikaciji do konflikta, ili uopće ne bi došlo, ili bi bio u znatnoj mjeri smanjen. Ima trenutaka kada ni otvorena komunikacija ne bi predstavljala izlaz iz nastalog problema, primjerice: suprotnost interesa, borba za “prestiz”, odnos s nadređenim u kojem strana, koja je u podređenom položaju “nema pravo glasa” i slično. To su nerješive situacije koje će uvijek postojati.

*Učinci konflikata u organizaciji mogu biti pozitivni i negativni.*⁶³

- *Pozitivni* potiču: nužne socijalne promjene, razvoj kreativnih ideja i uvođenje inovacija, osvjetljavanje važnih problema, kvalitetnije odluke i rješenja problema, reformiranje organizacije, razvoj osjećaja solidarnosti i kohezije grupe.
- *Negativni* učinci sukoba imaju i negativne aspekte i troškove jer otežavaju i sprječavaju koordinaciju i kooperaciju te zahtijevaju puno energije i vremena koji bi se mogli upotrijebiti produktivnije.⁶⁴

Uspješno upravljanje sukobima i konfliktnim situacijama zahtijeva od menadžera ljudskih potencijala stalno praćenje i analizu organizacijske situacije te poticanje sukoba u stanju organizacijske stagnacije, apatije i odsustva ideja, a reduciranje konflikata kada prijete oduzimanju energije i vremena pri čemu je šteta u odnosu na korist koju konflikt može izazvati prevelika.⁶⁵

Tendencija u suvremenim organizacijama treba biti na rješavanju konflikata, iako ne treba gajiti preveliki optimizam jer teorija i praksa često znaju svojom oprečnošću iznenaditi, pogotovo kada je u pitanju ljudska priroda.

6. Suvremeni trendovi upravljanja ljudskim potencijalima

Važnost upravljanja ljudskim potencijalima za poslovanje poduzeća postaje u suvremenoj situaciji sve naglašenija.⁶⁶

Opći porast značenja ljudskih potencijala, koji se danas smatraju ključnim čimbenikom gospodarskog razvoja te promjene koje se događaju u okolini još više naglašavaju značaj ljudskih potencijala te potrebu planskog i dobro organiziranog upravljanja njima.⁶⁷

U skladu s time mijenjaju se i sadržaj i metode djelovanja na području upravljanja ljudskim potencijalima što je logično s obzirom na to da upravljanje ljudskim potencijalima ima za cilj maksimalno doprinijeti uspješnom radu i poslovanju poduzeća.

Goić iznosi zaključke koji se tiču suvremenih trendova u organizaciji vezanih uz upravljanje ljudskim potencijalima:

⁶³ Bahtijarević Šiber, F., *Zadaci menadžera u upravljanju konfliktima u poduzećima*, Računovodstvo i financije br. 5, Zagreb, 1993., str. 57.

⁶⁴ Ibidem, str. 57.

⁶⁵ Ibidem, str. 65.

⁶⁶ Goić, S., *Redizajniranje velikih hrvatskih poduzeća u funkciji gospodarskog razvoja*, Ekonomski fakultet u Splitu, 1998., str. 347.

⁶⁷ Ibidem, str. 347.

Upravljanje ljudskim potencijalima dobiva ravnopravno mjesto u organizacijskom i strateškom smislu: ljudski potencijali postaju ključni čimbenik poslovnog uspjeha poduzeća, a ona poduzeća koja ljudskim potencijalima pridaju strateški značaj i koja toj domeni pristupaju planski i dugoročno, postižu najbolje rezultate.

Sve je veći naglasak na ulogu linijskih menadžera u upravljanju ljudskim potencijalima.

Može se govoriti o određenom “raslojavanju” poslova upravljanja ljudskim potencijalima unutar poduzeća. S jedne strane značajan dio poslova obavljaju linijski menadžeri, a s druge stručni poslovi kadrovske funkcije sve se više specijaliziraju i dobivaju na značaju.

Eksternalizacija značajnog dijela poslova upravljanja ljudskim potencijalima. U novije vrijeme javljaju se specijalizirane vanjske agencije kojima se povjerenje obavljanje dijela poslova, ali dakako poslovi samog strateškog odlučivanja ne mogu se i ne smiju eksternalizirati. Eksternalizacija stručnih poslova kadrovske funkcije moguća je i korisna samo kod povremenih poslova manjeg i fluktuirajućeg obujma te kada se radi o visoko specijaliziranim poslovima za koje poduzeće nema vlastite adekvatne kadrove niti ih se isplati angažirati.

Informatizacija kadrovske funkcije – informatička tehnologija omogućava poduzeću pristup vanjskim bazama podataka i usluga, a također zajedno s razvojem specijaliziranih vanjskih agencija, pruža na ovom planu poduzeću iznimne mogućnosti unaprijeđene kvalitete i efikasnosti upravljanja ljudskim potencijalima.

Relativno smanjenje obujma poslova kadrovskih službi. Kadrovske službe u poduzeću postaju sve stručnije (smanjuje se rutinski i administrativni karakter rada u tim službama), a raste obujam specijaliziranih, stručnih i kreativnih poslova koji im se stavljaju u zadatak.

Nove prakse u skoro svim područjima kadrovske funkcije – težište aktivnosti kadrovske funkcije i kadrovskih službi premješta se prema kreativnijim poslovima i kreativnijem pristupu.

Kao sažetak svega navedenog, Goić daje prikaz stanja pravaca i perspektive budućeg razvoja organizacije kadrovske funkcije u velikim poduzećima u Hrvatskoj.

Dakle, a) u Hrvatskoj treba podići upravljanje ljudskim potencijalima na razinu koju zahtijeva suvremena situacija; b) u velikim poduzećima u kojima su kadrovske službe u ovom trenu uglavnom uništene i gdje je obujam te kvaliteta njihovog rada srezana upravo u onim područjima gdje bi njihov kreativni rad trebao biti najviše izražen, uglavnom su svedene na operativno-administrativne poslove. Potrebno je raditi na novom konceptu rada kadrovske funkcije i njenom jačanju posebno u segmentu “linijskog” menadžmenta; c) u velikim poduzećima, novonastalim uslijed procesa privatizacije, kadrovska funkcija najčešće ni ne postoji kao cjelovita funkcija. Primarni je zadatak organizacijsko objedinjavanje i formiranje kadrovske funkcije – definiranje njene organizacijske koncepcije, strategije te povezivanje i usklađivanje postojećih dijelova.⁶⁸

⁶⁸ Ibidem, str. 321-353.

Pološki Vokić postavila je hipotezu kako hrvatska poduzeća nemaju razvijenu praksu menadžmenta ljudskih potencijala. Aktivnosti menadžmenta ljudskih potencijala u hrvatskim poduzećima poput pribavljanja i selekcije osoblja, obuke, praćenja radne uspješnosti (zaposlenika, ali i menadžera), nagrađivanje zaposlenika te stvaranje odgovarajuće organizacijske klime i kulture još su “u zamecima”. Praksa stimulativnog plaćanja i nagrađivanja u Hrvatskoj također nije razvijena.⁶⁹

U Hrvatskoj postoje, međutim podružnice suvremenih inozemnih poduzeća koje primjenjuju suvremene trendove koncepcije upravljanja ljudskim potencijalima, odnosno njihovi menadžeri, stručnjaci za upravljanje ljudskim potencijalima primjenjuju u potpunosti sve elemente koji čine sastavni dio koncepta upravljanja ljudskim potencijalima što je rezultat uspješnog poslovanja istih.⁷⁰

7. Zaključak

Svrha je ovog rada osvrt na suvremenu problematiku kojom se zadnjih desetljeća sve više bave znanstvenici i teoretičari raznih profila te povodom koje se izdaje sve više publikacija, s istim ciljem *poboljšanja poslovanja poduzeća*, a time i rasta nacionalnog gospodarstva općenito.

Upravljanje ljudskim potencijalima i isticanje vrijednosti ljudskog faktora u poslovanju organizacije je smjer koji će zasigurno s vremenom dovesti do pozitivnih pomaka u poslovanju poduzeća te napretku gospodarstva.

I u Hrvatskoj se znanstvenici i teoretičari već duže bave tom problematikom. Donose se zakoni i podzakonski akti koji imaju za svrhu podići opću razinu gospodarskog poslovanja (smanjenjem birokratizacije i poboljšanjem funkcioniranja javnog sektora što se posredno odražava i na poslovni, odnosno privatni sektor).⁷¹

Okolina u kojoj živimo turbulentna je i u njoj se svakodnevno susrećemo s većim ili manjim novim problemima. Brzina i kakvoća njihovog rješavanja utječu na učinkovitost poduzeća. Dobro rješenje, odnosno dobra ideja može poboljšati prodaju, marketing, upravljanje, vrijeme, sredstva, energiju i druge oblike angažmana.

Za Hrvatsku je značajno da zakoni koji se velikom brzinom donose (iako često brzopleto i stihijski) zažive te da hrvatska poduzeća što prije počnu funkcionirati po uzoru na razvijena poduzeća zapadnoeuropskih zemalja.

⁶⁹ Pološki Vokić, N., Menadžment ljudskih potencijala u velikim hrvatskim poduzećima, Ekonomski pregled, sv. 55 (5-6), Zagreb, 2004.

⁷⁰ Primjer uspješne podružnice stranog poduzeća u Hrvatskoj, koje ima svoje podružnice i u četrnaest država u Europi je njemačko poduzeće OVB Allfinanz. Spomenuto poduzeće primjenjuje sve spomenute elemente ULJP-a, kao i stimulativno nagrađivanje zaposlenika te kongrese i seminare za usavršavanje zaposlenika i menadžera.

⁷¹ Kvalitetna, stručna i brza javna uprava pretpostavka je ubrzanju gospodarskog razvoja na što stalno upozoravaju gospodarstvenici. Reforma javne uprave, Ekonomist, www.uprava.hr, 13. 03. 2008.

Literatura

1. Bahtijarević Šiber, F., Upravljanje organizacijskim razvojem i zadaci menagera, RFIN br. 2, Zagreb, 1993., str. 66-75.
2. Bahtijarević Šiber, F., Zadaci menagera u upravljanju konfliktima u poduzećima, RFIN br. 5, Zagreb, 1993., str. 55-65.
3. Bahtijarević Šiber, F., Poduzetnička organizacija i management-bihevioralni pristup, RFIN br. 2, Zagreb, 1994., str. 95-104.
4. Bahtijarević Šiber, F., Motivacijske pretpostavke menadžerske uspješnosti, Računovodstvo revizija i financije br. 1, Zagreb, 1996., str. 231-235.
5. Bahtijarević Šiber, F., Strategijski menadžment i upravljanje ljudskim potencijalima, Organizacija i menadžment, Zagreb, 1997., str. 11-18.
6. Bahtijarević Šiber, F., Strategijsko upravljanje ljudskim potencijalima: značenje i uloga u suvremenoj teoriji i praksi, Ekonomski pregled 48 (1), Zagreb, 1997., str. 38-54.
7. Bahtijarević Šiber, F., Informacijska tehnologije i upravljanje ljudskim potencijalima, SP 7/98, Zagreb, 1998., str. 121-130.
8. Bahtijarević Šiber, F., Prednosti i nedostaci intervjua kao selekcijske metode, SP 21-22/98, Zagreb, 1998., str. 265-275.
9. Bahtijarević Šiber, F., Izvori stresa u suvremenim radnim uvjetima, SP 4/99, Zagreb, 1999., str. 265-27.
10. Bahtijarević Šiber, F., Management ljudskih potencijala, Golden marketing, Zagreb, 1999.
11. Bahtijarević Šiber, F., Uloga organizacija i menagera u razvoju karijere, SP 6/2000, Zagreb, 2000., str. 194-203.
12. Bahtijarević Šiber, F., Reinženjering funkcije ljudskih potencijala, SP 23-24/2000, Zagreb, 2000., str. 192-200.
13. Bahtijarević Šiber, F., Sikavica, P., Novi aspekti položaja i načina rukovođenja žena menagera u hrvatskim poduzećima – empirijska analiza, SP 9/2003, Zagreb, 2003., str. 184-193.
14. Evans, Ph., Motivacija, Nolit, Beograd, 1978.
15. Fromm, E., Čovjek za sebe, Naprijed, Zagreb, 1989.
16. Fromm, E., Zdravo društvo, Naprijed, Zagreb, 1989.
17. Foucault, M., Znanje i moć, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1994.
18. Fulgosi, A., Psihologija ličnosti, teorije i istraživanja, Školska knjiga, Zagreb, 1990.
19. Haralambos, M., Uvod u sociologiju, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1994.
20. Goić, S., Suvremeni trendovi u organizaciji upravljanja ljudskim resursima, Ekonomski fakultet, Split, 1998.
21. Hobsbawn, E., Doba kapitala, Školska knjiga – Stvarnost, Zagreb, 1989.
22. Karner, H.F., Osobna i strukturalna strana intelektualnog kapitala, Ekonomija 1/97 RFIN, Zagreb, 1997., str. 1-38.
23. Koprić, I., Organizacijska kultura u javnoj upravi, u: Pusić, E., Ramljak, M., Koprić, I., Kregar, J., Perko-Šeparović, I., Blažević, R., Lozina, D. Hrestomatija upravne znanosti sv. 1, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 149-189.
24. Krech, D., Crutchfield, R.S., Ballachey, E.L., Pojedinaac u društvu, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Srbije, Beograd, 1972.

25. Marčetić, G., *Upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi*, doktorska disertacija, Zagreb, 2006.
26. McCourt, W., Eldridge, D., *Global Human Resource Management*, UK: Edward Elgar, Cheltenham, 2003.
27. Petz, B., *Psihologija rada*, Školska knjiga, Zagreb, 1987.
28. Perko Šeparović, I., *Novi javni menadžment – britanski model*, *Politička misao*, br. 4, Zagreb, 2002., str. 31-43.
29. Pološki, N., "Ženski stil" vođenja – empirijsko istraživanje primarnih nositelja u hrvatskim poduzećima, *Ekonomski pregled sv. 54 (1-2)*, Zagreb, 2003., str. 38-53.
30. Pološki Vokić, N., *Menadžment ljudskih potencijala u velikim hrvatskim poduzećima*, *Ekonomski pregled sv. 55 (5-6)*, Zagreb, 2004., str. 455-478.
31. Pržulj, Ž., *Menadžment ljudskih resursa*, Institut za razvoj malih i srednjih preduzeća, Beograd, 2002.
32. Pulić, A., *Upravljanje intelektualnim kapitalom*, *Ekonomija 1/97*, RFIN, Zagreb, 1997., str. 89-115.
33. Pusić, E., *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb, 2002.
34. Torrington, D., Hall, L. i Taylor, S., *Menadžment ljudskih resursa*, *Data status*, Beograd, 2002.

Ostalo

1. ProPro, *Poslovni časopisi za 2004. godinu*.
2. Večernji list – *Poslovni svijet*, 27. 10. 2004., str. 36.
3. Internet stranica: *Reforma javne uprave*, *Ekonomist*, www.uprava.hr, 13. 03. 2008.

Summary

MANAGING HUMAN RESOURCES IN COMPANIES – THE HUMAN FACTOR AND EMPLOYEE MOTIVATION AS THE MOST IMPORTANT ASPECTS OF SUCCESSFUL COMPANY OPERATIONS

In their paper, the authors make an effort to provide an overview of the concept of human resource management in companies, the interdisciplinary character of this concept and the general importance of its systematic implementation in modern companies with the aim to achieve a maximum efficiency. They stress the recognition of the human factor as the most important resource in a company and the importance of employees' and managers' motivation and managers as one of the important factors for success (effectiveness, efficiency and economy). They also address conflicts in the company, how useful or harmful they can be, how to recognize them in time and how to manage them. Finally, contemporary trends in company management are mentioned.

Key words: *concept of human resource management in companies, human factor, motivation, conflict, contemporary management trends.*

Zusammenfassung

PERSONALMANAGEMENT IN UNTERNEHMEN – FAKTOR MENSCH, MITARBEITERMOTIVATION ALS WICHTIGSTE ERFOLGSFAKTOREN EINES UNTERNEHMENS

In ihrer Arbeit versuchen die Autoren eine Konzeptdarstellung des Personalmanagements in Unternehmen zu geben, ferner den interdisziplinären Charakter des genannten Konzeptes sowie die Bedeutung seiner systematischen Anwendung in modernen Unternehmen, mit dem Ziel eines größtmöglichen Unternehmenserfolgs, darzustellen. Sie heben das Erkennen des Faktors Mensch, als wichtigste Ressource im Unternehmen, und die Wichtigkeit der Mitarbeitermotivation, aber auch der Manager, als einer der wichtigsten Erfolgsfaktoren (Effektivität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit) hervor. Ferner sprechen sie über Konflikte in Unternehmen, inwiefern sie nützlich bzw. schädlich sind und wie sie rechtzeitig erkannt und gemanagt werden können. Am Ende werden derzeitige Trends im Unternehmensmanagement aufgezeigt.

Schlüsselwörter: *Konzept des Personalmanagements in Unternehmen, Faktor Mensch, Motivation, Konflikt, moderne Führungstrends.*

Sommario

**GESTIONE DEL POTENZIALE UMANO NELLE IMPRESE –
FATTORE UMANO, MOTIVAZIONE DEI DIPENDENTI QUALI
FONDAMENTALI COMPONENTI PER IL BUON
RISULTATO DELL'IMPRESA**

Gli autori nel presente lavoro cercano di offrire una visione del concetto di gestione del potenziale umano, come pure del carattere interdisciplinare del concetto medesimo e, in generale, del significato del suo sistematico cambiamento nelle imprese di oggi, al fine di perseguire un risultato quanto migliore. Rilevano, altresì, l'individuazione del fattore umano, quale fondamentale risorsa nell'impresa, come pure l'importanza della motivazione dei dipendenti e dei *managers* come una delle fondamentali componenti del successo (effettività, efficacia ed economia). Parlano anche dei conflitti nell'impresa, di quanto sono utili o dannosi e di come individuarli in tempo e gestirli. Infine, si menzionano gli attuali *trends* nella gestione dell'impresa.

Parole chiave: concetto di gestione del potenziale umano nell'impresa, fattore umano, conflitto, attuali trends nella gestione.

Lujo Margetić, *Etnogeneza Hrvata i Slavena*, Književni krug Split, 2007., str. 482

Slaveći desetu godišnjicu Zavoda za povijest Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci njegova vrlo uvažena pročelnica Vesna Bauer Munić, u svojem je nadahnutom i prigodnom govoru razmotrila i aktualne trendove u znanstvenim proučavanjima naših suvremenih povjesničara. Osobito je naglasila suvremenu intenciju hrvatske historiografije, koja se napose bavi našom “novijom” povijesti, koja je dakako lakša s obzirom na dostupnost i savladavanje povijesnih vrela. Novija povijest, nama je bliža, razumljivija, a veliki je dio izvora pisan već pisaćim strojem ili nekim vidom lakše čitljivih rukopisa. I društveni procesi novovjekovlja bliži su nam i razumljiviji. Srednjovjekovna povijest međutim, istakla je Munić, od znanstvenika zahtijeva poznavanje latinskog jezika u svojoj svojoj evoluciji, glagoljice, gotice te osobito široko znanje logike srednjovjekovnog društva, njegove kršćanske uvjetovanosti i ishodišnosti, što sve treba znati razumjeti i objasniti.

Rijeka, međutim ima neke izuzetne znanstvenike, koji svojim temeljitim, studioznim i upornim radom promiču baš tu, zahtjevnu i složenu srednjovjekovnu povijest. Akademik Lujo Margetić vodeći je predstavnik takvog vida istraživanja, a njega, dakako, nije nužno u ovoj prigodi predstavljati. No, potrebno je našoj široj, ne samo znanstvenoj javnosti ukazati i nastajati predstaviti jedno od njegovih recetnijih izdanja (koje je zbog broj-

nosti teško i pratiti). To je knjiga s naslovom “Etnogeneza Hrvata i Slavena”, što ju je izdao splitski Književni krug, izdavačka kuća koja je, već u više navrata prepoznala izvrsnost znanstvenog djela akademika Margetića. Ovo vrlo temeljito izdanje zbir je novijih znanstvenih istraživanja u kojima se akademik Lujo Margetić nastavlja uključivati u znanstvene rasprave o vrlo prijepornim i uvijek izazovnim i diskutabilnim pitanjima povijesnih procesa etničkog formiranja našega naroda, u zamršenim i dalekim davnim vremenima srednjega vijeka.

Znanstvena rasprava jedna je od prepoznatljivih odrednica Margetićeve znanstvene vizije. Sučeljavanje gledišta isključivo argumentima, bez dodatnih emotivnih ili sličnih povoda jedina je mogućnost znanstvenog napredovanja. Autor u ovoj knjizi upravo znanstveno raspravlja s mnogim znanstvenicima naše pravne i povijesne znanosti. Iako je čitava knjiga temeljena na naglašenoj želji za znanstvenom diskusijom, na ovom mjestu ukažimo ponajprije na one rasprave, kojih je sadržaj baš diskusija o nekim vrlo prijepornim pitanjima selidbenih procesa i etnogeneze Slavena i Hrvata. Knjiga i započinje raspravom o najnovijoj literaturi, tzv. seobi Hrvata (što ju je 2002. godine objavio Rad HAZU, 485. Knjiga XL. Društvene znanosti), a slijede je rasprave “O nekim pitanjima najstarije hrvatske povijesti” (izvorno objavljena u Radu HAZU, 489, Knjiga

XLII., Društvene znanosti, Zagreb, 2004.), kao i studija "Etnogeneza Slavena" (Rad HAZU 492, Knjiga XLIII., Društvene znanosti, Zagreb, 2005.). U ovim iznimno opsežnim i temeljitim studijama Margetić se osvrće i znanstveno polemizira s našim vodećim povjesničarima-medioevalistima, poput Budaka, Goldsteina, Katičića Ančića, Pohla, pa i sa svojim ranijim postavkama i tvrdnjama, koje je sada, u novim istraživanjima prevladao ili nadogrudio. Margetić se među inim bavi i ovim pitanjima: viješti nekih starih mletačkih kronika o procesima postanka tog grada-države, pitanjima dolaska Hrvata, napose procese njihova dolaska u Dalmaciju oko 800. godine pod franačko vrhovništvo, tzv. novijim "bugarskim hipotezama" o dolasku Hrvata (naglašenim u djelima Katičića i Budaka), savezničkim odnosima pristiglih Slavena, odnosno Hrvata, pitanjima etnogeneze Slavena, organizacijom i povijesnim sudbinama njihovog Prvog, Drugog i Trećeg avarsko-slavenskog kaganata, kao i znamenitom avarsko-slavenskom porazu kod Carigrada 626. godine. Tu su analize složenih bizantsko-mletačkih odnosa te njihovih refleksija na Dalmaciju (osobito Margetićeve znanstvene rasprave s Budakom), kao i druga pitanja bizantsko-hrvatskih povijesnih kontroverzi i iz nešto kasnijih razdoblja. Radovima, između ostalih, dominira Margetićeva teza kako vrijeme etnogeneze Slavena treba tražiti u razdoblju od IV. do prve polovice VI. stoljeća. Autor s argumentima pobija, tzv. klasične teorije o dolasku Hrvata, ponajviše prigovarajući Goldsteinu, Katičiću i Budaku da nisu uzeli u obzir dobro obrazloženu tezu Kronstei-

nera i Pohla da za postojanje Bijele Hrvatske u Poljskoj nema dokaza. Autor knjige zastupa tezu kako je u probizantskoj grupaciji Drugog avarsko-slavenskog kaganata sredinom VII. stoljeća vladar Velike Bugarske Kuvrat-Krovat (koji je vladao otprilike u prostoru današnje Ukrajine) poslao u pomoć jednu vojnu jedinicu "pleme". Njemu u čast članovi te jedinice, a postupno i članovi čitavog Saveza ili "plemena" nazvani su "Hrovati". Međutim novi vladajući sloj Trećeg avarsko-slavenskog kaganata potisnuo je "Hrovate" na rubna područja avarske države pa je samo otprilike u današnjoj Hrvatskoj naziv "Hrovati" poslužio etnogenezi Hrvata.

Pored već naznačenih tema o etnogenezi Slavena, napomenuli smo da je jedna čitava Margetićeva studija detaljno posvećena procesu njihove etnogeneze, a temeljena je na povijesnim vrelima i njihovim interpretacijama u svjetlu suvremenih arheoloških i lingvističkih metoda. To su osobito najstarije pisane vijesti Prokopa i Jordanesa iz sredine VI. stoljeća. Etnogenezu Slavena, Margetić postavlja u kontekst selidbenih procesa Huna, kao dominantnog plemena, koji su u svojim prodorima na Zapad tijekom druge polovice IV. stoljeća, s ciljem organizacije svoje državne strukture morali likvidirati druga jača plemena, poput Gota, ali da bi organizirali svoju uspješnu društvenu formaciju, oni se oslanjaju na tzv. "etnijske upravitelja", za koje biraju Slavena. Time se formiraju jače sveže između Huna i Slavena, a daljnji društveni procesi tijekom V. i VI. stoljeća i njihov privilegirani položaj u hunske društveno-državnoj organizaciji dodatno afirmira položaj

Slavena. Oni se, sukladno zaključcima Margetića, djelomično i asimiliraju s domicilnim pučanstvom, koje im se priklanja te se time njihov broj uveliko povećao, a njihov se jezik širi europskim prostorima. Ovo pitanje, što ga je godine 2000., postavio njemački povjesničar Pohl, među inim je nadahnulo Margetića na izradbu ovako složene studije, čije smo odrednice ovdje tek sažeto dotaknuli.

Znan je znanstveni interes akademika L. Margetića za vinodolsku povijest, njegove društvene odnose i, dakako, Vinodolski zakonik. Svojim bogatim istraživanjima vinodolske prošlosti u ovoj knjizi autor dodaje još jednu studiju. Njezin je naslov "Vinodolska općina i vinodolski kmet", a izvorno je objavljena u Radu HAZU, 485., Knjiga XL. Društvene znanosti, Zagreb, 2002. Razmatrajući formaciju vinodolskog društva, koje nikada nije imalo svoju stalešku organizaciju, autor ipak diferencira određene društvene slojeve, koje su se poglavito razlikovali u njihovom pravnom položaju i ukupnosti pravnih obveza. Tako Margetić razlaže pravni položaj poljoprivrednika-kmeta s vrlo naglašenim stvarnopravnim i nasljednopravnim ovlaštenjima, za razliku od pravnoga položaja orača i pastira. Tu je i analiza plemića te drugih kneževih pomoćnih organa. Poimanju vinodolske općine, akademik Margetić pristupa s tvrdnjom kako je ona rezultat evolucije općine vojno-graničarskog karaktera barbarских naroda, usuprot Kostrenčićevih zastarjelih tvrdnji prema kojoj je vinodolska općina nastala po uzoru na uređenja bizantskih općina sukladno postavkama Zemljoradničkom zakonu. Ove argumentacije su sadržaj i još

jedne vrlo opsežne studije, donijete u ovoj knjizi. Studija nosi naslov "Povezanost strukture hrvatskog društva i političkih odnosa u srednjem vijeku (do pojave staleža)", a izvorno je objavljena u Rad HAZU, 487 – Društvene znanosti, Zagreb, 2003.

U navedenoj studiji (str. 179. – 319.) autor se, pored vinodolskih tema referira i na druga pitanja vezana uz strukturu hrvatskog društva navedenog razdoblja. Studija sagledava vojničku i društvenu strukturu Avara i Slavena, utjecaj Bizanta na društvenu strukturu u dalmatinskim gradovima, borbu dviju vodećih slojeva hrvatskog društva u IX. stoljeću, pitanja razgraničenja Hrvatske za narodnih vladara na jugu u svjetlu društvenih formacija i pojava (didići u neretvanskom prostoru) te u zadnjem dijelu, staleške odnose u Slavoniji (koja će predvoditi procese profiliranja staleža u Hrvatskoj). Tu su i neki specifični problemi i prijepori, koji proistječu iz temeljnih društvenih odnosa, a rezultat su dublje analize pojedinih isprava. Tako primjerice, autor analizira institut *nobiles duodecim generationum regni Croatiae*, kao i prijepore u tumačenju uvođenja marturine te specifične vrste poreza za plemiće. Dotaknut je nastanak i razvitak patricijata u Dalmaciji, u svjetlu rasprava s Tomislavom Raukarom.

Margetićeva studija koju predstavljamo sadrži i još tri rasprave, kojima se autor referira na neka šira izdanja, vezana uz hrvatsku srednjovjekovnu (pravnu) povijest, a u kojima autor uočava složenije nedostatke ili propuste. To su djela "U potrazi za hrvatskom kolijevkom" autora Ive Rendić-Miočevića, zatim poglavlje o povijesti

hrvatskog materijalnog kaznenog prava, što ga je naš uvaženi stručnjak s područja kaznenog prava Željko Horvatić napisao u svojoj knjizi "Novo hrvatsko kazneno pravo" (1997.) te djelo povjesničara mađarskih korijena, koji živi i radi u SAD-u, Imre Bobe.

U središtu autorovih rasprava veza-nih uz znanstveno djelo Imre Bobe, prijepori su povezani s interpretacijama Ljetopisa Popa Dukljanina. Na temelju Margetićevih spoznaja, kao i pogleda naših povjesničara, koji i nisu previše obraćali pozornost na I. Bobu, Margetić nudi mnoge zaključke, pozivajući na novu, daljnju diskusiju. Nedorečeni pristup srednjovjekovnoj obiteljskoj i obiteljskopravnoj, ali i drugoj javnopravnoj problematici (primjerice prijepor o korištenju izraza država u srednjovjekovnom kontekstu), kao i neupućenost na dosadašnja znanstvena istraživanja glavne su znanstvene zamjerke akademika Margetića Ivi Rendiću Miočeviću, u navedenoj njegovoj knjizi. Isto se odnosi i na Horvatića, samo što je u pitanju ne-

dorečenost i nepotpunost u interpretaciji hrvatskog srednjovjekovnog kaznenog prava.

Ova knjiga akademika Margetića spada u red vrhunskih znanstvenih radova i neprocjenjivi je prilog ukupnoj hrvatskoj historiografiji. Njezine su glavne odlike autorova znanstvena prosudba o uvijek kontroverznim i nikad potpuno obrađenim pitanjima etnogeneze Hrvata i Slavena, kao i polemika utemeljena na velikom autorovu poznavanju pravnopovijesnih vrela i pravnopovijesne bibliografije, kojima autor pristupa komparativno, temeljito i studiozno, predstavljajući svoje zaključke, spremno čekajući moguće znanstvene dorade. Stalni poziv na znanstvenu raspravu u našoj uskoj znanstvenoj sredini, nažalost često ostaje bez odgovora, ali budućim generacijama povjesničara, osobito pravnih, otvara bezbroj pitanja i novih ideja kako bi daleka prošlost naših predaka postala jasnijom, točnijom i znanstveno vrjednovanijom.

Doc. dr. sc. Budislav Vukas, ml.

**Robert Blažević, *Upravna znanost,*
Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 492**

Dr. sc. Robert Blažević, izvanredni profesor na Pravnom fakultetu u Rijeci, objavio je II. izdanje knjige pod nazivom "Upravna znanost".¹ Riječ je o udžbeniku koji služi kao obvezna literatura za polaganje istoi-menog predmeta na Pravnom fakultetu, ali i niza predmeta na Upravnom studiju. Značajan je doprinos učinjen izdavanjem ovog jedinstvenog udžbenika na području Upravne znanosti. Studentima je bitno olakšano pripremanja ispita. Tomu je tako, budući da je do izdavanja ovog udžbenika literaturu za polaganje ispita činio poduži popis knjiga i zakonskih propisa. U odnosu na prvo, u drugom su izdanju ispravljani uočeni nedostaci te izvršene brojne dopune i poboljšanja koje prate djelo u cjelini.

Udžbenik je sastavljen iz dva dijela. Prvi dio čine sljedeće cjeline: 1. Uvodna pitanja, 2. Razvoj uprave, 3. Uprava u političkom sistemu, 4. Mikroproblematika uprave, 5. Organizacija i organizacijska struktura, 6. Ljudi u upravi, 7. Materijalna sredstva uprave, 8. Planiranje u upravi, 9. Vođenje u upravi, 10. Komunikacije u upravi, 11. Postupci u upravi, 12. Kontrola u upravi, 13. Teorijski modeli uprave. Drugi dio obuhvaća: 14. Sisteme i upravne sisteme, 15. Odnos vlasti i uprave u teritorijalnom sistemu, 16. Prijelazni lanac u

teritorijalnom sistemu Republike Hrvatske, 17. Razvitak uprave u Hrvatskoj, 18. Poslove i strukture u teritorijalnom sistemu, 19. Državnu upravu Republike Hrvatske, 20. Probleme lokalnog upravljanja, 21. Lokalnu i regionalnu upravu u Republici Hrvatskoj, 22. Koordinaciju u teritorijalnom upravnom sistemu, 23. Građane i upravu, 24. Funkcionalne upravne sisteme te 25. Asocijacije i asocijativne sisteme.

U uvodnom dijelu, autor obrađuje različita shvaćanja države i uprave: socijalista – utopista, anarhista, Marxa, Lenjina, liberalnih teoretičara i Hegela. Veliki broj mislilaca državu poima negativno smatrajući da država tlači pojedinca te dok je države, ne može biti istinske ljudske slobode. Unatoč takvim gledištima državni upravni aparat kontinuirano raste u svim zemljama. Brojni su uzroci tomu (izloženi u poglavlju Razvoj uprave), a temeljni je, dakako, nužnost za sve većom regulacijom u svim područjima društva. Također se propituju predmet, građa i metoda upravne znanosti, pojmovi upravne organizacije i djelatnosti upravljanja te se kronološki prikazuje razvoj proučavanja uprave, i u svijetu, i u Hrvatskoj. U udžbeniku su nakon toga obrađene tendencije razvoja uprave od trenutka njezinog pojavljivanja u suvremenom smislu (razdoblje prosvjećenog apsolutizma u 17. i 18. stoljeću): tendencija porasta upravnih organizacija, tendencija prema diferencijaciji

¹ Prikaz navedene knjige objavljen je u časopisu Hrvatska javna uprava, Zagreb, 2008., br. 3, str. 785 – 790.

upravnih organizacija, profesionalizaciji uprave, ograničavanju uporabe pri-nude u upravi te informatizaciji uprave. Ovo je poglavlje, i u tekstu, i u bilješkama, popraćeno brojnim primjerima i statističkim podacima. Treće poglavlje, *Uprava u političkom sistemu*, znatno je izmjenjeno s obzirom na prvo izdanje knjige. Prikazan je razvoj države kroz početnu fazu koncentracije u apsolutističkim monarhijama 17. i 18. stoljeća, dekoncentraciju kao posljedicu demokratskih revolucija i građanskih reformi u 19. stoljeću, ponovnu koncentraciju u industrijskim državama tijekom 20. stoljeća i dekoncentraciju krajem 20. stoljeća. Razvoj teče na način da se pojedine tekovine iz prethodne etape preuzimaju i ugrađuju u sljedeću. Posljedica toga, u pravilu, su sve složeniji, ali i stabilniji političko-upravni sistemi. U tom poglavlju, autor također tematizira problem birokratske vlasti kao oblik deformacije normalnih odnosa između političkih tijela i uprave. Obrađena su, s tim u vezi, i sredstva političke kontrole uprave kao način sprječavanja birokratizacije vlasti. Time autor završava s tzv. makroproblematikom uprave.

Poglavlje *Mikroproblematika uprave* svojevrsan je uvod narednim poglavljima koja čine prvi dio knjige. Autor tematizira pojedine aspekte funkcioniranja uprave: organizacijskom strukturom, ljudima zaposlenima u upravi, materijalnim sredstvima za rad, komunikacijama, planiranjem, vođenjem i kontrolom. Naglasak je stavljen na pravilnosti ponašanja ljudi u upravnim organizacijama ili spram njih te se pojašnjavaju pojmovi društvene i organizacijske uloge. U poglavlju *Organizacija i organizacijska struktura* tema-

tiziraju se sistemi ljudske suradnje. Ljudska suradnja, odnosno zajednički rad ljudi predstavlja povijesnu konstantu. Autor je sustavno prikazao povijesne oblike ljudske suradnje budući da su oni bitni za razumijevanje upravne organizacije kao danas dominantnog sistema ljudske suradnje/kooperacije. Autor također ističe diferencijaciju i integraciju kao temeljnu suprotnost koja obilježava organizacijsku strukturu te pet, iz nje izvedenih, podvrsta suprotnosti: funkcije i hijerarhije, centralizacije i decentralizacije, pojedinačnog i kolektivnog djelovanja, vanjskih i unutarnjih organizacijskih jedinica te formalne i neformalne organizacijske strukture. Poglavlje završava praktičnim problemima organiziranja, npr. osnove organizacijske podjele, raspon kontakta i vertikalne veze, reorganizacija.

Glede *Ljudi u upravi*, obrađene su kategorije zaposlenih u upravi, povijesni razvoj upravne službe, sistem klasi-ficiranja/razvrstavanja službenika, platni sistem i sistem napredovanja u kontekstu službeničkog sistema, poslovi personalne politike i organizacija personalne službe te problem službeničke etike. Osobita se pozornost posvećuje politizaciji službeničkog sistema, korupciji i nepotizmu. Ovi se problemi posebice javljaju u tranzicijskim zemljama. U okviru poglavlja *Materijalna sredstva uprave* tematiziraju se režimi raspolaganja materijalnim sredstvima uprave: pojedinačno, državno te tendencija javnih službi prema autonomnom raspolaganju sredstvima. Opširno je analizirana uloga, tj. udio spomenutih sredstava u privredi neke zemlje s konkretnim primjerima, mehanizam budžeta te tzv. PPB

(*Planning, Programming, Budgeting*) i ZBB (*Zero-Base Budgeting*) sistemi. Riječ je o financijskim instrumentima kojima se omogućuje nadzor nad trošenjem sredstava namijenjenima upravnim resorima te nadzor svrsishodnosti i ekonomičnosti njihove raspodjele. Poglavlja o planiranju, vođenju, komunikacijama, postupcima i kontroli u upravi bitno su razrađena u odnosu na prvo izdanje knjige što doprinosi većoj preglednosti preostalih dijelova koji zaokružuju područje mikroproblematike uprave. U tekstu su prvo dane definicije temeljnih pojmova, poslovi koji spadaju u te djelatnosti te različiti načini njihovog obavljanja, a nakon toga slijedi razrada svake od tih djelatnosti (problemi, komparacije, primjeri). U posljednjem poglavlju obrađeni su *teorijski modeli uprave* kojima se nastoje riješiti problemi organizacije i upravljanja. U udžbeniku je sumarno obrađeno sedam istraživačkih pravaca: mehanicistički, teorija organizacijskog konflikta i moći, decizionistički, interesno – politički, teorija otvorenog sistema, kibernetički i teorija samoreferentnih i autopoetskih sistema.

Drugi dio udžbenika započinje pojmom sistema. U tom kontekstu ključno je ime američkog teoretičara Ludwiga von Bertalanffy koji je utemeljitelj opće/generalne teorije sistema. Propitane su temeljne koncepcije sistema, vrste, struktura i karakteristike sistema te odnos sistema spram okoline. Autor upućuje na niz slabosti pojma sistema i sistemskog pristupa u znanosti, primjerice visoki stupanj apstrakcije pojma sistema, vrijednosne implikacije u korist postojećeg kapitalističkog društveno-ekonomskog poretka. Sistemski pristup aplicira se i na

upravu te je stoga riječ o upravnim sistemima. Upravni sistemi se dijele na teritorijalne, funkcionalne i asocijativne.

Teritorijalni upravni sistem je najznačajniji pa je njemu posvećen najveći dio knjige. Obrađene su tri skupine problema vezanih uz tu vrstu sistema: odnos vlasti i uprave, odnos s okolinom/građanima i problem koordinacije. *Odnos vlasti i uprave* postaje relevantan nakon građanskih revolucija kada dolazi do odvajanja političkih i upravnih organizacija. Između njih nastaje niz institucija koje ih povezuju, a što se naziva prijelaznim lancem. Prijelazni lanac na središnjoj razini ima pet karika: političke organizacije, predstavničko tijelo, šef države, vlada i centralni upravni resori. Ovisno o tomu na kojoj je karici izvršena koncentracija političkog utjecaja, razlikuju se pet političkih režima: *režim partije i države* (staljinistička i nacistička varijanta), *skupštinski režim*, *predsjednički*, *parlamentarni* i *režim političke uprave* (karizmatička politička uprava, uprava u doba kriza, uprava u politički manje razvijenim zemljama i kolonijalna uprava). Svaki je od tih režima, autor razradio pomoću povijesnih i suvremenih primjera, prikazao njihovo ustrojstvo i politički kontekst u kojemu se javljaju te probleme svakoga od njih. Posebno je poglavlje posvećeno *prijelaznom lancu u teritorijalnom sistemu RH* u razdoblju do 1990. godine i od 2000. godine nadalje. Kako je tekao *razvoj uprave na području Hrvatske*, opisano je u sljedećem poglavlju. Autor je to elaborirao kroz pet osnovnih razdoblja: 1. apsolutistička modernizacija feudalne uprave, 2. državna uprava građanske Hrvatske,

3. hrvatska uprava u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji, 4. hrvatska uprava u vrijeme II. svjetskog rata i 5. hrvatska uprava u FNRJ i SFRJ. Za razumijevanje trenutnog stanja države i državne uprave potrebno je osobitu pozornost obratiti na posljednja tri razdoblja. Naime, politička događanja tijekom 20. stoljeća ostavila su trag, i u institucijama, i u mentalitetu stanovništva. Sljedeće poglavlje, *Poslovi i strukture u teritorijalnom sistemu*, govori o tri načina sistematiziranja upravnih poslova. Prvo su obrađene vrste klasifikacije/diobe poslova: prema sadržaju, instrumentima, oblicima, metodama i korisnicima. Zatim slijedi njihovo grupiranje u različite skupine radi dodjeljivanja pojedinim upravnim organizacijama: prema cilju djelatnosti, vrsti rada, teritoriju i korisnicima. Konačno, vertikalno (između viših i nižih teritorijalnih jedinica) i horizontalno (djelokrug i nadležnost) razgraničenje poslova u pojedinim grupama.

Poglavlje *Državna uprava Republike Hrvatske*, započinje sumarnim prikazom republičke uprave Socijalističke Republike Hrvatske budući da se ustrojstvo državne uprave RH oslanja na republičku upravu SRH. Naime, 1990. i 1991. godine preuzet je najveći dio osoblja, postupaka i metoda rada republičke uprave SRH. Nakon toga obrađeni su poslovi tijela državne uprave, njihovo ustrojstvo te horizontalna i vertikalna povezanost/razvedenost. Zaključno su navedeni i problemi s kojima je trenutačno državna uprava suočena na svim razinama, (npr. divlji *spoils system*, nedostatna koordinacija, korupcija, netransparentnost, nefunkcionalnost). Dio teritorijalnog upravnog

sistema, naravno, čini i lokalna uprava. O tomu autor piše u dva naredna poglavlja: *Problemi lokalnog upravljanja i Lokalna i regionalna samouprava u Republici Hrvatskoj*. U okviru prvog od navedenih poglavlja, autor se bavi prijelaznim lancem i postojećim sistemima na lokalnoj razini: sistem neposrednog odlučivanja svih građana, skupštinski sistem, sistem izvršnih odbora i sistem pojedinačnog funkcionara (politička i upravna varijanta). Poput režima na središnjoj razini i sisteme razrađuje na primjerima organizacije vlasti u lokalnim jedinicama niza država. S tim u vezi, i u teoriji, i u praksi, javlja se dvojba treba li formirati veće ili manje lokalne jedinice. Autor navodi prednosti i nedostatke jednih i drugih te kriterije za njihovo formiranje. U poglavlju o stanju u Republici Hrvatskoj sustavno su prikazane upravno-teritorijalne promjene 1992., 2001. i 2005. godine, tijela lokalnih i regionalnih/područnih jedinica kao i prijedlozi za daljnju decentralizaciju i racionalizaciju sistema.

Sljedeći problem vezan uz teritorijalni upravni sistem čini *koordinacija*. Radi se o usmjeravanju više upravnih djelatnosti prema ostvarenju njihovih zajedničkih ciljeva. Autor je obradio vrste koordinacije (politička i upravna, horizontalna i vertikalna, vanjska i unutarnja, opća i djelomična) i instrumente kojima se ona provodi (propisi, organizacijski i financijski instrumenti, personalne i direktivne ovlasti te odgovornost u upravi).

Dio udžbenika o teritorijalnim upravnim sistemima završava poglavljem *Građani i uprava*. Sa stajališta građana, koji su od svojega rođenja pa sve do smrti vezani za upravu, ovo je

poglavlje iznimno bitno jer su u njemu, između ostaloga, prikazana njihova prava u odnosu na upravu. Autor ih je podijelio u pet grupa te naveo instrumente za njihovo uspješno ostvarivanje.

Funkcionalne upravne sisteme, za razliku od teritorijalnih, odlikuje upravljanje neovisno od političke vlasti te im je teritorijalna dimenzija nebitna. U poglavlju o navedenim sistemima autor obrađuje: pojavne oblike (industrijsko poduzeće i ustanovu), probleme između teritorijalnih i funkcionalnih sistema (novi javni menadžment, javna poduzeća, javno-privatno partnerstvo) te problematiku funkcionalnih institucija u RH. Ovo je poglavlje, također znatno promjenjeno u odnosu na prvo izdanje knjige. Napisani su novi dijelovi te konzultiran čitav niz relevantnih zakona (Zakon o trgovačkim društvima, investicijskim fondovima, mirovinskom osiguranju, privatizaciji, pretvorbi društvenih poduzeća i dr.).

Posljednje poglavlje, autor posvećuje *asocijativnim sistemima*. U povijesnom razvoju sistema upravljanja asocijacije predstavljaju ostatak, tzv. paternalističkog upravljanja javnim

poslovima koji se javlja na niskom stupnju društvenog razvoja. U asocijaciju se ljudi udružuju radi ostvarenja zajedničkih ciljeva, tj. zaštite njihova interesa. Obrađeni su društveni pokreti, udruženja/udruge građana i političke stranke (s posebnim osvrtom na političke stranke i udruge građana u RH).

Na kraju je još nužno napomenuti da je čitav udžbenik koncipiran na sustavan i pregledan način. Naime, svako poglavlje započinje pojašnjenjem osnovnih pojmova i instituta, pojavnim oblicima i problemima istih, a završava detaljnijim analizama, prikazom komparativne situacije te brojnim primjerima. Autor je jasnoćom stila zahtjevnju i apstraktnu materiju učinio studentima zanimljivom. O radikalnosti izmjena u odnosu na prvo izdanje najbolje govori podatak o broju bilješki. U prvom izdanju udžbenik ima 226 bilješki, a u novom izdanju ima ih čak 521. Detaljno uređeno kazalo pojmova i imena omogućuju čitatelju brže i lakše snalaženje. Osim studentima, *Upravna znanost* se osobito preporučuje osobama zaposlenima u upravi, ali i svima ostalima zainteresiranima za područje uprave.

Dana Dobrić, dipl. iur.

